

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1180

(Ano XV)

(09/12/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1180



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1180 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 607 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Algumas considerações sobre o princípio da personalização da pena
Sídio Rosa de Mesquita Júnior, 09.

ARTIGOS

PEC 16/2019: Mandatos para Ministros do STF – reflexão e a nossa proposta

Leonardo Sarmiento, 15.

ChatGPT: Dorian Gray, Direito e Administração Pública

Jandeson da Costa Barbosa, 21.

Violência obstétrica e suas repercussões sobre a vida das parturientes: uma reflexão normativa e jurisprudencial

Bruno Marques de Assis, 26.

A laicidade e a (im)possibilidade do ensino religioso nas escolas públicas do Brasil: os perigos da “catequização” institucionalizada

Matheus Paulo de Andrade, 42.

A Legítima Defesa da Honra e o Papel Determinante da Independência Funcional do(a) Defensor(a) Público(a)

Natália Maria Madureira da Rocha Coutinho, 84.

Apontamentos sobre a possibilidade ou não de acesso pelo Poder Público a dados pessoais de consumidores de concessionária de energia elétrica para realização de políticas públicas ou cumprimento de obrigações legais e regulamentares

Melina Lopes Santos, 95.

O direito à continuidade do tratamento médico em rede não referenciada aos portadores de leucemia mieloide aguda

Guilherme Augusto Brito Andrade, Mariza Fátima Gonçalves e Karine Dos Santos Wiederkehr, 105.

Direito e cinema: júri, proteção integral e superendividamento. O direito sendo visto e assim debatido por e para a sociedade

Rebecca da Silva Pellegrino Paz, 125.

Sobre a tutela antecipada requerida em caráter antecedente: um tema recorrente e que caiu como pergunta de prova oral no último concurso da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul

Tatiana Costa Anache, 143.

A tutela do direito de imagem à luz do direito civil constitucional: novas perspectivas e tratamento jurisprudencial frente aos meios modernos de comunicação

Bruno Marques de Assis, 152.

A possibilidade de danos morais nos casos de alienação parental

Larissa Romero de Souza, 167.

Insegurança jurídica e o sistema de interferência do ativismo judicial: invalidando a rigidez da norma constitucional e a quebra da harmonia entre os poderes

Marcus Vinicius Antunes, 182.

A (in)eficácia das audiências de conciliação preliminares em processos bancários e o impacto negativo na celeridade do trâmite processual

André Mello Bastos, 204.

O crime de racismo no Brasil: a penalidade entre os crimes de racismo e injúria racial à luz do ordenamento jurídico vigente

Luther Salvador de Almeida Gibbs, 231.

Entre o afeto e o patrimônio: uma análise jurídica do contrato de namoro e suas implicações jurídicas na configuração da união estável

Guilherme Dalton Andrade Simões, 247.

Direito e cultura: a literatura como instrumento jurídico

Rebecca da Silva Pellegrino Paz, 266.

Racismo: avanços legislativos e jurisprudenciais

Natália Maria Madureira da Rocha Coutinho, 282.

As audiências de instrução e julgamento telepresenciais no processo do trabalho: os novos desafios

Maria D'Ajuda Pereira dos Santos e Samuel Heden dos Santos, 291.

Cotas raciais: do racismo estrutural aos coletivos negros universitários

Maira Menezes Silva, 312.

Trabalho no sistema prisional brasileiro: uma breve síntese do histórico, atualidade, perspectivas futuras e aplicação do decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018, que instituiu a política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional

Tatiana Costa Anache, 379.

As dificuldades das preferências seletivas no processo de adoção

Sabrina Ritiely Alves de Souza, 392.

A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro

Katheleen Andrea Oliveira Souto, 403.

Proteção da maternidade no Sistema Prisional: um estudo sobre a legislação, direitos e desafios

Luana Pereira Pacheco Alves, Bianca Pacheco Fernandes Do Santos e Silvane Felix Campos, 416.

Sobre a execução provisória da prisão no Tribunal do Júri

Bruno Marques de Assis, 432.

A teoria da violação positiva do contrato – análise de suas bases e do espaço para sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro

Victor Augusto Aguiar Manfredi, 443.

A Inteligência Artificial e o Direito

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 467.

Alienação parental e o impacto nos direitos das crianças e adolescentes

Rhayssa Maura Silva, 484.

Um estudo sobre o sistema socioeducativo brasileiro no âmbito da proteção e recuperação social das crianças e adolescentes

Francielle Pereira Santos e Larissa Alves Gomes, 499.

A proteção à dignidade da mulher como limite ao exercício do direito de propriedade

Bruno Marques de Assis, 516.

Proteção social não contributiva: uma análise do aumento da judicialização do BPC frente aos critérios da Lei 8.742/93

Geysa Pereira Lima e Lucimara Andreia Moreira Raddatz, 529.

A possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência obstétrica

Allyce Cristinne dos Santos Campelo, 551.

Crimes contra a honra e as fake news

Adriana Cristian de Carvalho, 565.

Desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo multitudinário em ação civil pública

Tatiana Costa Anache, 595.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PERSONALIZAÇÃO DA PENA

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:

Procurador Federal e Professor. Graduou-se em Segurança Pública (1989) e em Direito (1994). É especialista em Direito Penal e Criminologia (1996) e Metodologia do Ensino Superior (1999). Também, é Mestre (2002) e Doutor em Direito (2015).¹

1. Introdução

Tratarei aqui de um princípio constitucional, assim expresso no art. 5º da Constituição Federal:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

No título deste texto, que será sucinto, optei pela denominação princípio da personalização da pena. No entanto, poderia ter optado por outra denominação, conforme passarei a demonstrar.

2. Alcance do princípio

O texto constitucional merece algum reparo, eis que o princípio não se aplica unicamente ao **condenado**, não sendo um princípio exclusivo do *Direito de Execução Criminal*. Ele se estende ao Direito Processual Criminal, retirando a legitimidade passiva de qualquer pessoa pelo fato de outrem, salvo nos casos de concurso de pessoas, em que a autoria, coautoria ou participação será própria.

É um princípio, também, de direito material que impede que o legislador infraconstitucional edite alguma lei que preveja pena a terceira pessoa que não concorreu para o fato, assim é, também, um princípio de *Direito Criminal*. Portanto, o texto constitucional deve ser interpretado extensivamente, eis que enuncia menos do que

¹É autor dos livros (todos publicados pela Editora Atlas): *Prescrição penal* (7 ed.); *Execução criminal: teoria e prática* (4 ed.); e *Comentários à lei antidrogas*. Lei n. 11.343, de 23.8.2006. E-mail: sidiojunior@gmail.com

gostaria de dizer, assegurando a todos os réus, a todos os condenados, enfim, a todas as pessoas que não serão responsabilizadas criminalmente por delitos de outrem.

3. Denominações e relevância do estudo

O ponto central da análise está na própria justificativa de manutenção da pena e do Direito Criminal. Nesse sentido, defendendo a denominação ***princípio da transcendência mínima***, Rodrigo Duque Estrada Roig sustenta:

Estabelece o princípio da intranscendência (pessoalidade) que a pena não poderá passar da pessoa do criminoso (art. 5º, XLV, da VF e art. 5º, item 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Uma visão mais realista do sistema penal entende, que não existe a intranscendência dos efeitos penais, posto que a pena criminal, de algum modo, sempre afeta outras pessoas (ex.: familiares de presos). Por essa razão, dá-se a ele o nome de princípio da transcendência mínima. Seja qual for a denominação conferida, fato é que o princípio possui importante função limitadora, tanto no Direito Penal quanto no Direito de Execução Penal.²

Vê-se no texto transcrito as denominações *princípios da intranscendência* e *princípio da personalidade*, bem como a opção por *princípio da transcendência mínima*.

O saudoso administrativista José Cretella Júnior (1920-2015), comentando o inc. XLV do art. 5º da Constituição Federal expõe:

A pena é pessoal, individualizada, intransferível, adstrita à pessoa do delinquentes. *Mors ominia solvit*. A morte rompe todos os vínculos. Na época do Brasil Colônia, a pena transmitia-se aos parentes do réu, como aconteceu com Tiradentes, (...) a Carta Política do Império do Brasil de 1824, no art. 179, 20, firmou a regra da *intransmissibilidade* ou *não-ultrapassagem* da pena, pela qual a pena se fixa na pessoa do delinquentes e a *nota de infâmia* do réu não se transmite aos parentes em qualquer grau que seja, cabendo à lei a regulamentação da *individualização* (e não *individualização*) da pena.³

2 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 56-57.

3 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. v. 1, p. 497.

Vê-se novas denominações ao princípio em comento (*intransmissibilidade, não ultrapassagem e individualização*), distinguindo-o do princípio da individualização da pena, este expresso em diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal, especialmente, no XLVI, que estabelece: "a lei regulará a individualização da pena...".

Desde o advento da Lei n. 9.268, de 1.4.1996, defendo a possibilidade da execução da multa, desde que a pena tenha transitado em julgado durante a vida do delinquente até as forças da herança, isso porque, a multa é dívida de valor (Código Penal, art. 51) e, em face do *princípio da saisina*, na abertura da sucessão, o autor da herança transmite direitos e obrigações. Com isso, a obrigação de pagar poderá ser habilitada nos autos do processo de inventário e partilha, uma vez que não atingirá o sucessor, mas a herança deixada pelo *de cuius sucetione agitur*.

Veja-se que não estou contrariando o *princípio da personalização da pena*, visto que a multa estará recaindo sobre a pessoa condenada e respeitará a regra da sucessão em benefício do inventário, pela qual o herdeiro só responderá pelas obrigações até as forças da herança.⁴

Juarez Cirino dos Santos denomina o princípio em discussão de *princípio da responsabilidade penal pessoal*. Ele vincula tal *princípio ao da [não] culpabilidade*, o qual enuncia, em apertadíssima síntese, que somente o agente criminalmente capaz (imputável), que tenha consciência potencial da ilicitude e do qual seja exigível conduta conforme o direito (diversamente da concretizada), poderá ser responsabilizado criminalmente.⁵

Dentre os princípios fundamentais do Direito Criminal, Luiz Regis Prado conjuga os *princípios da pessoalidade e da individualização da pena*. Com isso, ensina que a responsabilidade criminal é pessoal, dosada segundo a gravidade do fato e indicativos do autor.⁶ Não é à toa que autor afirma:

Desse caráter *estritamente* pessoal decorre que a sanção criminal – pena e medida de segurança – não é transmissível a terceiros. Tal princípio, em sentido amplo, pode ser definido: "a responsabilidade

4 Em sentido contrário: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91; ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99. Este último trata do caráter personalíssimo da pena, não se podendo transferir a outrem. Isso é equivocado, eis que se a multa integra o patrimônio negativo do morto, deve alcançar por inteiro a herança (não o sucessor).

5 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 31-32.

6 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 178-179.

penal é pessoal. Ela é determinada, a título do autor, instigador ou cúmplice, segundo o comportamento da pessoa processada e em razão da própria culpa”.⁷

A vinculação dos princípios da personalização da pena e da individualização da pena se dá na própria estrutura da Constituição, a qual os menciona no art. 5º, incisos XLV e XLVI. Comentando o inciso XLV, Alexandre de Moraes fala em *princípio da pessoalidade ou da incontagiabilidade ou intransmissibilidade da Pena*. De todo modo, a sua posição não diverge totalmente da minha, no tocante à possibilidade de atingir bens alcançados por coisas julgadas durante a vida do condenado, *in litteris*:

O princípio da incontagiabilidade ou da intransmissibilidade da pena também se aplica em relação à obrigação de reparação do dano, bem como à decretação do perdimento de bens. A norma constitucional só permite que essas duas medidas sejam estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido em virtude da herança, nunca, portanto, com prejuízo do patrimônio próprio e originário dos mesmos.⁸

Falar em *princípio da transcendência mínima* em matéria criminal, visto que a pena atinge quem está no entorno do condenado, ao meu sentir, não é exclusividade do Direito Criminal, visto que a demissão, enquanto sanção administrativa (própria do Direito Administrativo) atingirá a família do servidor público. Do mesmo modo, a dispensa do empregado por justa causa, do Direito do Trabalho, atingirá sua família etc. O fato é que as intervenções mais drásticas – a do Direito Criminal é a mais severa delas – não se restringirão ao condenado. Seria, portanto, absurda a pretensão de abolir a pena tão somente porque tem efeitos diretos sobre terceiros.

Quando aprendo, com Alexy, que todos os princípios e todas as normas são ponderáveis, até porque princípios e normas se diferenciam apenas qualitativamente,⁹ verifico que não se pode negar a possibilidade de intervenção jurídico-criminal unicamente porque o princípio da personalização da pena estaria afetado pelos reflexos limitadores da pena.

4. Reflexão a ser colocada em discussão

⁷ Idem. *Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 90.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 329.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Não é uma última reflexão porque o assunto deverá ser revisitado diversas vezes, sendo este texto apenas uma provocação. Com efeito, entendo razoável falar em princípio da individualização da pena, da pessoalidade da pena, da personalização da pena e da intranscendência.

Parece-me excesso de zelo falar em transcendência mínima, visto que todos os direitos fundamentais e todos os princípios são ponderáveis. Eles orientam o legislador e o aplicador da lei sobre os limites de atuação, sem gerar a necessária extinção imediata do Direito Criminal ou da pena.

Sabemos que nenhuma teoria da pena a justifica adequadamente e que o Direito Criminal vem sendo colocado em xeque desde o fim do Século XIX. De todo modo, não tendo nada menos pior a oferecer, o Direito Criminal e a pena vêm se perpetuando nos diversos sistemas sociais modernos. Outrossim, nos vários ramos do Direito, a sanção reflete em pessoas próximas e até na coletividade, visto que, por exemplo, uma demissão gera mais um desempregado no mercado de trabalho. De todo modo, não podemos eliminar o Direito, um instrumento para a pacificação social.

Referências:

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. v. 1.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

_____. *Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

PEC 16/2019: MANDATOS PARA MINISTROS DO STF – REFLEXÃO E A NOSSA PROPOSTA

LEONARDO SARMENTO: Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós-graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

Retorna à pauta congressual o fim do “mandato vitalício” para os ministros do Supremo Tribunal Federal. A PEC 16/19 recebeu o expreso apoio do Presidente do Senado Rodrigo Pacheco que defendeu recentemente o mandato com prazo fixo na Corte. A PEC deve iniciar sua caminhada congressual de deliberações e votações apenas em 2024, caso questões de ordem política não a aborte em alguma espécie de entendimento futuro no malfadado toma lá da cá.

Assim, tramita na Casa a Proposta de Emenda à Constituição 16/2019, que fixa em 8 anos o mandato dos ministros do STF, sem direito à recondução. Há já a possibilidade de se alterar a proposta para um prazo mais longo, de 12 anos.

Sustentam alguns, que a tese ganhou força novamente (não é a primeira PEC proposta com o fito de limitar com mandatos o tempo de exercício como ministros do STF) com recentes julgamentos da Corte sobre temas de forte impacto social. Em verdade vemos de forma diferente, a PEC ganhou nova versão e protagonismo, pois a harmonia entre “os Poderes” da República, mandamento constitucional com espeque no artigo 2º da CRFB, passa por momentos de turbulências, quando todos parecem querer sua quota parte sem que se tenha para todos.

Importante lembrar, que a Constituição estipula que os integrantes do STF não têm mandato fixo, mas devem se aposentar compulsoriamente ao atingirem os 75 anos de idade. Assim, apenas deixarão a Corte antes de completarem referida idade por meio de impeachment (letra morta na Constituição até esse momento de sua história), renúncia, ou por obriedade, em caso de morte.

Para se tornar ministro do STF, o candidato precisa ser indicado pelo presidente da República e aprovado por maioria absoluta dos senadores.

Além do mandato fixo para os ministros da Corte, a PEC 16/2019 também determina um prazo para que a indicação do Presidente da República seja feita, o que atualmente não é estabelecido. Pelo texto, o Presidente terá até um mês, a contar do surgimento da vaga no STF, para indicar ao Senado o nome de um novo ministro, em sequência o Senado teria até 120 dias para analisar a indicação. De acordo com a proposta, se o presidente não fizer a indicação dentro desse prazo, a escolha caberá ao Senado, também em até 120 dias.

Em ambos os casos, a proposta prevê que a indicação passará a trancar a pauta de votações do Senado se não for votada dentro do prazo. E, se o nome for aprovado pelo Senado, o presidente da República terá 10 dias para nomear o novo ministro. Caso isso não ocorra, o texto determina que será considerado que o presidente concordou com a nomeação.

Essa é mais uma atuação de poder como quase todas as demais, há interesses para além da melhoria, da funcionalidade do sistema no interesse público, social e institucional, não percebemos a índole precípua de uma discussão republicana, há por detrás e de forma cada vez mais aparente, inclusive aos olhos de quem não vê ou não quer ver, interesses por mais poder de barganha, por maior domínio sobre as tensões institucionais que ideologias partidárias de extremos tendem a promover, há um “fumus” de retaliação e uma disputa de quem pode mais, “quem tem mais garrafas para vender”.

Diríamos que a expressão Latina “fumus boni iuris” se aplica com certa precisão em uma de suas traduções. Rechaçamos tratar-se de “indício de bom direito”, e optamos por “onde há fumaça há fogo”, pedindo vênias aos leitores mais carrancudos e mal humorados.

Na PEC 16/2019, ao contrário da PEC 8/2021 à qual articulados sob o título “Harmonia entre Legislativo e Judiciário em Risco?”, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade. Não fere a independência do Judiciário à nosso sentir, os futuros ministros continuarão inamovíveis, e aqui não há que se falar em reserva legal do Judiciário, em assunto “interna corporis”, como vislumbramos com a PEC 8/2021.

As questões que movem trazer novamente à baila a PEC que fixa os mandatos dos ministros em 8 anos é consequência de um país que navega à partir de embargos de extremos em um constante cabo de guerra pelo poder, ainda que custe a divisão do navio ao meio e o afogamento do povo em alto mar.

Há uma nova PEC que trata da mesma temática central da PEC 16/2019, é a PEC 51/2023. Essa já fixa um mandato mais longo, de 15 anos e altera a idade mínima para a ocupação do cargo no Supremo de 35 anos para 50 anos. Interessante notar, que a média

nos últimos 50 anos que os ministros permanecem no cargo é de 10 anos e 8 meses. Assim no quesito duração de mandato a PEC de 2023 parece pouco modificativo, inadvertidamente acreditamos acabaria por deixar os ministros mais tempo nos seus cargos, o que não parece ser a ideia vendida. No tocante a idade, no mesmo período de 50 anos, a média de idade dos ministros nomeados ficou entre 51 e 55 anos, o que nos faz parecer que a PEC de 2023 “chove no molhado”, mais reafirma uma realidade histórica, que a altera. Nossa leitura para a PEC 51/2023 é a de uma mudança para deixar tudo como está. Assim, voltemos a PEC 16/2019 com prazo de 8 anos (original), pois se houver a alteração, como se cogita, para um mandato de 12 anos, poderíamos estereotipá-la como uma PEC que muda o texto constitucional, mas em nada altera a realidade fática capitada dos últimos 50 anos, conforme demonstramos.

Em retorno a PEC de 2016 (nos moldes do mandato fixo de 8 anos), não há verdade absoluta do que seria a melhor solução para o país. De um lado, aos defensores da proposta legislativa, a PEC propiciaria uma maior oxigenação do Supremo, e sustentam ainda, retiraria a sensação de superpoderes dos ministros que ficam por longo tempo no cargo. De fato, alguns ministros utilizam de seus poderes ministeriais para sentar em alguns processos que por razões muitas vezes políticas não pretendem levar à julgamento em prazo razoável. A PEC 8/2011 procura retirar parcela dessa autonomia dos magistrados, por exemplo, no tocante às alterações dos pedidos de vista, embora o próprio STF já tenha percebido o incômodo e em certa medida se antecipado (remetemos o leitor ao artigo já mencionado supra). Por outro lado, a referida oxigenação com mandatos poderia promover uma maior insegurança jurídica, insegurança jurídica não rara de percebermos já no modelo constitucional presente, onde se mudam posicionamentos muitas vezes para atender demandas políticas de forma além do desejado. A entrada de novos ministros, em tempo menor, poderá agravar essa realidade.

Nossa crítica, porém, vai muito além do que se discute por essas PECs, que para nós pouco ou nada se altera na realidade fática que nos permeia, é muito mais aparecer para plateia. Muito se fala de “judicialização da política”, já tratamos do tema em livros e artigos, mas pouco se fala em “politização da justiça”, para nós tão ou mais grave que a anterior.

A política trazida para a realidade nacional, nos desvinculando de seus ideais filosóficos absolutamente tergiversados, e em sentido mais estrito, não no sentido de que política está em toda parte, poderíamos nos ater a atuação dos políticos representando seus partidos, interesses privatistas e apoiadores, pois em uma leitura realista em pouco ou quase nada representam a vontade do povo, conforme ditame constitucional.

Desta feita, quando percebemos a política como uma espécie de fundamento de validade da atuação de parcela do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, e o senso de busca da justiça renegado ao plano subsidiário, é o que mais nos atormenta e nos causa desesperança.

Não vemos qualquer possibilidade de mudança na esteira de um Supremo mais imparcial na busca pelo melhor direito enquanto a política na sua feição não filosófica e idealizada, mas sim a realista, contemporânea e partidarizada se fizer protagonista.

No modelo atual temos a escolha dos ministros pelo Presidente da República, que participará de uma sabatina na CCJ do Senado para aferir seu “notório saber jurídico” e emitirá parecer, que será levado ao Plenário do Supremo, e lá terá que ser aprovado por maioria absoluta da Casa, ao menos 41 senadores. Aprovado, o Presidente assina o decreto de nomeação, que é público, no Diário Oficial da União.

Se a ideia constitucional algum dia foi a dos freios e contrapesos (check in balance), do controle do poder pelo próprio poder, de com a participação do processo de escolha dos ministros participarem os representantes do povo conferindo legitimidade democracia ao processo, o resultado parece de fato não haver prosperado. A política do toma lá da cá, os compromissos com as ideologias de partido afastaram as razões de decidir do melhor direito e fez as vestes obscuras da política se instalarem onde deveriam ocupar lugar absolutamente secundário.

O Presidente indica para o STF pessoa ligada diretamente aos seus interesses político-partidários, muitas vezes impuplicáveis, primeira carga viral política de comprometimento. Esse ministro faz sua campanha junto aos senhores senadores para garantir sua aprovação em plenário, a última rejeição foi em 1894, segunda carga viral política de comprometimento. Nasce desta ambiência nossos ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Senado Federal, como se percebe, faz um papel de figuração, não de controle, tem um caráter prático apenas homologatório da escolha presidencial. Em raros momentos é de fato levado em conta o notório saber jurídico, em especial nos últimos anos onde os interesses político-partidários de nomeação ganharam o protagonismo às escâncaras.

Na Alemanha, a Corte Constitucional é dividida em duas. Metade que escolhe é o Parlamento e a outra metade o próprio órgão constitucional. São duas metades de 8 ministros cada uma de igual hierarquia, mandato de 12 anos. Idade mínima de ingresso é de 40 e máxima de 68 anos.

Nos EUA, que inspirou o modelo brasileiro, são 9 juízes com mandatos vitalícios, indicados pelo Presidente e avaliado pelo Senado, sem limite de idade.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional é composto por 13 juízes sem limites de idade para investidura no cargo. Não há aposentadoria compulsória e o mandato é de 10 anos, sem recondução. Dez membros são eleitos pela Assembleia da República e três pelo próprio Tribunal.

Na Corte Constitucional da Itália são 15 membros escolhidos entre magistrados de cortes superiores, advogados ou professores universitários com mais de 25 anos de profissão, sem limite de idade mínima ou máxima. Um terço indicado pelo Parlamento, um terço pelo Presidente e um terço pelas cortes superiores. É um modelo interessante.

Nossa Proposta para Reflexão:

Não sabemos se uma mudança em nosso sistema de escolha de ministros seria de efetiva valia para uma dinâmica de um STF menos comprometido com as ideologias de partido e mais com o máximo postulado de justiça. Certo é, que nosso modelo não funciona, a escolha após excessivos comprometimentos com a política competem empiricamente apenas à Presidência da República, funcionando o Senado como Casa de homologação após compromissos por detrás das cortinas com as causas mais prementes de alguns políticos com poderes no processo. É o que se entende como “fazer política”, lamentavelmente nem sempre, ou quase nunca no interesse público.

Não há como importarmos um modelo pronto de outro país, pois cada qual com a sua realidade, com as suas estruturas de poder, mas fato é, que como está não funcionou e não funcionará nos termos da ética, nos termos da moralidade que se espera dos agentes políticos que possuem munus público de tamanho a relevância.

Em nossa proposta, o próprio Judiciário escolheria seus ministros através de lista tríplice entre os cidadãos com ao menos 25 anos de atividade jurídica comprovada e notório saber jurídico também comprovado através de seus feitos, reputação ilibada (ficha limpa), com uma efetiva e não homologatória aprovação do Senado Federal, que se seguirá após o exercício da sabatina via CCJ, com posterior aprovação e nomeação do Presidente da República. Em caso de reprovação do Presidente, esta deverá ser fundamentada pela inexistência de conduta ilibada e notório saber jurídico, fundamentação vinculada, devendo uma suposta reprovação passar pelo crivo dos ministros do Supremo Tribunal Federal com poder de veto à reprovação presidencial.

Entendemos que a questão se os cargos seriam ocupados por mandatos ou aposentadoria compulsória (como é hoje), é de menor importância. Optaríamos por 12 anos de mandato, mas nada que imaginaria ser o critério de mudança necessário como se busca com as PECs no Congresso. Doze anos de mandato para procurar dar segurança jurídica e estabilidade às decisões, sem recondução. Como dissemos, o fator de mudança que acreditamos proporcionaria escolhas mais de acordo com os requisitos do texto constitucional de notório saber jurídico e reputação ilibada seria a modificação do eixo precípua de escolha do campo político, embora da aprovação participe, para o campo do Judiciário, de seus pares, promovendo uma tentativa de desafetação do STF da política do “me ajuda que eu te ajudo”.

Seria uma tentativa de mudança para quem sabe as nomeações para o Tribunal com o passar dos anos se revelem menos comprometidas com a política e mais com o notório saber jurídico.

Em caso de cassação ao veto Presidencial exercido pela maioria absoluta dos ministros do Supremo, caso o Presidente se recusasse ao ato de nomeação, o próprio Supremo Tribunal Federal exerceria o ato político.

A proposta manteria um controle entre os poderes, manteria a nomeação legitimada por bases democráticas com participação do Judiciário, Legislativo e Executivo, mas retiraria a princípio, entendemos, parcela deletéria da influência política das nomeações. O protagonismo sairia do Presidente da República, em regra um político nato, para a Casa que terá o ministro escolhido como um de seus pares, com know-how para indicação. O Senado seria cobrado por uma participação efetiva para além da homologatória que na prática cumpre.

Pelo exercício de uma política que represente os interesses da sociedade, com menos politicagem e maior grau de moralidade. Por um Judiciário que procure menos as razões da política da troca de favores e encontre mais as razões para se efetivar justiça.

CHATGPT: DORIAN GRAY, DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JANDESON DA COSTA BARBOSA:

Mestre em Direito e Políticas Públicas. Especialista em Direito Público. Servidor do TCU. Escritor de obras e artigos jurídicos. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do UniCeub. Professor de Licitações e Contratos. Advogado¹⁰.

Não. Esse texto não foi escrito pelo ChatGPT. E eu posso provar!

Caro leitor, nesse tempo intermediário – entre um mundo sem inteligência artificial (IA) largamente difundida para a produção de textos e um mundo que há de vir – quero combinar algo contigo: a suspensão das nossas regras de estilo de escrita, padrões e etc. Sim. Preciso provar que fui quem escreveu esse texto, mas também há coisas a serem ditas que devem ser feitas em uma linguagem “natural”.

Primeiro eu preciso recorrer a uma clássica conceituação. Aos pouco familiarizados com o tema, esclareço que o ChatGPT é “uma ferramenta desenvolvida pela OpenAI, uma organização de pesquisa em inteligência artificial com o objetivo de promover e desenvolver IA responsável e segura. Ele é baseado na tecnologia de transformadores pré-treinados, que foi inicialmente introduzida com o modelo GPT da OpenAI em 2018”¹.

Em termos práticos: “esta ferramenta oferece a possibilidade de realizar perguntas completas à inteligência artificial em uma linguagem natural, o que a transforma em uma potencial fonte de consulta”².

Se o leitor me permite, quero compartilhar contigo trecho de um dos meus romances preferidos: O Retrato de Dorian Gray. Essa obra, como sabemos, único romance escrito pelo aclamado e injustiçado Oscar Wilde, narra a história de um belo rapaz que recebera uma “benção”: a partir de dado momento, todos os malefícios que fossem causados ao jovem Dorian – seja em decorrência do álcool, drogas, doenças, alimentação, sedentarismo e até do envelhecimento – seriam suportados, não pelo seu corpo, mas por um retrato seu escondido em um sótão. Desse modo, Dorian Gray poderia aproveitar todos os riscos da vida sem nunca padecer de suas consequências físicas.

Curiosamente, para além da fascinante história e da envolvente escrita de Wilde, o que mais me chama atenção nessa obra é o seu prefácio. Vou premiá-lo, distinto leitor, com o trecho o qual quero comentar:

¹⁰ E-mail: jandesoncbarbosa@gmail.com

“Um artista é um criador de belas coisas. (...)

Para os eleitos é que as belas coisas significam simplesmente a Beleza. (...)

Podemos perdoar a um homem ter feito uma coisa inútil enquanto ele não a admira. A única desculpa de ter feito uma coisa inútil é admirá-la intensamente.

A Arte é completamente inútil.”³

Ora, é necessário compreender bem o que nos quis dizer o autor irlandês. Não é que a beleza “não sirva pra nada”. É que ela não está no campo do “útil”, daquilo que existe com a finalidade precípua de servir de instrumento para algo. A beleza está acima da utilidade, na perspectiva do autor. Ela é “inútil” justamente porque, mesmo sem instrumentalizar ou servir de meio para algo, a beleza é por nós desejada, apreciada, ambicionada e todos os “adas” que já conhecemos.

Portanto, a primeira nuance que quero explorar é excluir a “beleza” do escopo do ChatGPT e da produção do texto por inteligência artificial em geral. E por “belo” me refiro à escrita como arte, como lazer, como algo apreciável *per se*, sem servir de instrumento para nada. O texto pelo texto. O poema, mas também a prosa cativante, aquele conto instigante, o romance genial. Inclua nessa lista as tiras provocativas, as letras de música “com o espírito de um povo”, tudo o que é “inútil” segundo o vocabulário *oscarwildeano*.

Incluo nessa categoria de *belo* também os textos técnicos geniais, profundos, inéditos ou qualquer outra forma de texto *ímpar*. Relega-se, dessa forma, ao ChatGPT os textos “úteis”, os instrumentais, os relatórios, as dissertações (no sentido comum, não no acadêmico), e toda cornucópia (contém ironia) de textos laborais. Não que eu duvide da capacidade da IA de emular textos para se passarem por “arte”, ao parafrasear, repetir ideias, combinar trechos e histórias do que a humanidade já produziu. Mas não passariam disso: emulações. Não vislumbro em um horizonte próximo a IA “escrevendo arte”.

Prosseguindo, faço uma defesa e alguns alertas acerca da utilização do ChatGPT em duas áreas específicas: no Direito e na Administração Pública. Importante salientar que a Administração Pública é um *locus* peculiar: enquanto na “administração geral” o Direito é coadjuvante, na Administração Pública a ciência jurídica, mais especificamente o direito administrativo, é o veículo que operacionaliza o seu funcionamento.

Um dos ataques mais comuns feitos ao ChatGPT é que a ferramenta elabora textos como uma espécie de mosaico de informações coletadas de diversas fontes. A par disso ser um fato, é inconteste que a escrita humana em grande parte também o faz:

“Foucault, na segunda metade do século XX, desenvolveu uma importante reflexão sobre o estatuto do autor, descolando a ideia de autor, da ideia de uma individualidade que se reforça na sua obra e nela se eterniza. Ao contrário, o que Foucault ([1969] 2006) vai mostrar é que o autor moderno é um ponto organizador de certos textos, atribuídos a um determinado nome, e que ambos, autor e obra, desaparecem no grande arquivo da escrita”⁴

E é nesse ponto que existe uma das mais coerentes críticas em relação ao uso de IA no campo do Direito: máquina não sente, não tem empatia, produz textos “desumanizados”, esse último obviamente no sentido denotativo mas também no conotativo. É clássica a observação de que a palavra “sentença” provém do vocábulo latino *sententia*, que significa sentimento, aquilo que se sente de verdade. Portanto, os detratores da ferramenta questionam: como pode escrever uma sentença *alguém* que não tem sentimento?

Essa observação está longe de se lastrear apenas em uma discussão etimológica, mas encontra amparo em um argumento axiológico, ou seja, de *valor*. Não podem algoritmos tomar decisões com base em premissas que na maioria das vezes desconhecemos, e sem a irrenunciável análise valorativa de um ser senciente.

No controle externo – que *julga*, e por isso também pode ser incluído no campo ontológico dos operadores do Direito – é recorrente a crítica de que seus auditores não têm muitas vezes experiência empírica na Administração Pública e que por isso, por vezes, “pesam a mão” em situações que deveriam ser contemporizadas face às dificuldades reais⁵. E o que dizer de um julgador ou instrutor que tem sequer a experiência empírica de *existir*?

Com esses comentários, quero retirar da “responsabilidade” das ferramentas de IA a entrega de documentos acabados, sem análise humana valorativa posterior. É claro que há atividades instrutórias em que o uso de IA deve ser encorajado, seja porque as ferramentas fazem um trabalho melhor que o dos humanos, seja para poupar-lhes tempo na execução de atividades repetitivas. Exemplo de ambas as situações é o entabulamento e tratamento de dados, ação já largamente realizada por ferramentas de IA.

Outra atividade que segundo alguns poderia ser delegada ao ChatGPT seria o desenvolvimento de relatórios de auditorias, fiscalizações e congêneres a partir dos dados coletados. E nesse ponto cabe uma reflexão: a própria construção do texto não deveria estar impregnada do *sentire* do auditor? Decerto esse sentimento é ingrediente indispensável de tal análise. Se você, nobre leitor, levantou a voz mentalmente com os dizeres “mas a instrução tem que ser técnica!”, o curto espaço deste artigo me obriga a te remeter a obra em que trabalhamos o tema⁶ e demonstramos que não existe (e nem deve) uma análise absolutamente *técnica*.

Noutro giro, até a realização de pesquisas deve ser feita com cuidados. A ferramenta aparentemente não faz uma triagem entre conteúdos mais ou menos confiáveis. Nesses dias, este escriba estava enaltecendo justamente essa possibilidade de uso do ChatGPT. Um amigo me perguntou sobre determinado tema sob a ótica de certo autor, e eu rapidamente pedi que a ferramenta realizasse tal pesquisa. Com ar de quem acabara de ter uma daquelas *vitoriazinhas* de ponto de vista, enviei o resultado para esse amigo devidamente acompanhada da fonte: livro, edição e até número da página. Alguns minutos depois, o amigo faz chegar a mim foto da citada página na qual não havia qualquer referência ao assunto. E mais: o autor, ao menos naquele livro, não sustentava o que o Chat afirmava. Portanto, soma-se mais uma precaução: as fontes citadas devem ser rigorosamente checadas.

Em relação à utilização pela Administração Pública, há nesse ponto uma miríade de possibilidades. Não teria como eu deixar de exemplificar com a área de licitações e contratos administrativos. É possível o uso do ChatGPT, por exemplo, para a elaboração de vários dos campos dos Estudos Técnicos Preliminares, solicitando que a ferramenta compare as vantagens e desvantagens entre compra e locação de um bem, requisitos essenciais para a boa prestação de determinado serviço, e até a descrição pormenorizada do objeto em sede do termo de referência.

Contudo, refaz-se o alerta: é necessário que os servidores analisem a exatidão e congruência das informações fornecidas pelo Chat, verifique se tais elementos se amoldam ao caso concreto, além da irrenunciável análise escrita do autor com considerações acerca dos textos trazidos pelo ChatGPT. E coloca-se aqui mais uma possibilidade: a necessidade de que seja apontado no texto quais trechos foram elaborados pela ferramenta e quais provêm da livre escrita humana.

Por derradeiro, não poderia encerrar este artigo sem trazer à discussão mais uma alerta: a possibilidade do fortalecimento da retórica e da prolixidade em detrimento da substancialidade e da concisão. Nesse ponto vem à memória de muitos a escola sofista: “os sofistas creditavam a verdade, a moralidade, a religião, a justiça e os conceitos políticos e sociais ao consenso, a uma *convenção* entre os homens. Era da persuasão que se formava a verdade”⁷.

Eis que o uso indiscriminado de uma ferramenta que também pode ser considerada uma *máquina de retórica escrita* pode causar uma *sofistização* dos textos ante a facilidade que proporciona: se pretendo defender uma hipótese quase indefensável na qual não me ocorrem sequer argumentos favoráveis, agora eu tenho à minha disposição uma ferramenta que faz isso por mim. E aqui lanço uma provocação ao meu nobre leitor: sugiro solicitar ao ChatGPT um comando para que este escreva um texto defendendo a condenação de Sócrates face às acusações justamente dos sofistas. Este escriba o fez, e o resultado me causou ainda mais apreensão em relação a esse ponto.

Outro aspecto menos danoso mas nem por isso menos problemático é a analiticidade dos textos técnicos e despachos em geral da Administração Pública. Se antes, a concisão tinha a seu favor a necessidade de menos tempo e esforço do autor face à confecção de textos mais analíticos, agora não tem mais: basta pedir ao ChatGPT. Ronda, portanto, o perigo da *prolixidade fácil*.

Decerto a utilização da IA é uma realidade fática incontornável. Até por isso, quanto mais rápido surgirem regulamentações e orientações dos órgãos de controle do Judiciário (Conselho Nacional de Justiça), do Ministério Público (Conselho Nacional do Ministério Público), e da Administração Pública (tribunais de contas em especial, mas também no âmbito da própria administração), mas segura será essa trilha, ainda que tais regramentos necessitem ser constantemente atualizados.

Não podemos transformar a ferramenta de IA no retrato de Dorian Gray: simplesmente transferir aos algoritmos as nossas responsabilidades, dificuldades de análises ou mesmo utilizá-la como escudo para arroubos retóricos perigosos. Precisamos encontrar uma senda, um caminho seguro na descoberta desse novo “ecossistema”, para não sofrermos metaforicamente enquanto comunidade o destino do jovem Dorian ao se deparar muitos anos mais tarde com o seu retrato. E, se o nobre leitor ficou curioso com o destino de Dorian Gray, sugiro não perguntar ao ChatGPT: leia a obra.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional: numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Prefácio: Luiz Edson Fachin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

GALLO, Solange M. Leda. **ChatGPT: hiperautor ou não autor?** Traços de Linguagem - Revista de Estudos Linguísticos, [S. l.], v. 7, n. 1, 2023. DOI: 10.30681/2594.9063.2023v7n1id11199. Disponível em: <https://periodicos.unemat.br/index.php/tracos/article/view/11199>. Acesso em: 2 jun. 2023.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OSORIO, Jimmy Alexander Cortes. Editorial: **Explorando el potencial de ChatGPT en la escritura científica: ventajas, desafíos y precauciones**. Scientia et Technica, Año XXVIII, Vol. 28, No. 01, enero-marzo de 2023. Universidad Tecnológica de Pereira. ISSN 0122-1701 y ISSN-e: 2344-7214. DOI: <https://doi.org/10.22517/23447214.25303>.

VELÁSQUEZ, Fidel Rodríguez. **O ChatGPT na pesquisa em Humanidades Digitais: oportunidades, críticas e desafios**. TEKOA (ISSN: 2764-8893) - vol. 2, ano 2023.

WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. Tradução: João do Rio. Jandira-SP: Principis, 2020.

NOTAS:

¹ VELÁSQUEZ, Fidel Rodríguez. **O ChatGPT na pesquisa em Humanidades Digitais: oportunidades, críticas e desafios**. TEKOA (ISSN: 2764-8893) - vol. 2, ano 2023.

² Tradução do autor. No original: "*Esta herramienta ofrece la posibilidad de realizar preguntas complejas a la inteligencia artificial en lenguaje natural, lo que la convierte en una fuente de consulta potencial*". In: OSORIO, Jimmy Alexander Cortes. Editorial: **Explorando el potencial de ChatGPT en la escritura científica: ventajas, desafíos y precauciones**. Scientia et Technica, Año XXVIII, Vol. 28, No. 01, enero-marzo de 2023. Universidad Tecnológica de Pereira. ISSN 0122-1701 y ISSN-e: 2344-7214. DOI: <https://doi.org/10.22517/23447214.25303>.

³ WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. Tradução: João do Rio. Jandira-SP: Principis, 2020, p. 5-6.

⁴ GALLO, Solange M. Leda. **ChatGPT: hiperautor ou não autor?** Traços de Linguagem - Revista de Estudos Linguísticos, [S. l.], v. 7, n. 1, 2023. DOI: 10.30681/2594.9063.2023v7n1id11199. Disponível em: <https://periodicos.unemat.br/index.php/tracos/article/view/11199>. Acesso em: 2 jun. 2023.

⁵ A crítica, de tão repetida, acabou por se consolidar em diversas alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro por meio da Lei 13.655/2018.

⁶ Ver: BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional: numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais.** Prefácio: Luiz Edson Fachin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

⁷ MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 38.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUAS REPERCUSSÕES SOBRE A VIDA DAS PARTURIENTES: UMA REFLEXÃO NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL

BRUNO MARQUES DE ASSIS:

Pós-graduado em Direito Civil e
LGPD / Funcionário Público
Estadual¹¹

RESUMO: O presente artigo propõe uma reflexão sobre o tema da violência obstétrica, suas repercussões práticas e a abordagem do tema no âmbito do Poder Judiciário, com enfoque à proteção da dignidade humana da mulher e as dificuldades na responsabilização dos agentes de saúde, notadamente pela equiparação equivocada a erro médico. Far-se-á uma reflexão sobre as mudanças necessárias para que haja efetiva proteção à vida e à saúde da parturiente e do respectivo feto.

Palavras-chave: Violência obstétrica, reponsabilidade civil, dignidade humana, gravidez.

ABSTRACT: This article proposes a reflection on the topic of obstetric violence, its practical repercussions and the approach to the topic within the scope of the Judiciary, focusing on the protection of women's human dignity and the difficulties in holding health agents accountable, notably due to the mistaken equivalence to medical error. There will be a reflection on the changes necessary to effectively protect the life and health of the woman in labor and her fetus.

Keywords: Obstetric violence, civil responsibility, human dignity, pregnancy.

INTRODUÇÃO

Nos corredores dos hospitais a alegria e a desesperança dividem espaços e geram cenários completamente distintos. Por vezes, ao lado um paciente que recebe alta, outro ainda acamado padece de um mal maior.

A rotina estressante de um ambiente assim pode influenciar na saúde física e mental dos profissionais de saúde envolvidos, que, como seres humanos, não estão imunes a essas vivências.

Esse cenário, aliás, ficou escancarado durante o período da Pandemia da Covid-19. Segundo estudo divulgado pela FIOCRUZ, o sofrimento mental durante a pandemia

¹¹ E-mail: bru_dir@hotmail.com

mostrou elevadas taxas de adoecimento entre os profissionais de saúde, prevalecendo sintomas de ansiedade que variam entre 44,6% e 62%; cerca de 30% tinham nível moderado ou grave de ansiedade e em torno de 50% dos profissionais apresentou sintomas depressivos¹².

Não obstante, na outra ponta do atendimento se encontra o paciente que necessita de cuidados especiais. Em não raras vezes, a pessoa que busca atendimento médico está em posição de vulnerabilidade e sequer possui condições de contestar um diagnóstico ou tratamento recebido.

Dentro desse contexto surge uma problemática que, embora não seja nova, tem atraído atenção de especialista, dados os crescentes números de denúncias: a violência obstétrica sofrida por mulheres grávidas e parturientes em ambiente hospitalar.

Por definição, a violência obstétrica não se confunde com erro médico, uma vez que prescinde da caracterização da imperícia pelo profissional. Em verdade, se encontra situada numa zona intermediária, já que o dano não será necessariamente físico, podendo se caracterizar, por exemplo, com o agravamento de uma dor preexistente.

Tais conceitos serão mais bem detalhados nos tópicos seguintes, onde se analisará os pressupostos jurídicos da responsabilidade civil e, após, a contextualização da violência obstétrica no ordenamento jurídico e seu tratamento jurisprudencial.

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Nas palavras de Marcus Cláudio Aquaviva:

Quando um interesse protegido pelo direito é injustamente lesionado, imperioso seu ressarcimento por quem o feriu. Se a natureza do ressarcimento é patrimonial, configura-se a responsabilidade civil [...] O fundamento da responsabilidade civil é o *neminem laedere* (não lesar o próximo) e pode ter origem em ato ilícito (responsabilidade por ato ilícito), na inexecução de contrato (responsabilidade contratual) ou na própria lei (responsabilidade legal). (2001)

A palavra “responsabilidade” vem do verbo latino *respondere*. Esse vocábulo traz a ideia de garantia, ou alguém que seja responsável por algo. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, essa responsabilização significa *“a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda,*

¹² Disponível em <https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/52850#:text=Cerca%20de%2050%25%20dos%20profissionais,de%20ansiedade%20e%20de%20depress%C3%A3o>. Acesso em 01/10/2023.

*a raiz latina de spondeo, fórmula através da qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais*¹³.

O instituto da responsabilidade civil nasce de uma obrigação, imputando-se ao causador de um dano, total ou parcialmente, o ônus decorrente de sua conduta, visando restituir à situação anterior (*a quo*).

Apresentada essa premissa, destaca-se que a matéria deve ser analisada a partir de suas espécies: a responsabilidade civil e a penal. Como ensina Aguiar Dias¹⁴,

“certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam tão somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade penal; outros, enfim, acarretam, a um tempo, a responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva”.

O objetivo principal desse estudo não é dissecar a matéria, haja vista sua imensidão e a profundidade que se exigiria. Abordaremos o assunto apenas para acentuarmos questões preliminares, que serão como luz a nos orientar para o objeto final deste trabalho.

E dentro do aspecto civil, pode-se verificar a responsabilidade contratual ou extracontratual, a depender do que está sendo infringido pelo agente. Se houve descumprimento de um contrato, haverá a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil, sem prejuízo do que se convencionou.

De outro lado, quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual (aquiliana) e, neste caso, incide o disposto no art. 186 do Código Civil: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Independentemente do fundamento da responsabilização – contratual ou extracontratual –, de maneira majoritária a doutrina aponta os seguintes elementos como

¹³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil** – volume único. - 4. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 924.

¹⁴AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; 10. ed., 1997, p. 8.

necessários: a) a ação, sendo comissiva ou omissiva; b) culpa genérica ou *lato sensu*; c) o dano, podendo ser patrimonial ou moral; e d) nexo de causalidade entre o dano e a ação.

Ressalta-se que ao se referir à culpa em sentido amplo, genérica ou *lato sensu*, está sendo mencionado dolo e a culpa estrita (*stricto sensu*) e o dolo, cada qual com seus pressupostos próprios. No escólio de Flavio Tartuce¹⁵:

“O dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. Trata-se da ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do CC. Nos termos do que consta do art. 944, *caput*, do Código Civil, presente o dolo, vale a regra do *princípio da reparação dos danos*, o que significa que todos os danos suportados pela vítima serão indenizados. Isso porque, presente o dolo do agente, em regra, não se pode falar em culpa concorrente da vítima ou de terceiro, a gerar a redução por equidade da indenização. Porém, se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (art. 945 do CC).

O dolo, na responsabilidade civil, merece o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima. A conclusão, de que o dolo equivale à culpa grave, vem do brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur*, originário do Direito Romano, e com grande aplicação na atualidade. (...)

A partir das lições do italiano Chironi, a culpa pode ser conceituada como o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico. Na doutrina nacional, Sérgio Cavalieri Filho apresenta três elementos na caracterização da culpa: a) a conduta voluntária com resultado involuntário; b) a previsão ou previsibilidade; e c) a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção. Conforme os seus ensinamentos, “sem suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito”. Concluindo, deve-se retirar da culpa o elemento intencional, que está presente no dolo”

Acrescente-se, por relevante, que em uma visão subjetiva presente no atual modelo jurídico, a culpa se desdobra em: imprudência (falta de cuidado relacionada à ação

¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 726

do agente); negligência (ausência de cautela relacionada à omissão do agente) e/ou imperícia (relacionada à culpa profissional).

Nesse contexto, especificamente em relação à responsabilidade civil do médico, esta será, em regra, de natureza subjetiva. Assim:

“Se denomina responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na orbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o esculápio assume uma obrigação de meio e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica propostas e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato”¹⁶.

Acrescente-se que tal compreensão está igualmente delineada no § 4º do art. 14 do CDC, segundo o qual “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, em que pese seja cabível a inversão do ônus da prova “quando configurada situação de hipossuficiência técnica da parte autora” (STJ. AgInt no AREsp n. 1.872.697/DF, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 21.02.2022).

A questão ganha novos contornos a atribuição de erro médico envolve não apenas o prestador de serviços, mas uma instituição hospitalar que tenha igualmente intervindo na relação. Isso porque, segundo a Corte Superior, havendo vínculo, a qualquer título, do médico com o hospital, responde este solidariamente com aquele, apurada a culpa do profissional, nos termos do art. 14 do CDC (REsp 1.579.954/MG, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 18/05/2018; AgInt no AREsp 1.532.855/SP, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019).

Em síntese, no que tange à responsabilidade civil dos médicos e hospitais, o entendimento vigente na Corte de Justiça pode ser assim delimitado¹⁷:

(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos

¹⁶ CROCE, Delton. **Erro médico e direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 03

¹⁷ AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.895.660/AL, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 28.03.2022, DJe de 04.04.2022

serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (artigo 14, caput, do CDC);

(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (artigo 14, § 4º, do CDC); e

(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC).

Em síntese, a responsabilidade civil decorrente de erro médico é subjetiva – demanda a apuração da culpa profissional –, devendo ser diferenciado da responsabilidade atribuída à instituição hospitalar, que pode ser solidária ou por ato próprio, a depender vínculo que se tenha com o prestador, assim como a contribuição no evento danoso.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

As considerações expostas estão relacionadas à responsabilidade civil de profissionais da saúde no desempenho de seu mister, os quais, como seres humanos, estão suscetíveis a erros. Ainda que não tenham agido com intenção, podem ser responsabilizados, por exemplo, pelo cometimento de eventual ato imperito na condução de um determinado procedimento.

Essa concepção clássica, contudo, se mostra insuficiente para abranger todas as situações vivenciadas na prática, mormente quando não há um erro médico em si, mas uma conduta que agrava situação de aflição ou impõe ao paciente constrangimentos desnecessários.

Há uma profusão de infelizes exemplos quando o atendimento é prestado em favor de pacientes gestantes ou parturientes, as quais estão em manifesta situação de vulnerabilidade e demandam atenção especial de todas os profissionais que se dispõem ou são contratados para auxiliar antes, durante e após o parto.

Relembre-se, dentre diversos casos, o relato prestado pela atriz Carolinie Figueiredo e divulgado pelo Jornal Estadão, em que relatou ter havido privação de água e comida durante o parto do seu primeiro filho, assim como ouvido palavras de descrédito e humilhação, agravadas pelo uso da “manobra de Kristeller”.¹⁸

Ao rememorar sua experiência passada, afirmou que *“Essas dores estão vivas nas nossas células, na sensação física de limites que foram atravessados. Fica a vontade de chorar, o nó na garganta, as memórias que estão gravadas e emergem nos registros do corpo”*.

Esse panorama deixa assente que a violência não se confunde com o erro médico (stricto sensu), na medida em que abrange condutas de apropriação do corpo das mulheres gestantes, parturientes e em puerpério, sem respeito às suas escolhas, vontades e decisões.

Em verdade, trata-se de uma espécie *“desrespeito à mulher, à sua autonomia, ao seu corpo e aos seus processos reprodutivos, podendo manifestar-se por meio de violência verbal, física ou sexual e pela adoção de intervenções e procedimentos desnecessários e/ou sem evidências científicas”*.¹⁹

A violência obstétrica, portanto, é o inverso do parto cuidadoso, em que a mulher, suas escolhas e seus valores assumem o protagonismo, sendo o médico um auxiliador técnico para que a experiência do nascimento seja de júbilo e não de amargura, sofrimento.

As dores do parto não necessitam ir além do natural, esperado para o momento. Aliás, o papel da equipe médica é, na medida do possível, mitigar o quadro de tensão, fazendo com que o ambiente hospitalar se torne um antro de aconchego para quem vivencia, em não raras vezes, um dos momentos mais aguardados da sua vida.

Por isso, a violência obstétrica se caracteriza como uma conduta desrespeitosa do profissional que, por exemplo, inicia um procedimento sem comunicação e explicação eficiente à paciente, tocando seu corpo de forma exacerbada ou de maneira incomum.

¹⁸ Disponível em <https://www.estadao.com.br/emails/gente/carolinie-figueiredo-relata-estupro-e-violencia-obstetrica-essas-dores-estao-vivas/>. Acesso em 08.10.2023.

¹⁹ Disponível em https://www.as.saude.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/livreto_violencia_obstetrica-2-1.pdf. Acesso em 08.10.2023.

Da mesma forma, comete ato ilícito o profissional que desrespeita a escolha feita pela mulher de uma determinada forma de parto e, sem que haja consentimento, utilizada de sua posição de vantagem para impingir a vontade médica em detrimento da paciente.

Retira-se da mulher a autonomia quanto ao próprio corpo e desconsidera suas vontades durante a gestação, assim como seus direitos e capacidade de autodeterminação.

A amplitude do que pode caracterizar a violência obstétrica deixa assente o equívoco em reduzir esses atos à definição clássica de erro médico, pois, ainda que não exista uma ação culposa desqualificada pela imperícia, poderá ocorrer a violação à integridade física, moral ou espiritual da mulher.

Esse é o alerta feito por Maiane Cibele de Mesquita Serra em sua dissertação de mestrado sobre o tema²⁰:

“Ao enquadrar as situações de violência obstétrica como um erro médico minimiza-se a potencialidade de uma iatrogenia que acomete muitas mulheres no ciclo gravídico-puerperal, naturalizando condutas reprováveis, descaracterizando as especificidades dos casos e contribuindo para que as situações sejam encaradas de modo controverso e isolado e não como uma violação de direitos humanos e um grave problema institucional de saúde pública na assistência ao parto”

Essa diferenciação não é de somenos importância, mas decorre da necessidade da tutela específica de um caro direito das mulheres.

Aliás, neste aspecto, importa ressaltar que a busca pelo reconhecimento da autonomia dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, inclusive para dispor de seus próprios corpos, passou por longa trajetória e somente encontrou expressa definição e afirmação a partir da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento de 1994, também denominada Conferência do Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, de Pequim, realizada em 1995.

Na oportunidade foi elaborado o Plano de Ação do Cairo encampando diversos princípios, dentre eles o de nº 04, segundo o qual *“O progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela*

²⁰ SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Violência obstétrica em (des)foco: uma avaliação da atuação do Judiciário sob a ótica do TJMA, STF e STJ. 2018. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito/CCSO) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís. p. 185.

e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento”.

De outro lado, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), incorporado ao sistema jurídico pelo Decreto nº 4.377/2002, estabeleceu em seu art. 12, 1, que os Estados-Partes devem adotar medidas “apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar”.

E o Comitê criado pela CEDAW emitiu a Recomendação Geral nº 24, instando os Estados-Partes, dentre outras garantias, a “*Exigir que todos os serviços de saúde sejam consistentes com os direitos humanos das mulheres, incluindo os direitos à autonomia, privacidade, confidencialidade, consentimento e escolhas informadas*” (item 31, “e”).

Relembre-se que no âmbito do Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), o Estado brasileiro foi condenado no famigerado caso “Alyne Pimentel”, em decorrência da falta de assistência médica em favor da vítima, que se encontrava grávida e, em decorrência de sucessivas omissões, morreu em virtude de uma hemorragia digestiva, à espera de leito num hospital público no Estado do Rio de Janeiro.

Na oportunidade foram feitas recomendações ao Estado brasileiro, dentre elas se destaca:

(i) assegurar o direito da mulher à maternidade saudável e o acesso de todas as mulheres a serviços adequados de emergência obstétrica;

(ii) realizar treinamento adequado de profissionais de saúde, especialmente sobre direito à saúde reprodutiva das mulheres; (iii) reduzir as mortes maternas evitáveis, por meio da implementação do Pacto Nacional para a Redução da Mortalidade Materna e da instituição de comitês de mortalidade materna;

(iv) assegurar o acesso a remédios efetivos nos casos de violação dos direitos reprodutivos das mulheres e prover treinamento adequado para os profissionais do Poder Judiciário e operadores;

(v) assegurar que os serviços privados de saúde sigam padrões nacionais e internacionais sobre saúde reprodutiva; e

(vi) assegurar que sanções sejam impostas para profissionais de saúde que violem os direitos reprodutivos das mulheres.

Tais recomendações no tocante à saúde da mulher na gravidez foram encampadas pela Organização Mundial da Saúde – OMS, a qual, em declaração emitida no ano de 2014, reconheceu que *“Os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente”*.

Já no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, a Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Decreto nº 1.973/96, fixou que toda mulher *“tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada”* (art. 3), afirmando-se *“direitos a que se respeite sua integridade física, mental e moral”* (art. 4, “b”).

Pelo que se viu, não são poucas as diretrizes que se tem para determinar e resguardar a incolumidade física e psicológica no que diz respeito a atos de violência obstétrica.

Essa é a tendência que se observa em recentes julgados que, de forma acertada, compreendem que a violência obstétrica não decorre necessariamente de um ato imperito do profissional que atende a mulher:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. ERRO MÉDICO. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DEVIDA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE DOS DANOS MATERIAIS. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A parturiente, a par da episiotomia intempestiva e indevida, fruto de erro médico com a insistência na realização de um inviável parto pela via baixa, conforme expressamente consta do laudo pericial, foi submetida posteriormente a parto cesariana com manobra de Zavanelli, intercorrências e internação da recém-nascida em UTIN por 28 dias. A responsabilidade civil do Estado desponta, diante da prova escorreita do dano e do nexo causal, guardando amparo jurídico o dever de indenizar, na hipótese, o dano moral, nos termos do que dispõem os arts. 37, § 6º, da Constituição Federal e 12 do Código Civil. 2. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define violência

Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf

como a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis. A identificação com a violência obstétrica e psicológica sofrida pela parturiente configura o dano moral que deve ser compensado como um lenitivo à vítima, bem assim à recém nascida, se presentes os elementos da responsabilidade civil. 3. É evidente, portanto, que a insistência indevida com o parto inviável por via baixa, culminando com episiotomia intempestiva e indevida, bem assim a imperícia e a imprudência a que submetida a autora no sensível momento do parto, posteriormente efetivado por cesariana com manobra de Zavanelli e intercorrências, representou um quadro de traumático sofrimento, agravado em seguida pela angustiante permanência da recém-nascida, com saúde comprometida e risco de vida, em leito de UTIN por 28 dias, a amparar a pretensão de majoração da indenização fixada para o valor pretendido de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). 4. De igual modo, a indenização à criança merece majoração para R\$40.000,00 (quarenta mil reais), a despeito de inexistir sequela ou incapacidade permanente atual, isso porque, conforme consta expressamente do laudo pericial, padeceu de sofrimento intenso e injustificado, diante do tocotraumatismo com anóxia intraparto e sofrimento fetal agudo, com várias intercorrências durante os 28 dias na UTNI, tais como Infecção presumida, sepse tardia, hemorragia digestiva alta, flebites em local de punção venosa. 5. A majoração, desse modo, atende ao critério bifásico, às circunstâncias específicas que envolvem a lide e a anseios de razoabilidade que o Direito exige. 6. Quanto ao dano material, a inexistência de nexos de causalidade impede a indenização. Com efeito, conforme laudo as aderências intra-abdominais seriam resultantes do ato cirúrgico, intercorrência possível e que não pode ser imputada a erro médico. Assim, o laudo afastou o liame causal entre a conduta médica e o alegado dano experimentado pela parte com as despesas médicas contraídas para realização de intervenção cirúrgica posterior. Nessa diretriz, em relação aos lucros cessantes, não é outra a conclusão a ser adotada, se a alegada perda da Bolsa Atleta, ou da bolsa de estudos informada na petição inicial, decorreria das dores que a impediam de correr, como atleta de alto rendimento, em razão das aderências, que a seu turno não podem ser valoradas como fruto de erro médico. 7. Recurso do Distrito Federal conhecido e desprovido. Recurso das autoras conhecido e parcialmente

provido.

(TJDFT. Acórdão 1300512, 00229072120158070018, Relator: SANDRA REVES, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 11/11/2020, publicado no DJE: 26/11/2020)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE PROFISSIONAIS MÉDICOS – HOSPITAL – PLANO DE SAÚDE – RELAÇÃO DE CONSUMO – SOLIDARIEDADE – CULPA PROFISSIONAL – DANOS FÍSICOS E ESTÉTICOS – PARALISIA CEREBRAL QUADRIPLÁGICA ESPÁSTICA – NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADO – PROVA PERICIAL – VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA CARACTERIZADA – DIREITO DA MULHER – AUTODETERMINAÇÃO DO PRÓPRIO CORPO – INTERVENÇÕES MÉDICAS – MANOBRA DE KLISTELLER – EPISIOTOMIA – SUCESSIVOS TOQUES – DESRESPEITO AO DIREITO DE ACOMPANHANTE – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, CONTRA O PARECER. Insurgem-se os Requerentes contra a sentença proferida em primeiro grau, que afastou a condenação dos Requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos decorrentes de erro médico. As imputações feitas à inicial dizem respeito a supostos erros médicos cometidos por ocasião do nascimento do Requerente, diagnosticados com "Paralisia Cerebral Quadriplágica Espástica e Transtorno Específico Misto do Desenvolvimento", quadro clínico que acarreta incapacidade permanente da criança. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, havendo vínculo, a qualquer título, do médico com o hospital, responde este solidariamente com aquele, apurada a culpa do profissional, nos termos do art. 14 do CDC (REsp 1.579.954/MG, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJE 18/05/2018; AgInt no AREsp 1.532.855/SP, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019). Em relação ao plano de saúde, o Superior Tribunal de Justiça "reconhece que a operadora de plano de saúde é solidariamente responsável pelos danos decorrentes de falha ou erro na prestação de serviços do estabelecimento ou médico conveniados" (REsp n. 1.901.545/SP, relator Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 08.06.2021, DJe de 11.06.2021) De acordo com as provas dos autos, não há elementos que comprovem os supostos erros médicos que teriam causado as lesões incapacitantes do Requerente, pois a perícia médica, elaborada sob o crivo do

contraditório, não apurou nenhuma conduta que tenha sido a razão dos danos físicos causados à criança. A causa de pedir está lastreada em eventuais fatos ocorrido na 36ª semana de gravidez, na data do nascimento do Requerente. Com relação ao uso do fórceps e extrator a vácuo, segundo a prova pericial e os depoimentos de especialistas, constituem métodos assistenciais que não necessariamente causam lesão física ou neurológica em recém-nascido. A par das doenças preexistentes da Requerente (genitora), que podem ter contribuído para a deficiência apresentada pela criança, não há provas da conduta dos Requeridos, tampouco do nexo de causalidade entre a ação/omissão destes e os prejuízos descritos à inicial. Contudo, as provas denotam que houve atos de violência obstétrica, cujo conceito, embora próximo, não se confunde com erro médico (*stricto sensu*). A violência obstétrica está relacionada a procedimentos e condutas adotadas pela equipe médica durante o período gestacional da mulher que impliquem violação à integridade física e psicológica da parturiente, atingindo inclusive aspectos não aferidos diretamente em sua fisionomia. Conforme doutrina especializada e orientações emanadas pelo Ministério da Saúde e Secretaria Estadual de Saúde, a violência obstétrica consiste no desrespeito à mulher, à sua autonomia, ao seu corpo e aos seus processos reprodutivos, podendo manifestar-se por meio de violência verbal, física ou sexual e pela adoção de intervenções e procedimentos desnecessários e/ou sem evidências científicas. Segundo se extraiu dos autos, o médico que realizou todo pré-natal da Requerente agiu de forma omissiva, quebrando o elo de confiança estabelecida entre paciente/familiares e médico, na medida em que, embora tenha se comprometido, não compareceu à sala de parto para assumir os trabalhos. O médico plantonista, por sua vez, admitiu a realização de manobras que causaram dores desproporcionais à paciente, sem que houvesse justificativa plausível para tanto, como a manobra de Klisteller, que há tempo não é mais recomendada pelas Autoridades Públicas na área da saúde. Além de não considerar a vontade da paciente e sua autonomia quanto à modalidade do parto, ficou a mesma desassistida de companhia durante o período expulsivo, justamente no momento de maior tensão durante o parto. Presentes os pressupostos legais, deve ser reconhecido direito da Requerente à indenização por danos morais, afastando-se, entretanto, a imputação

feita em relação aos profissionais que não tiveram a culpa demonstrada (pediatra, médica residente e médica que admitiu a paciente no hospital). Recurso conhecido e parcialmente provido, contra o parecer. (TJMS. Apelação Cível n. 0801532-69.2016.8.12.0045, Sidrolândia, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Desª Jaceguara Dantas da Silva, j: 15/02/2023, p: 16/02/2023)

Tais precedentes oferecem uma diretriz de como a matéria deve ser enfrentada nos casos práticos, sem o viés de redução dos problemas, mas de ampliação, compreendendo a violência obstétrica como uma ramificação distinta da clássica conceituação de erro médico.

CONCLUSÃO

Sem a pretensão de esgotar todas as nuances do tema, o presente trabalho buscou apresentar um vislumbre inicial da questão envolvendo a violência obstétrica que aflige inúmeras mulheres pelos rincões deste país, muitas delas que sequer possuem a exata compreensão de que eventualmente foram/são vítimas desse ato lesivo.

Observa-se um crescente – e necessário – movimento de conscientização de pacientes e profissionais médicos a respeito dos cuidados à maternidade em todos os seus ciclos, de modo a reduzir casos que possam representar violação aos direitos da mulher, mormente a autodeterminação do próprio corpo e as prerrogativas de escolha quanto à eventual intervenção antes, durante e após o parto.

Com isso, faz-se necessário que o Poder Judiciário acompanhe o tema para aplicação em proteção aos direitos da mulher, a fim de que o tratamento não se dê apenas quando houver a associação com eventual erro médico.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; 10. ed., 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.895.660/AL**, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 28.03.2022, DJe de 04.04.2022.

Carolinie Figueiredo relata estupro e violência obstétrica: 'Essas dores estão vivas'. Disponível em <https://www.estadao.com.br/emails/gente/carolinie-figueiredo-relata-estupro-e-violencia-obstetrica-essas-dores-estao-vivas/>. Acesso em 08.10.2023.

Covid-19: Estudo analisa depressão, ansiedade e estresse entre trabalhadores de unidades de saúde. Disponível em

<https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/52850#:text=Cerca%20de%2050%25%20dos%20profissionais,de%20ansiedade%20e%20de%20depress%C3%A3o>>. Acesso em 01/10/2023.

CROCE, Delton. **Erro médico e direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil** – volume único. - 4. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Livreto Violência Doméstica. Secretaria Estadual de Saúde de Mato Grosso do Sul. Disponível em https://www.as.saude.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/livreto_violencia_obstetrica-2-1.pdf. Acesso em 08.10.2023.

SERRA, Maiane Cibebe de Mesquita. **Violência obstétrica em (des)foco: uma avaliação da atuação do Judiciário sob a ótica do TJMA, STF e STJ**. 2018. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito/CCSO) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

A LAICIDADE E A (IM)POSSIBILIDADE DO ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS DO BRASIL: OS PERIGOS DA “CATEQUIZAÇÃO” INSTITUCIONALIZADA

MATHEUS PAULO DE ANDRADE:

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Campos Elíseos. Defensor Público do Estado do Paraná²¹.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo, frente ao modelo de Estado Laico adotado no Brasil, trazer reflexões e problematizações a respeito da prática do ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental. O tema se faz importante diante das reiteradas manifestações de intolerância religiosa vivenciadas no país, rompendo com a lógica de Direitos Humanos protegidos pela Constituição. A constitucionalização do ensino religioso, a partir de uma análise histórica, está relacionada a estratégias políticas e simbólicas da Igreja Católica, como forma de perpetuação de suas diretrizes na sociedade brasileira. Neste contexto, a escola pública atual, ao oferecer a disciplina religiosa, pode servir como espaço de segregação e de não reconhecimento do outro. A pesquisa baseia-se em outras literaturas sobre o assunto, bem como, em legislações nacionais. O que se depreende do texto é que há total omissão legal que discipline os contornos práticos da matéria religiosa, abrindo espaço para discricionariedades de cada ente educacional e causando grandes anomalias em uma educação que, em tese, deveria ser laica. Deste modo, traz-se a alternativa do ensino de Direitos Humanos no ensino infantil de modo a criar a consciência e respeito a qualquer diferença, inclusive a religiosa.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Educação, Ensino Religioso, Laicidade.

ABSTRACT: This article has the aim, in view of the standart of Secular State adopted in Brazil, to bring reflections and problematizations in the matter of religious education's practise in elementary public schools. The theme is importante as reiterated religious intolerance manifestations happen in the country, breaking the logic of the Human Rights protected by the Constitution. The constitucionalization of religious education, since a historical analysis, is related to political and simbolical strategies of the Catholic Church, as a way of perpetuating its guidelines in brazilian society. In this context, the actual public school, when offering the religious subject, can be a space of segregation and not noticing the other. The research is based on other literatures about this matter, as well as, in native laws. From this text is possible to conclude that there is a total legal omission about the

²¹ E-mail: matheusp.andrade@defensoria.pr.def.br

practical shapes of religious subject, opening space to the discretionarity of each religious entity, causing great anomalies in an education that, in thesis, should be secular. Thus, there is the alternative of teaching Human Rights in elementary school, in a way of creating conscience and respect to any difference, including the religious one.

Keywords: Human Rights, Education, Religious Education, Secularity.

INTRODUÇÃO

Quando se vive em um Estado que se pretende “democrático de Direito” há (ou deve haver) uma preocupação constante em não se afastar da legalidade e das diretrizes constitucionais. A dificuldade se intensifica quando o sistema constitucional tutela direitos aparentemente conflitantes e controversos como o suposto direito à educação religiosa no ensino fundamental e o direito a um Estado devidamente Laico.

A religião, em uma abordagem não aprofundada, gera respostas diversas na sociedade em razão de um sentimento histórico de condenação (as Cruzadas, as inquisições católica e protestante, os atentados terroristas por motivação religiosa²² etc.), de medo, de resistência (grupos de minorias, como alguns grupos feministas, a comunidade LGBT, comunidades religiosas de matriz africana, entre outros²³) e de respeito (reverência).

Acredita-se, quase como um senso comum, que a educação é a principal forma de libertação do indivíduo e da construção de sua identidade para a vida em sociedade. A educação transformadora, como principal caminho de desenvolvimento do indivíduo, é concebida no direito contemporâneo como uma garantia fundamental e um direito humano. É dever do Estado, portanto, oferecer educação gratuita e de qualidade, permitindo a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. A questão se coloca em

²² Em momento algum se afirma que as religiões motivem e/ou incentivem ataques terroristas, apresentando-se tais acontecimentos como deturpações de ideais religiosos que servem a interesses egoísticos de determinados grupos (que se auto intitulam como intérpretes do Sagrado). Também se destaca que o uso de terrorismo não é exclusivo para grupos mulçumanos, sendo testemunhado pela história atos como o “massacre de São Bartolomeu” (1572), no qual católicos assassinaram calvinistas franceses (huguenotes), na Irlanda do Norte (com os “Orange Volunteers” e os “pastores demônios” em atos de violência física e ideológica contra católicos), nos EUA o Ku Klux Klan (grupo protestante contra católicos, negros, judeus e outras minorias) etc.

²³ A depender da profissão de fé, esses grupos são hostilizados e perseguidos.

evidência quando existem movimentações de grupos opostos para neutralizar a exposição de correntes teóricas e ideológicas nas matrizes curriculares²⁴.

A situação fica ainda mais delicada quando o texto constitucional apresenta o ensino religioso (sem especificar se na modalidade confessional, interconfessional ou supraconfessional)²⁵ nas escolas públicas, retomando uma prática há muito afastada para se garantir a neutralidade do Estado. Assim, grupos religiosos adotando estratégias de catequização e conquista de espaços político-ideológicos na sociedade desejam impor suas visões do “sagrado” nos currículos escolares sob o pretexto que isso garantiria a formação cidadã²⁶.

Essa reflexão tem relevância multidisciplinar por apresentar questões de Direito Constitucional, Direitos Humanos, Sociologia, Política, Teologia, História, entre outros. A manutenção (ou talvez, melhor dizendo o “resgate”) de um Estado Laico é condição de garantia de direitos e liberdades, especialmente de grupos vulneráveis e de minorias, violentados por ideais religiosos que reivindicam para si o monopólio da verdade e da “salvação”.

Frente a tais considerações, o ensino religioso (confessional ou interconfessional) pode coexistir de alguma forma com o Estado Laico? O ensino religioso confessional

24 Nesse sentido se encontram movimentos como a “Escola sem Partido”, que questiona a neutralidade do ensino. Cabe aqui refletir que nenhum ensino é neutro, a subjetividade (e autonomia) do professor carrega conceitos e pré-conceitos particulares, visões de mundo oriundas de fatores familiares, religiosos, culturais, experiências vividas, entre outros. Se ciências com conhecimentos metodologicamente estabelecidos (como História e Geografia, por exemplo) podem ser abordadas de forma tendenciosa ou parcial, muito mais vulneráveis seriam as aulas de ensino religioso, visto que concepções de divindade são plurais, contraditórias e íntimas do ser.

25 Alguns autores dividem o ensino religioso em: a) confessional, com viés catequético, o qual se ensina uma única profissão de fé ou credo. Em questões práticas, a escola oferecia turmas específicas para cada religião (para os não crentes, seriam oferecidas outras atividades alternativas, visto não ser de participação obrigatória – em tese); b) interconfessional, com viés teológico, o qual tem a abordagem de várias ideologias religiosas, com caráter ecumênico, buscando uma suposta “comunhão” inter-religiosa (em tese, também de frequência facultativa); e, c) supraconfessional, com viés de “ciência da religião”, que pretende apresentar uma visão isenta de caráter religioso, analisando (em suposta abordagem metodológica) as religiões em uma perspectiva crítica. Considerando que tal divisão é oportuna a mesma é adotada no presente artigo. Para maior aprofundamento sugere-se a leitura de “A educação religiosa em escolas públicas: fundamentos constitucionais para a defesa da modalidade supraconfessional”, de autoria de Gabriel Lima Marques (2014).

26 É o caso preocupante que se tem noticiado de leis que determinam a distribuição de bíblias cristãs em escolas públicas, sendo o caso de preterimento de outras profissões religiosas ou mesmo do direito de não ter religião. Houve, inclusive, uma série de ações ajuizadas contra a obrigatoriedade de bíblias em escolas e bibliotecas públicas pela Procuradoria Geral da República (STF, 2015).

patrocinado em espaços públicos (escolas) não desconstrói a laicidade do Estado e impõe o favorecimento das religiões hegemônicas invisibilizando (e violando) as liberdades de grupos hostilizados por essas (religiões minoritárias, grupos LGBTs etc.)? A adoção de modalidades (interconfessionais e supraconfessionais) que apregoam suposta isenção de credo é realmente a melhor alternativa?

Como se percebe a questão é complexa e demanda uma análise pontual, que não se pretende conclusiva. A abordagem se dá especialmente vinculada a reflexões do texto constitucional de 1988, no âmbito brasileiro, destacadamente apresentando um resgate histórico comparativo, que permite compreender como a proposta do ensino religioso é um retrocesso, visto que já superada pelo desenrolar histórico. Para responder a esta questão o trabalho utiliza-se ora do método dialético reflexivo, ora do método historicista. O tema, dada sua relevância e complexidade, exigiu a adoção coordenada das duas metodologias. Como ferramenta de pesquisa utilizou-se o levantamento bibliográfico de obras, textos jurídicos, artigos de referência, legislações pertinentes e documentos oficiais que possuem relevância para a proposta.

A primeira parte da pesquisa buscou a revisão conceitual do Estado Laico e seus aspectos democráticos, analisando o amparo constitucional do tema. Primeiramente, o objetivo foi entender os contornos da laicidade, posteriormente amadurecendo as concepções diversas das relações entre Estado e Religião (Estado Ateu, Estado Teocrático etc.). O segundo foco dessa fase, traçou diretrizes da laicidade como garantias fundamentais da CRFB/88, os princípios e seus reflexos. O resultado dessa pesquisa permitiu a produção do tópico 1.

Superada essa fase conceitual e principiológica, a pesquisa executou um resgate histórico da relação Estado e Igreja na catequização como estratégia de influência religiosa sobre a sociedade brasileira, que resultou na produção do segundo tópico do presente trabalho. Dialogando com a superação histórica apresentada, a terceira parte da pesquisa se dedica a trazer questões legislativas e constitucionais, bem como posições de pesquisadores e juristas sobre o tema, abordando sempre que possível visões divergentes para construção de uma visão ampla sobre o assunto. A análise dos resultados decorrentes dessas fases permitiu a produção dos tópicos 2 e 3, respectivamente.

A quarta fase da pesquisa buscou construir a lógica do ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental como estratégia contemporânea de doutrinação e catequização, o que vai de encontro com a laicidade necessária para a democracia, com a apresentação do tópico 4.

1. CONCEITO DE ESTADO LAICO E SEUS ASPECTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

No ano de 1988, com a promulgação do texto constitucional, inaugurou-se no Brasil uma nova fase do constitucionalismo brasileiro, rompendo com a lógica militar autoritária vivida nas décadas anteriores. Estabeleceu-se a democracia constitucional no país que, por meio de emendas, contou com “o maior grau de legitimidade popular” (PIOVESAN, 2009, p. 29). Assim, fez-se valer o princípio democrático adotado logo no primeiro artigo da Constituição, em seu parágrafo único, o qual diz que todo o poder emana do povo, seja da forma direta, como nas iniciativas populares, ou indireta, na escolha de seus representantes.

Nesse sentido, a democracia representativa e a laicidade estão intrinsecamente ligadas (BLANCARTE, 2008, p. 31). Não há de se falar em liberdade religiosa, direitos civis e políticos, sem democracia, esta que é substrato para o exercício daqueles e de outros direitos fundamentais (SORIANO, 2009, p. 164).

1.1. Aspectos conceituais da Laicidade

O termo “Laico” surge em 1871, na França, em meio a uma conjuntura de ideais republicanos que objetivavam um Estado livre do sistema monárquico e de seus fundamentos divinos, de modo a reconhecer não só as diferentes crenças, como também as liberdades religiosas (ORO, 2008, p. 81). “Laico” deriva da palavra grega “laikos”, que significa “leigo, do povo”²⁷. O princípio da laicidade adota uma postura de imparcialidade quanto aos conteúdos religiosos, não apoiando e nem se opondo a nenhuma religião. Permite aos cidadãos a escolha da matriz religiosa que pretendem seguir, livre de qualquer discriminação direta ou indireta, promovendo a liberdade e a igualdade entre os indivíduos em um ambiente plurirreligioso (DOMINGOS, 2009, p. 50-51).

Um Estado que se denomina laico entende adotar “um regime social de convivência, cujas instituições políticas são legitimadas principalmente pela soberania popular e não por elementos religiosos”. A laicidade veda a submissão ou cerceamento praticados por qualquer religião ou organização religiosa às diretrizes e aos direitos do Estado, ou ainda, “apropriar-se dele para seus interesses”, garantindo com isso a pacificação em um cenário de pluralidade religiosa em que o Estado não privilegia nenhuma delas (BLANCARTE, 2008, p. 27). Deste modo, José Gomes Canotilho resume o princípio da laicidade em outros três princípios: “secularização do poder político, neutralidade do Estado perante as igrejas, liberdades de consciência, religião e culto” (CANOTILHO, 1993, p. 490).

²⁷ Cabe mencionar que, nessa concepção, o termo se aproxima ainda mais da ideia de Estado Democrático.

No entanto, embora a cisão “orgânica e formal” entre Estado-Religião tenha sido fundamental para o próprio surgimento do Estado Nacional (HUACO, 2008, p. 35.), muitos países têm demonstrado que sua separação é apenas institucional, e que suas políticas continuam sendo inspiradas em valores, crenças e princípios confessionais (HUACO, 2008, p. 49).

1.2. **A Laicidade na CRFB/88 e o respeito às pluralidades**

No Brasil, a laicidade é um “princípio constitucional autêntico, um princípio fundamental”, fundado no Estado Democrático de Direito (HUACO, 2008, p. 42). O constituinte brasileiro optou por adotar um modelo de laicidade “por meio da separação institucional entre Estado e religião, com possibilidade de cooperação em determinadas áreas entre o Estado e as igrejas” (RIOS, 2015, p. 27), o que é conhecido como modelo “pluriconfessional”²⁸.

Este modelo brasileiro de laicidade contrasta com o modelo da “neutralidade religiosa”. Este último se apresenta neutro e indiferente ao fator religioso, desconsiderando assim, ao realizar atos públicos, toda a diversidade cultural e religiosa da comunidade civil. Veda, ainda, a colaboração do Estado com entes religiosos nas execuções de políticas públicas e tem a pretensão de barrar a ascensão de grupos religiosos nos espaços públicos (RIOS, 2015, p. 28)²⁹. Tal sistema dialoga com o que é conhecido por “laicismo”, no qual há a clara presença de hostilidade às religiões e indiferença, ou passividade, ao fenômeno religioso. Seria, portanto, a militância exagerada da defesa da laicidade (HUACO, 2008, p. 47).

Por sua vez, no modelo da laicidade pluriconfessional, adotado pela ordem constitucional brasileira, se presa pela igualdade entre os seres e pela liberdade do indivíduo, resguardando a liberdade religiosa de consciência, crença e culto. A diversidade cultural e religiosa é protegida pelo Estado como bem constitucional, levando-se em conta os diversos fenômenos religiosos. Há neutralidade apenas no que tange às diferentes visões ideológicas e filosóficas das religiões, ou seja, há imparcialidade do Estado frente à

28 A referida colaboração, ainda que pesem posicionamento em contrário, pode ser notada em diversas possibilidades trazidas pelos dispositivos constitucionais como, por exemplo, dar ao casamento religioso os efeitos civis, ou ainda, garantir às entidades civis e militares de internação coletiva a assistência religiosa.

29 Para exemplificar a lógica deste modelo, tem-se o caso emblemático do governo francês que, com apoio do Tribunal Europeu, proibiu o uso de véu por muçulmanas em espaços públicos. Neste caso, há evidente restrição dos direitos à liberdade do ser humano – incluindo sua liberdade religiosa - e, com isso, violação de sua dignidade.

pluralidade de religiões e seus conteúdos, não se podendo falar em indiferença ao fator religioso, muito menos de hostilidade a este (RIOS, 2015, p. 27).

Ao contrário do que ocorre em constituições como a da França³⁰, o constituinte, ao se referir ao Estado brasileiro, não deixou expresso o termo “laico”, no entanto, os dispositivos constitucionais reforçaram a laicidade do Estado quando avocaram princípios democráticos, igualitários, de liberdade religiosa, e sua separação em relação à religião (MARTIN, 2009, p. 59).

O artigo 19, inciso I, da CRFB/88 trouxe que é defeso à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Deste modo, a expressão “estabelecer cultos religiosos” deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, é proibido ao Estado criar religiões/seitas, ou ainda, fazer qualquer difusão ou publicidade de práticas religiosas. O termo “subvencionar” indica que é vedado ao Estado subsidiar práticas religiosas, seja por meio de apoio financeiro ou de vantagens, o que, infelizmente, pode ocorrer quando o Estado, utilizando-se das escolas públicas, oferece ensino religioso confessional aos alunos e, com isso, embora vedado pelo dispositivo constitucional, patrocina a prática religiosa no interior de seu sistema educacional. Já o termo “embaraçar-lhes o funcionamento” significa que o Estado não pode dificultar e nem restringir as práticas psíquicas ou materiais do exercício da fé (PONTES DE MIRANDA apud SILVA, 2005, p.251-252).

Já a colaboração entre Estado-Religião pode ocorrer em casos que envolvam o interesse público, desde que disciplinada por lei devidamente aprovada por cada ente federativo que desejar estabelecer tal cooperação, observado, obviamente, as restrições da primeira parte do artigo 19, inciso I, sob pena de ser decretada inconstitucional (JAYME, 2009, 538).

Ocorre que a expressão utilizada pelo legislador “interesse público” trata-se de uma previsão aberta, admitindo muitas interpretações e tornando complexo estabelecer seus limites. Sendo assim, “a lei, pois, é que vai dar uma forma dessa colaboração. É certo que não poderá ocorrer no campo religioso. Ademais, a colaboração estatal tem que ser geral a fim de não discriminar entre as várias religiões” (SILVA, 2005, p. 252). O entendimento,

³⁰ A Constituição Francesa de 1958, de maneira expressa, declarou que o estado francês é laico em seu artigo 1º: “A França é uma República indivisível, laica, democrática e social. Ela garante a igualdade perante a lei para todos os cidadãos sem distinção de origem, raça ou religião. Ela deve respeitar todas as crenças. Sua organização é descentralizada” (tradução livre).

portanto, deve ser de que a colaboração entre Estado e Religião deverá ser de caráter social, jamais de caráter religioso, permitida em “atividades assistenciais; promoção dos direitos humanos; a formação cultural e educacional dos cidadãos; as campanhas educativas e preventivas no âmbito da Saúde Pública, do Trânsito, do Meio ambiente e Cidadania” (RODRIGUES JUNIOR, 2009, p. 103).

Entende-se, então, que o Estado não pode estabelecer nenhum tipo de aliança, ou ainda, nenhum tipo de dependência com entidades confessionais. No entanto, se previsto em lei, pode estabelecer convênios com estas instituições em projetos que envolvam interesses de ordem pública – e não de governantes ou expressões religiosas específicas – que visem ao bem comum de uma determinada sociedade ou localidade.

1.3 Compreendendo as formas de relações entre Estado e Religiões

A adoção de uma determinada relação entre o Estado e as religiões professadas dentro de seu território por sua população se dá como resultado de uma série de questões históricas, sociais, culturais, geográficas e até econômicas. Entretanto, no âmbito da relação Estado-Religião, importante se faz distinguir a laicidade de outros três sistemas: Estado Confessional, Estado Teocrático e Estado Ateu.

Quanto ao Estado Confessional, este “assumindo uma determinada religião como religião de Estado, preocupa-se com o comportamento religioso dos próprios súditos e com este objetivo lhes controla os atos externos, as opiniões, os escritos” de maneira a impedir “qualquer manifestação de dissenso e perseguindo os dissidentes” (BOBBIO, 2007, p. 124).

Há, portanto, neste regime, a escolha de uma religião oficial - vedando ou apenas tolerando as demais confissões - e, com isso, a concessão de privilégios a esta. Estes privilégios podem vir de diversas maneiras, como por meio de recursos financeiros públicos, direta ou indiretamente, da incorporação das diretrizes morais religiosas no ordenamento jurídico do Estado, dentre outros.

Tal predileção é justificada pelos Estados com base no fato de a religião escolhida ser adotada pela maior parte da população, ou ainda, por considerar aquela crença a única verdadeira, fazendo jus à sua superioridade. Sendo assim, apenas seus seguidores têm a identidade religiosa garantida de forma igualitária. Há neste regime a união entre Estado e Religião: o Estado declara sua fé e garante a ela certa autoridade, o que pode resultar em

conflitos religiosos (GALLEGO, 2010, p.122-123). No Brasil, este modelo de Estado se fez presente no período Imperial³¹.

No Estado Teocrático não há de se falar em união entre religião e Estado, mas sim em um sistema de confusão entre as duas instituições de modo a atingir suas próprias essências (SILVA, 2005, p. 250-251). Assim, a religião adotada, por sua vez, não se apresentará apenas com meras influências, mas sim, irá traçar as próprias políticas do Estado, bem como, as relações privadas dos indivíduos (VECCHIATTI, 2008, n.p.). Nota-se, portanto, um regime baseado no autoritarismo religioso no qual ir de encontro aos preceitos religiosos é também ir de encontro ao próprio Estado.

O Estado Ateu é aquele anticlerical, ou ainda, antirreligioso, no qual o poder público tenta suprimir toda e qualquer religião por entender que esta é causa de alienação em termos sociais e individuais. Este sistema, portanto, veda ao cidadão o direito de manifestar sua fé religiosa (VECCHIATTI, 2008, n.p.), retirando a ideia do divino tanto da vida pública, quanto da esfera privada dos indivíduos (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 54-56). Tudo isto “implicaria uma ofensa aos sentimentos íntimos dos cidadãos” e, ainda, “suporia a imposição social duma única e determinada mentalidade – o indiferentismo ou o ateísmo – e conseqüentemente uma violação da liberdade” (CIFUENTES, 1989, p. 175).

1.4. Laicidade Brasileira na concretização dos Direitos Humanos

Em vista dos diferentes regimes no que tange a relação Estado-Religião, vê-se que a escusa em adotar um Estado Laico Pluriconfessional “inviabiliza qualquer projeto de sociedade pluralista, justa e democrática” (PIOVESAN; PIMENTEL, 2003, np). Desta forma, importante frisar que a adoção do modelo laico pelo constituinte é essencial para a garantia e para a concretização dos Direitos Humanos. Sabe-se que a CRFB/88 representou o “fim aos últimos vestígios formais do regime autoritário” (FAUSTO, 1995, p. 526.), estabelecendo a democracia constitucional e significando o marco jurídico da promoção dos direitos humanos³² em território nacional (PIOVESAN, 2009, p. 28). A importância da

³¹ A Constituição Imperial brasileira, datada de 25 de março de 1824, manteve a relação entre Estado e Igreja outrora vigente no período colonial. Seu artigo 5º tornou expresso que a religião católica apostólica romana continuaria a ser a religião do Império, institucionalizando-se assim a concessão de diversos privilégios e garantias à Igreja Católica.

³² Direitos Humanos devem ser compreendidos a partir de uma concepção de luta e ação social pela dignidade humana (PIOVESAN, 2013, p 187), são “mais que direitos propriamente ditos, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessário para a vida” (FLORES, 2009, p.34). Tais lutas se iniciam justamente pela necessidade de condições materiais e imateriais que possibilitem ao indivíduo bens indispensáveis para a sua existência. Assim, chega-se à dignidade respaldada em um acesso igualitário, não hierarquizado, que seja capaz de

laicidade para a proteção da dignidade humana é tamanha que, “alguns autores como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 1993, p. 503).

Ocorre que, segundo Bobbio, o atual grande problema em relação aos direitos humanos, “não é tanto *justificá-los*, mas o de *protegê-lo*” (BOBBIO, 2004, p. 16). Tal dificuldade se faz presente, por exemplo, quando se trata de ensino religioso em escolas públicas, pois no caso de imposição e de doutrinação dos alunos por parte do professor confessional, estar-se-ia infringindo um direito fundamental do ser: a livre escolha de crer, ou não, em algo transcendental.

A adoção de um sistema laico pelo constituinte veda, portanto, um sistema em que o Estado seja capaz de sufocar as liberdades do indivíduo, sobretudo as religiosas, e possibilita conceber uma sociedade plural, que repele qualquer tentativa de padronização e de uniformização das identidades próprias do ser (BLANCARTE, 2008, p. 46). Neste contexto, a laicidade relaciona-se intrinsecamente com dois direitos humanos primordiais: a liberdade e a igualdade, ambos de primeira dimensão³³.

reverter o quadro de opressão e subordinação daqueles que se encontram em estado de vulnerabilidade social.

³³ A teoria das gerações dos Direitos Humanos surgiu pela primeira vez com Karel Vasak e, ao longo dos anos, foi sendo desenvolvida por pensadores como Norberto Bobbio. Dividida em gerações/dimensões, em que não há um processo de substituição entre elas e sim de acumulação, a primeira dimensão é reflexo da Revolução Francesa e diz respeito à preservação de direitos como a vida, liberdade e igualdade. Já a segunda dimensão diz respeito aos direitos sociais decorrentes da luta de classes, sendo que o Estado deve promover uma vida digna com trabalho, educação, saúde, moradia, entre outros. A terceira compreende os direitos de preservação do meio ambiente e do consumidor. Fala-se ainda em uma quarta dimensão, que se referiria aos avanços das tecnologias, como, por exemplo, as pesquisas biológicas e o patrimônio genético, e seus limites constitucionais (BOBBIO, 2004, p. 9-11).

O direito à liberdade, no campo religioso, refere-se, sobretudo, à liberdade de consciência³⁴, de crença³⁵, e de culto³⁶, que se resumem na denominada “Liberdade Religiosa”, garantida na Constituição Federal no artigo 5º, inciso VI³⁷. Este tripé constitucional – liberdade de consciência, de crença e de culto - opera-se no íntimo de cada indivíduo, sendo sua manifestação um direito e não um dever.

O ser humano, fundado em sua própria existência, reclama a capacidade de determinar-se livremente por acepções filosóficas, sociais e religiosas que deem a realidade mais perfeita sobre si. Atentar contra esta liberdade é negar dimensões essenciais e colocar fim à dignidade (CIFUENTES, 1989, p. 184). Sobre o assunto, no dia mundial da paz em 1999, o papa João Paulo II afirmou que a liberdade religiosa compunha o coração dos direitos humanos e que ninguém poderia aceitar a imposição de uma religião, independente da circunstância em que se encontra (GALDINO, 2006, p. 13-14).

Percebe-se, portanto, que a previsão do ensino religioso no Brasil, a depender da maneira ministrada, pode ferir, segundo as palavras do papa João Paulo II, o próprio coração dos Direitos Humanos já que se abre a possibilidade do instituto servir como meio de doutrinação e de imposição de uma religião, ou ainda, de um modo de pensar religioso de uma coletividade hegemônica, a exemplo da cristã.

Em um segundo momento, a laicidade vincula-se a outro importante pilar dos Direitos Humanos: a igualdade, “signo fundamental da democracia” (SILVA, 2005, p. 211). Esta recebeu previsão logo no *caput* de um dos artigos mais importantes da Constituição Federal de 1988 para consagração dos direitos humanos e fundamentais no Brasil: o artigo

34 Por liberdade de consciência entende-se, em apertada síntese, um conceito mais amplo que implica direito de foro íntimo do indivíduo em se autodeterminar e fazer escolhas quanto sua concepção de mundo e seus valores livremente. No aspecto religioso, isto significa o direito de crer ou não crer em algo divino, sobrenatural ou místico.

35 A liberdade de crença configura-se um conceito restrito que envolve o direito do indivíduo em crer na expressão religiosa que melhor atenda seus anseios filosóficos, ou, “escolher uma fé religiosa, alterar seu vínculo com a igreja escolhida ou ainda deixar de acreditar em determinada expressão da religiosidade” (RODRIGUES JUNIOR, 2009, p. 101).

36 Liberdade de culto refere-se à livre manifestação da fé, seja pela prática de rituais, cerimônias, reuniões ou cultos, de acordo com as tradições do credo escolhido. Importante destacar que pode haver liberdade de crença sem que haja liberdade de culto, como outrora foi estabelecido no Brasil Imperial, quando o Código Penal de 1830, em seu artigo 276, criminalizou o culto em público de religiões que não fosse aquela adotada pelo Estado – o catolicismo. Estas religiões conter-se-iam apenas no âmbito privado e doméstico, sendo defeso sua forma exterior de templo sob pena de o mesmo ser demolido, bem como, de ser imposto o pagamento de multa de dois a doze mil réis para cada indivíduo “infrator”.

37 Assim dispõe o texto legal: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

5º38. Assim disciplinou: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Neste aspecto, o princípio laico, fundado na garantia à igualdade, vem como ferramenta fundamental para viabilizar a todos o mesmo respeito e consideração vindos do Estado, sem que este faça qualquer distinção entre os indivíduos pela crença professada por eles (SARMENTO, 2008, p. 192). O artigo 5º, *caput*, usa ainda o termo “sem distinção de qualquer natureza”, o qual deve ser entendido como a proibição absoluta de toda e qualquer forma de discriminação, incluindo no âmbito religioso. Reforça-se, ainda, que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política [...]” (Art. 5º, VII). Assim, qualquer indivíduo deverá receber tratamento igual no que tange aos direitos e obrigações, tornando o povo brasileiro, em tese, profundamente democrático (SILVA, 2005, p. 226).

Ainda no que tange ao princípio da igualdade, este proíbe qualquer estabelecimento de benefícios à determinada religião de modo a excluir as demais. O favoritismo dado pelo Estado a uma crença, religião ou instituição religiosa implica uma “inaceitável violência” contra o ideal de igualdade por dar entendimento inadequado e desleal de que as outras crenças são menos dignas de reconhecimento (SARMENTO, 2008, p. 192), ou ainda, que são apenas “toleradas” (HUACO, 2008, p. 46).

Muitas são as doutrinas religiosas cultuadas pelo povo brasileiro, havendo ainda aqueles que se eximem de ter fé em algo transcendental, como os ateus e agnósticos. Este fato, por si só, mostra como é problemático garantir o ensino religioso confessional nas escolas públicas brasileiras tendo em vista que, em se tratando de um Estado Laico garantidor da igualdade entre as religiões, no mundo fático seria impossível disponibilizar a disciplina de modo que todas denominações estivessem representadas. A partir do momento em que uma determinada crença não tem condições de se fazer presente no sistema de ensino imposto, há claro desrespeito à igualdade constitucional e o consequente rompimento da laicidade que o Estado diz garantir.

2. O ENSINO RELIGIOSO COMO ESTRATÉGIA HISTÓRICA DE CATEQUIZAÇÃO E EXPANSÃO DA INFLUÊNCIA RELIGIOSA

Quando se coloca em pauta a questão do ensino religioso nas escolas públicas, o tema suscita a necessidade de um resgate histórico, tendo em vista sua adoção no Brasil

38 A redação do referido dispositivo trouxe o direito à igualdade de forma pleonástica e exaustiva, provavelmente uma opção do legislador para enfatizar a importância de tal preceito.

desde o Período Colonial, se repetindo pelas épocas posteriores. Não é preciso muito para observar que o enlace Igreja e Estado trouxe consequências sociais e históricas que perduram até o tempo presente³⁹. Assim, é preciso apontar (de forma pontual apenas) a historicidade do ensino religioso em solo nacional para entender a prejudicialidade de replicá-la no Brasil contemporâneo.

2.1. Período Colonial e Imperial (Pré-Republicano)

Em meados do século XV, Portugal estabeleceu com a Igreja Católica um modelo de relação conhecido como Regime do Padroado Real, pelo qual Portugal passa a ser o administrador da Igreja, com o poder de administrá-la e organizá-la em todo o território, seja em terras conquistadas, seja nas que viria a conquistar. Tomou para si funções vitais do clero, como a nomeação das autoridades eclesiásticas e o recolhimento de dízimos (FAUSTO, 1995, p. 60-61).

O Estado deveria patrocinar as missões católicas e suas instituições eclesiásticas em terras colonizadas, fornecer os missionários necessários, remunerar os membros católicos, construir e manter seus templos, mosteiros, colégios e, o mais importante, expandir o catolicismo em suas terras (FAUSTO, 1995, p. 60-61). Colonização passa, então, a ser também sinônimo de evangelização, o que ocorreria, sobretudo, por meio do sistema educacional imposto nas colônias.

Acontece que, na Europa, uma forte ameaça surgia para a Igreja Católica: o protestantismo. O movimento liderado por Martinho Lutero fez com que o Catolicismo perdesse grande número de fiéis no continente europeu. Em resposta, a instituição católica tomou uma série de medidas para conter o avanço do protestantismo, o que ficou conhecido como Contrarreforma.

A expressão mais forte de contenção da ameaça ao catolicismo foi o Concílio de Trento (1545-1563), ocorrido em Trento, na Itália⁴⁰. O objetivo principal da Igreja com esta organização era barrar a proliferação das ideias protestantes e evitar que estas chegassem ao “Novo Mundo”. Para isso, os jesuítas eram missionários e educadores encarregados de catequisar e reeducar países inteiros na fé católica (FERREIRA JR, 2007, p. 9-10). Assim, sua atuação foi de suma importância para o surgimento do sistema educacional brasileiro e a consequente difusão e imposição da fé cristã no Brasil Colônia.

³⁹ Pode-se afirmar que uma das mazelas que persistem até hoje foi o genocídio (inclusive cultural) das populações indígenas e uma influência cristã na organização social.

⁴⁰ Cabe informar que dentre os vários feitos realizados por este concílio, dar-se-á destaque às Companhias de Jesus, cujo fundador foi Inácio de Loyola (FERREIRA JR, 2007, p. 9-10).

Enviados para catequização dos habitantes indígenas, os jesuítas chegaram ao Brasil na companhia do Governador-Geral, Tomé de Souza, em 1549 (CÁCERES, 1993, p. 58-59). Aqui, foram os grandes responsáveis pelo desenvolvimento do sistema educacional e pela fundação de grandes e importantes colégios no período colonial, com o papel de “salvar almas” estabelecendo a moral e os bons costumes em terras recém descobertas. Para isso, houve imposição de todo um arcabouço cultural baseado na moral cristã, incorporando os convertidos ao corpo da Igreja Católica. Segundo Certeu, com as campanhas escolares e missionárias da Igreja, “uma unidade nacional é então promovida e delimitada pela aquisição, inicialmente catequética, do conhecimento. O ‘resto’ será rejeitado para o folclore ou eliminado” (CERTEAU, 1982, p. 121).

Com o início do Período Imperial (após a declaração de independência) restou promulgada a primeira constituição brasileira, datada de 25 de março de 1824 (FAUSTO, 1995, p. 149). Logo em seu artigo 5º instituiu-se que “a religião católica, apostólica, romana continuará⁴¹ a ser a religião do Império”. A Igreja Católica passa, oficialmente, a ser um dos principais pilares do Estado, ou ainda, um dos seus “principais aparelhos ideológicos” (SOUZA, 2006, p. 1215).

No que tange à educação, ainda sob os moldes coloniais continuou a se dar sob o motivo religioso: “o que se faz na Escola é o Ensino da Religião Católica Apostólica Romana” (SOUZA, 2006, p. 1215). Como meio de evangelização, o legislativo empreendeu esforços para a aprovação da lei de 15 de outubro de 1827 que tratava da criação das escolas em terras brasileiras.

Dentre as funções estabelecidas aos professores, o artigo 6º estabelecia a responsabilidade destes no ensino dos “princípios de moral cristã e da doutrina da religião católica e apostólica romana”. É neste contexto de estabelecimento forçado do cristianismo, de submissão da educação a preceitos cristãos e de dizimação da cultura em prol da hegemonia católica, que se chega ao Brasil República.

2.2. Período Republicano

Com o advento da República, em 15 de novembro de 1889 (FAUSTO, 1995, p. 261), inspirado em ideias liberal-positivistas, foi publicado o decreto nº 119-A, de autoria de Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda do Governo Provisório, que dissolveu a união entre

⁴¹ Note-se que o termo utilizado foi “continuará”, neste sentido reconheceu um fato que antecedia a publicação do dispositivo, dando à Igreja todos os privilégios e garantias de que ela já detinha, mas que agora estava institucionalizado e reconhecido como “direito adquirido da nação brasileira.” (CARNEIRO, 1981, p. 66).

Estado-Igreja vigente até então no país. O intuito não era tornar o Brasil um Estado Ateu, mas um Estado leigo quanto à matéria religiosa, e, em seu primeiro artigo proibiu⁴² o Governo Federal de editar leis, regulamentos ou ainda atos administrativos de matéria confessional. O decreto foi uma prévia do que iria ser consolidado um ano depois, com a promulgação da primeira constituição republicana (SOUZA, 2007. p. 160-163).

A Constituição de 1891 foi elaborada por uma comissão de cinco pessoas e revisada por Ruy Barbosa, vindo a ser aprovada pela Assembleia Constituinte em 24 de fevereiro de 1891 (FAUSTO, 1995, p. 249). O texto constitucional afirmou o disposto no Decreto 119-A e delineou as linhas de separação entre as duas instituições (Estado-Igreja), o que fez dela um marco para a laicidade do Estado Brasileiro, seguida por todas as outras constituições nacionais. No tocante ao ensino religioso, ocorreu importante modificação em relação à constituição anterior, pois o artigo 72, §6 do texto constitucional assim dispôs: "será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos". Sendo assim, a Constituição de 1891 determinou a secularização da educação brasileira.

Ocorre que, no Brasil, a década de 20 foi marcada por constantes conflitos políticos tendo em vista o grande descontentamento por parte dos estados do Sul e da elite industrial que estava surgindo, com o regime de alternância de poder adotado pelos estados de Minas Gerais e São Paulo, conhecido por política do "café com leite" (ROSA, 2011, p. 84-86). Assim, esta fase de instabilidade política foi vista pelo clero como momento propício para a articulação de estratégias políticas e para obtenção de suas aspirações com o fim de "alterar o modelo de Estado laico adotado em 1889" (ROSA, 2011, p. 86). Tal articulação passou a ser prioridade da Igreja local que contou com agentes enviados pela Santa Sé para manter e consolidar relações com o governo brasileiro (ROSA, 2011, 86-96).

Além das relações políticas, a Igreja voltava seus olhos, com preocupação, para as relações de cunho social. Era época do avanço do espiritismo, do protestantismo e do comunismo em terras brasileiras, bem como do anticlericalismo difundido pela imprensa. Desse modo, passou a se empenhar em lutas contra pautas contrárias aos seus dogmas e interesses, como, por exemplo, a insistência do ensino religioso e sua volta à ordem constitucional (ROSA, 2011, 86-96).

Após o golpe de 1930, que colocou fim à alternância de poderes entre governantes dos estados de Minas Gerais e São Paulo⁴³, assumiu como chefe do governo provisório

⁴² Ocorre que, para Mauro Ferreira de Souza (2007), o dispositivo de Ruy Barbosa, a princípio, não realizou a total ruptura entre as duas instituições - Estado e Igreja - já que os seminários católicos e os professores clérigos continuaram em atividade.

⁴³ A crise institucional, política e econômica se acirrou no final da década de 20. Washington Luis, então presidente do Brasil e representante do Estado de São Paulo, apoiou para as eleições de 1930 outro

Getúlio Vargas, que detinha, entre suas bases de apoio, a Igreja Católica. Esta instituição foi responsável pela condução de seus fiéis ao apoio do governo então vigente, sendo que, como retribuição, ganharia certo fortalecimento advindo de medidas públicas adotadas, como por exemplo, a permissão do ensino religioso nas escolas públicas (FAUSTO, 1995, p. 332-333).

Era preciso iniciar um processo de constitucionalização capaz de legitimar e dar status de regime legal ao novo governo. Nesse novo cenário, a Igreja passou a buscar articulação política para a defesa de seus interesses na nova constituição. Em reunião ocorrida no Rio de Janeiro, em 1931, entre os membros da Igreja, reivindicaram uma carta ao presidente da república buscando a promulgação da nova constituição “em nome de Deus”, bem como, entre os vários pedidos, que nas escolas fosse ministrado o ensino religioso (ROSA, 2011, p. 168-188).

Deste modo, a primeira conquista legal da Igreja Católica foi com o decreto 19.941, de 30 de abril de 1931, o qual estabeleceu o ensino religioso de inscrição facultativa nas escolas brasileiras e autorizou às autoridades eclesiásticas estabelecer os programas, manuais, professores e ainda “fiscalizar a fidelidade à doutrina e à moral” (PAULY, 2004, p.175). Mais tarde, em 1934, preambularmente “pondo a confiança em Deus”, foi promulgada a nova constituição que, em seu artigo 153, restabeleceu o ensino religioso de caráter facultativo, outrora concedido por meio de decreto, vindo a ganhar status de direito constitucional. Todas as outras constituições brasileiras mantiveram a previsão constitucional do ensino religioso desde então.

A Constituição de 1937 estabeleceu a possibilidade do ensino religioso como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Acrescenta que não poderá constituir objeto de obrigação para mestres ou professores, nem frequência obrigatória por parte dos alunos.

O Texto Magno de 1946 disciplinou a matéria no artigo 168, V: “o ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz,

candidato paulista: Júlio Prestes, rompendo assim com a lógica da política do café com leite vigente no Brasil. O estado de Minas Gerais, deste modo, buscou apoio no Rio Grande do Sul que, assumindo a oposição, lançou o candidato Getúlio Vargas. Ocorre que, Júlio Prestes venceu as eleições de 1º de março de 1930, no entanto, não veio assumir. Os generais do exército e da marinha, no dia 24 de outubro de 1930, depuseram Washington Luis, constituindo uma junta provisória que entregou o poder ao Getúlio Vargas, vindo este a assumir a presidência da república com status de “governo provisório”, em 03 de novembro de 1930 (FAUSTO, 1995, p. 319-329).

ou pelo seu representante legal ou responsável". O mesmo se deu em 1967, com o seguinte texto "o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio" (Art. 167, §3º, IV).

3. O BRASIL CONTEMPORÂNEO E O ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS: A "CATEQUIZAÇÃO" INSTITUCIONALIZADA.

Como se vê, após a reaproximação da religião e da educação nacional realizada no governo Vargas, pelo decreto 19.941/31 e confirmado pela Constituição de 1934, tornou-se comum nas constituições posteriores a previsão do ensino religioso nas escolas públicas brasileiras e com a Constituição de 1988 não foi diferente. Ocorre que o texto constitucional e as legislações infraconstitucionais não deram maiores contornos a respeito do tema, deixando-o à mercê da própria sorte.

Há que se refletir que a situação, na prática, é extremamente problemática quando se depara com o ensino infantil, pois a educação religiosa prevista na constituição pode vir imersa em repetições de claros discursos de segregação ou ainda em "preconceito velado no âmbito escolar", nesse sentido "o preconceito existe a partir da incorporação, anexação de padrões estabelecidos de valores, sentimentos, ideias", de modo que "vão perpetuando-se e sendo disseminados por pais, professores, pessoas do convívio social no qual se está inserido", (RODRIGUES; LOPES, 2015, p.126). Portanto, a aplicação do ensino religioso no ensino fundamental das escolas públicas, como previsto no texto legal, abre a possibilidade de transformação do ambiente escolar em ambiente de segregação, hostil à pluralidade dos saberes religiosos, podendo trazer profundas marcas na formação e construção do ser.

3.1. Aspectos constitucionais e infraconstitucionais e o silêncio legislativo

No artigo 210, §1º, da Constituição Federal de 1988, ao tratar "da educação, da cultura e do desporto", o legislador confirmou que "o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental". O que se extrai do texto é que o ensino religioso nas escolas públicas deve ser oferecido obrigatoriamente pelo Estado no ensino fundamental, sendo a frequência dos alunos facultativa (SAD, 2009, p. 2269). Assim, aquele que não deseja realizar a matrícula em matéria confessional deve ter este direito intocado, respeitada sua liberdade religiosa. Por outro lado, o crente tem o direito de requerer o ensino religioso em sua educação básica.

Ocorre que, a Constituição de 1988 não traçou maiores contornos sobre o tema, deixando lacunas de como este ensino deveria ser realizado, por quem seria ministrado, qual conteúdo seria ensinado e quais atividades seriam desenvolvidas por aqueles alunos

que não optassem pelo ensino religioso. Cabe explicar que o ensino religioso pode se apresentar em três modalidades: ensino confessional, interconfessional e supraconfessional.

O ensino confessional, com viés catequético, aborda uma única religião, com apresentação de doutrinação específica (adotado, em regra, pelas escolas confessionais)⁴⁴. Já o interconfessional, tem viés teológico, no qual se apresenta uma noção geral do "divino", com diálogos ecumênicos, através dos quais as religiões mais comuns (majoritárias, com maior projeção político-social) são estudadas e debatidas. Por fim, tem-se o ensino supraconfessional, com viés científico, em que a análise das religiões não se dá no plano teológico ou de crença, mas com análises científicas (estudos das histórias das religiões, antropologia religiosa, análises sociológicas, etc. entram nesta modalidade).

Diante da omissão constitucional, foi editado em 1996, pelo Ministério da Educação, a Lei Federal 9.394/96, ou Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB-EN), que pouco resolveu a questão. Em seu texto original, trazia:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter:

I – confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; ou

II – interconfessional, resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas, que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa.

Ocorre que o dispositivo logo foi alterado, pois restou percebida a sua inconstitucionalidade, por estabelecer a relação de dependência entre o Estado e as

⁴⁴ Assim, acontece o ensino religioso de fato (como o apregoado nas catequeses católicas ou escolas dominicais protestantes, por exemplo), nesse sistema a escola ofereceria ensino religioso em turmas separadas por credos, o qual crianças católicas (ou interessadas no catolicismo) fariam aula sobre a fé e doutrina católica, as crianças protestantes no mesmo sentido e assim por diante com as demais profissões religiosas.

organizações religiosas, bem como, por negar a forma pluralista da sociedade religiosa brasileira (ZYLBERSZTAJN, 2012. p. 152). O texto então foi reformado, dispondo:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

Percebe-se que o legislador retirou a vedação de a disciplina constituir ônus aos cofres públicos – o que “abre possibilidade de recursos públicos dos sistemas para essa oferta” (CURY, 2004, p. 186). Outro ponto importante, e preocupante, foi a opção de incumbir aos poderes públicos de cada sistema de ensino a tarefa de regular o conteúdo da disciplina religiosa, bem como, de habilitar e admitir professores, sendo omissos quanto à qualificação destes (CURY, 2004, p. 186).

Esta descentralização da competência de estabelecimento dos conteúdos religiosos e admissão dos professores a cada sistema de ensino (estatal e municipal), por si só, gera grandes problemas e dificuldades práticas frente ao princípio laico brasileiro. A legislação, ao direcionar a reponsabilidade de confecção dos conteúdos ministrados pela disciplina a cada sistema de ensino, oportunizou a ocorrência de anomalias devastadoras à educação do país. O ensino religioso seria ofertado nas mais diferentes formas em todo o país ante a ausência de unificação a nível nacional. Assim, cada gestor de escola, valendo-se da discricionariedade em compor o conteúdo da disciplina e admissão de professores, poderia impor, a partir de interesse próprio ou de outrem, determinada crença a todos os alunos da unidade, indo de encontro à toda gama de liberdades que a Constituição prevê.

Destaca-se que muitos professores que professam confissões religiosas predominantes podem repelir conhecimentos que afrontem sua fé, o que tornaria a disciplina um veículo (a mais) de perpetuação (ou ao menos de tentativa) de manutenção no poder, onde conteúdos “menos ou mais ‘pertinentes’ sejam tratados de forma camuflada, dependendo de quem seja o professor” (RODRIGUES; LOPES, 2015, p.134-135). Assim, a qualidade das aulas, a forma que será ministrada, o que será objeto de estudo e

quais serão os reais objetivos deste ensino, ficariam à mercê da própria sorte, podendo esta reverter-se de acordo com cada instituição de ensino. Fica a aplicação e o ensino do conteúdo sob o crivo discricionário do professor (servidor público) que, como observado, pode impor sua visão de mundo, marginalizando as demais.

É o que se verificou, por exemplo, em pesquisa realizada em escolas dos municípios gaúchos de Porto Alegre, São Leopoldo e Alvorada. Segundo os autores da pesquisa, foi observado que, ante a falta de normas nacionais que regulam o ensino religioso no país, há grande autonomia dada pela direção da escola aos professores da disciplina para que estes formem, como bem entenderem, o currículo do ensino religioso. Pôde-se perceber, como resultado desta autonomia, que alguns professores “criam programas bastante interessantes e adequados aos adolescentes”. Por outro lado, há docentes que, levando em conta sua crença particular, “fazem programas mais estreitos, que com facilidade deixam de lado aspectos importantes do respeito pela diversidade religiosa, e que privilegiam de modo declarado as religiões cristãs, com ênfase na católica romana” (SEFFNER; SANTOS, 2012, p.72-73).

Na mesma pesquisa, é esclarecido que há o consenso entre professores e alunos a respeito do conteúdo a ser ministrado: “valores”. Embora o termo seja genérico, importante perceber que esta percepção de caráter moralizante da disciplina leva à errônea conclusão de que “os valores, a ética, as regras de sociabilidade são intrinsecamente religiosos, não havendo possibilidade de sua discussão fora do campo religioso”, o que segundo os pesquisadores, “constitui grave equívoco, ainda mais quando pensamos no ordenamento político republicano brasileiro, na noção de república e coisa pública” (SEFFNER; SANTOS, 2012, p.74-76).

Outras problemáticas são, ainda, travadas, como o uso do ensino religioso enquanto disciplina “coringa” usada para preencher “buracos” na grade curricular, servindo para que muitos professores, como forma de complementação de carga horária, se responsabilizem pelo ensino da disciplina religiosa. O resultado é, pois, aulas de Matemática, História, Língua Portuguesa e outras disciplinas que nada têm com o ensino religioso, desvirtuando completamente o dispositivo constitucional (SEFFNER; SANTOS, 2012).

Ademais, a respeito do conteúdo da disciplina e admissão dos professores – muitas discussões doutrinárias têm sido travadas a respeito. Posições como de Anna Cândida da Cunha Ferraz (FERRAZ, 1997, p.19-47) defendem que o ensino religioso deveria ser disciplinado de maneira confessional e por membros da própria denominação religiosa, pois, caso fossem abordados pela matéria religiosa apenas aspectos históricos e sociais das religiões, tal disciplina não necessitaria de previsão constitucional. O constituinte teria,

portanto, optado pelo ensino confessional em que o Estado deveria adotar uma postura neutra e negativa frente ao conteúdo disciplinado, sendo sua função apenas fiscalizatória para garantir a ordem do estabelecimento e a promoção de direitos fundamentais.

No entanto, para a autora, a contratação destes membros religiosos não poderia se dar por meio de concursos públicos, sob pena de ferir o artigo 19, I, da CRFB/88, que veda o Estado em estabelecer vínculo com entidade religiosa. A solução, segundo ela, seria abrir os espaços escolares às entidades religiosas, sendo de competência destas a escolha do membro que disciplinaria a matéria. Porém, esta visão não deve prosperar, uma vez que também se configura claro estabelecimento de relação e subsídio por parte dos entes públicos às matrizes religiosas, pois se valeriam das instituições de ensino, um espaço público, para suas práticas religiosas e disseminação de sua fé, o que é expressamente vedado pela Constituição Federal no artigo 19, inciso I.

Por outro lado, posições como de Joana Zylberstztajn (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 150-168), Iso Chaitz Scherkerkewitz (SCHERKERKEWITZ, s.d, n.p) e Marco Huaco (HUACO, 2008, p. 63), condenam a prática do ensino religioso sob o molde doutrinal, alegando ruptura da neutralidade e laicidade do Estado. Creem em um ensino religioso voltado para a ciência e história das religiões, levando-se em conta aspectos gerais como “valores éticos e morais de caráter cívico e laico” (HUACO, 2008, p. 63), de modo a promover o desenvolvimento do ser humano e o respeito às diferentes religiões, caso contrário – se fosse de caráter confessional – estar-se-ia diante de uma afronta ao artigo 33 da LDB-EN que veda o proselitismo religioso nas escolas públicas.

Além do mais, segundo os autores, a contratação dos professores deveria ser feita por meio de concursos públicos no qual seria cobrado dos candidatos o conhecimento de aspectos gerais das mais diversas religiões professadas pelo povo brasileiro como as religiões cristãs, budistas, judaicas, de origens africanas, entre outras. Isto por entender que a liberação dos espaços escolares para membros religiosos favoreceria aquelas denominações hegemônicas, com maiores recursos e maior instrumentalização para o preparo de seus membros, pois, em aspectos práticos, seria inviável uma escola oferecer aulas de todas as matrizes religiosas, cada qual contando com seu representante espiritual. Assim, de certa forma, “ainda que se garanta a igualdade formal de não financiamento a nenhuma confissão, a igualdade material permanece prejudicada” (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 154).

Outro ponto importante para os autores é o possível constrangimento moral que o aluno, ao optar por não se matricular no ensino religioso, ou por matricular-se em religiões não hegemônicas, poderia sofrer. “A realidade demonstra que quando a escola pública não é laica se produz anomalias como discriminação de alunos que não professam a religião dos demais companheiros de classe”, sendo que tal discriminação pode se dar, por

exemplo, no simples fato de “revelar as próprias convicções religiosas ou de consciência para solicitar a exoneração das disciplinas religiosas” (HUACO, 2008, p.75).

3.2. Propostas para o ensino religioso na atual conjuntura constitucional

Para solucionar estes conflitos, a Procuradoria Geral da República (PGR) propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4439), em 2010, na qual questiona o artigo 33, § 1º e §2º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), bem como, o artigo 11 do Decreto nº 7.107/2010. Este é fruto de um acordo estabelecido entre Brasil e Santa Sé, cujo status é de tratado internacional, que dispõe:

Art. 11. A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.

§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

O pedido da PGR é para que o Supremo Tribunal Federal interprete o artigo 33, § 1º e § 2º da LDB e o artigo 11 do decreto 7.107/2010 de modo a entender que “o ensino religioso nas escolas públicas só pode ser de natureza não confessional, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas” (BRASIL, 2010b, p.1). A seu posto, caso o STF decida pela improcedência do pedido, subsidiariamente requer a retirada do trecho “católico e de outras confissões religiosas” constante no artigo 11, do decreto 7.107/2010.

A peça inicial da ação de inconstitucionalidade, de autoria da então procuradora geral da república Débora Duprat, alega que o único sistema que se compatibiliza com o caráter laico do Estado é o não confessional, por não implicar estabelecimento ou subvenção de qualquer denominação religiosa. Nele deveriam ser estabelecidos conteúdos que levassem às salas de aula a exposição “das doutrinas, das práticas, das histórias e de dimensões sociais das diferentes religiões”, até mesmo “posições não-religiosas” de modo a explicar, por exemplo, o ateísmo e o agnosticismo. Apenas assim, segundo Duprat, estaria-se respeitando a real função da educação, que é formar cidadãos autônomos, capazes de proferir suas escolhas e decisões de maneira crítica (BRASIL, 2010b, p.1). Ocorre que,

até o presente momento, a ação encontra-se em tramitação no Supremo Tribunal Federal, aguardando julgamento⁴⁵.

Na prática, o que se tem visto é a adoção do sistema confessional por diversos Estados e Municípios brasileiros. Como exemplo mais emblemático, tem-se a lei estadual do Rio de Janeiro, nº 3.459, de 12 de setembro de 2000. O texto legal determinou, em seu primeiro artigo, que neste estado o ensino religioso, de matrícula facultativa, seria disponível “na forma confessional de acordo com as preferências manifestadas pelos responsáveis ou pelos próprios alunos a partir de 16 anos”.

A referida lei, ao tratar das condições impostas ao professor da matéria religiosa, em seu artigo 2º, instituiu que fossem “credenciados pela autoridade religiosa competente, que deverá exigir do professor, formação religiosa obtida em Instituição por ela mantida ou reconhecida”. No artigo 3º, afastou, ainda, a responsabilidade do Estado em elaborar o conteúdo do ensino, deixando a obrigação para a entidade religiosa, “cabendo ao Estado o dever de apoiá-lo integralmente”.

Os artigos supracitados também estão sendo objeto de ação de inconstitucionalidade no STF (ADI 3268-2). Proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE, a ação baseia-se no fato de que o legislador, ao optar pelo modelo confessional e estabelecer como condição para o professor a formação religiosa na Instituição clerical, desobedeceu ao disposto na lei 9.393/96 (LDB-EN), bem como, aos artigos 5º, VIII; 19, I e 210, §1º, todos da Constituição Federal. Isto porque estabeleceu relação de dependência ou aliança com as denominações religiosas e restringiu direitos por motivo de crença religiosa ao promover “distinções com base no credo dos cidadãos para permitir-lhes ou negar-lhes acesso ao cargo de Professor de Ensino Religioso” (BRASIL, 2004, p. 3), proibidos em um Estado Laico e Democrático de Direito. No entanto, a ADI 3268-2 também se encontra em tramitação no STF, estando concluso ao relator.

⁴⁵ A despeito do posicionamento apresentado, é necessário fazer ressalvas a essa proposta. Na prática, o ensino religioso nesse modelo continuaria expondo conteúdo religioso em espaço público e que poderia, dada a delicadeza do tema, cair na “doutrinação” de um posicionamento religioso sobre os demais. A ideia da função da educação de “formar cidadãos autônomos” não está vinculada ao ensino de alguma religião ou de várias, perpassando muito mais por uma ideia de vida em comunidade e de respeito às diferenças (não exclusivamente religiosas). Outro problema, como se nota, é a ausência de profissionais habilitados para esse tipo de abordagem, especialmente preparados para ensino de base e fundamental (que demanda uma pedagogia acessível para crianças que dificilmente assimilariam conteúdos muito profundo como histórias das religiões ou conteúdos demasiado científicos).

4. A (IM)POSSIBILIDADE DO ENSINO RELIGIOSO E A VIABILIDADE DO ENSINO DE DIREITOS HUMANOS COMO ALTERNATIVA.

Quando se traz à discussão as aplicabilidades práticas do artigo 210, §1º da Constituição Federal, “a própria ideia de um ensino religioso é associada a uma imposição ao meio escolar, oriunda mais de preocupações político-religiosas do que verdadeiramente de uma formação integral e integradora dos educandos”. Não obstante, soma-se a isso a problemática envolvendo a forma que será ministrada essa disciplina “em um país de inúmeras formações, bases culturais ou religiosas, enfim, em um país de pluralidades, onde qualquer fenômeno adquire proporções equiparáveis às de um continente” (DOMINGOS, 2009, p.60).

Assim, entre as várias interpretações e discussões a respeito do tema, busca-se contradizer os modelos - confessional, interconfessional, e supraconfessional - propostos para o ensino religioso nas escolas primárias. Ainda, cabe colocar em xeque o próprio dispositivo constitucional que torna obrigatório o oferecimento de disciplina religiosa aos alunos das escolas públicas. Isto se justifica, uma vez que a própria Constituição, ao garantir outros direitos, como o direito à liberdade de crença, de consciência, de culto, à igualdade e, também, ao adotar um modelo laico e democrático, se opõe à citada previsão. De antemão, cabe ressaltar que o que está sendo defendido não é uma escola sem religião, ou ainda hostil a esta, mas sim uma escola sem imposição religiosa que poderia advir da precariedade do ensino religioso, bem como da disputa de fiéis dentro do ambiente escolar.

4.1 O ensino religioso confessional e o interconfessional

Como trabalhado no presente texto, o princípio constitucional brasileiro da laicidade veda, no artigo 19 do Texto Magno, a confusão ou união do Estado com entidades religiosas de modo a garantir as plenas liberdades do ser. Em se tratando de ensino religioso nos moldes confessional ou interconfessional, sua própria gênese fere completamente a laicidade do Estado, tendo em vista o claro estabelecimento de relação com entidades religiosas e de concessão de subsídio⁴⁶ para suas práticas no interior de prédios públicos. Envolve, além, a ideia implícita de pregação de valores atrelados ao ensino religioso como se apenas por meio das religiões alcançaria uma consciência ética e moral voltada para o bem, caracterizando assim, por si só uma discriminação velada.

⁴⁶ Mesmo que se argumente que o Estado não fornecerá “remuneração” aos professores, ainda sim haverá subsídio institucional (desde recursos materiais a recursos humanos, além de subsidiar espaço, “visibilidade política” entre outros).

Mesmo no sistema interconfessional, que pretende a formação religiosa plural, há clara relação com entidades religiosas, pois seriam estas, e apenas estas, os responsáveis pelo estabelecimento do conteúdo ensinado de acordo com valores comuns das religiões. Resta óbvio que, pela facilidade, a uniformização dar-se-ia apenas entre as religiões cristãs, afastando outras confissões minoritárias por apresentarem visões e filosofias não hegemônicas.

Ademais, no que concerne ao princípio constitucional da igualdade, é, como explicado no presente artigo, impossível garantir representatividade a todas as denominações religiosas ante a multiculturalidade do povo brasileiro. A situação se agrava no ensino confessional, pois, diante da própria forma organizacional e tradicional de cada instituição religiosa, apenas as denominações hegemônicas teriam estrutura suficiente para oferecer docentes à disciplina, o que não seria possível, por exemplo, a religiões afro-brasileiras que, por essência, contêm uma estrutura não organizada e não hierarquizada.

Destaca-se ainda que, quando se fala em ensino confessional⁴⁷, as autoridades religiosas serão os responsáveis por oferecer preparo e credenciamento dos professores indicados para ministrar a disciplina de ensino religioso. Pois então, como ficariam as religiões sem autoridade específica (como os espíritas – que não possuem uma autoridade institucional hierárquica)? Como ficaria o caso do judaísmo que é notadamente marcado pela diversidade ideológica (havendo judeus ortodoxos, moderados e sionistas) sem nenhuma autoridade comum para todos?

Quem defende o sucesso do ensino religioso nos moldes confessional ou interconfessional nas escolas públicas, em tese, acredita que representaria ganhos para o sistema educacional por, supostamente, indicar caminhos de comunhão de várias crenças. Ocorre que a aplicação prática dessa sistemática não é tão fácil quanto aparenta no primeiro momento. Aqui cabe observar que existem crenças dominantes e dominadas, crenças essas que mais dividem do que unem. Assim, a proposta do ensino religioso confessional e interconfessional é, como visto, direcionada para religiões específicas e influentes na sociedade. Desse modo, as demais ficam impedidas de acessar o espaço público, o que ofende os princípios da isonomia e impessoalidade da Administração Pública (ROCHA, 2010, p.82).

O ensino religioso, confessional ou interconfessional, representaria, ademais, uma disputa por novos crentes, além de oportunizar a intensificação do preconceito e

⁴⁷ Cabe destacar que Luiz Antonio Cunha, no artigo “Ensino religioso nas escolas públicas: a propósito de um seminário internacional” (2006) apresenta um panorama internacional sobre como o ensino religioso é tratado em diversos países (como França, Itália, EUA), ficando a sugestão da leitura do trabalho para um maior aprofundamento na perspectiva comparada.

discriminação que já existem (de forma velada ou não) nesses espaços. Isto porque “adeptos das religiões afro-brasileiras e de religiões minoritárias, os agnósticos e os ateus parecem aos professores e alunos filiados aos credos dominantes como seres exóticos, frequentemente alvo de chacotas e de estigmas violentos” (CUNHA, 2013, p.935-936).

É o que ocorreu, por exemplo, em uma escola pública de São Bernardo, no estado de São Paulo, em 2012. Ainda que não se tratasse de disciplina religiosa, um adolescente de 15 anos, praticante do candomblé, passou a ser vítima de *bullying* após se recusar a seguir o ritual religioso – que compreendia leitura da bíblia e pregação evangélica – realizado por uma professora antes de dar início às aulas de história. Como resultado da violência praticada pelos colegas, o aluno passou a ter problemas na fala, no apetite e tiques nervosos (RIBEIRO, 2012, n.p).

O fato demonstra total despreparo à aceitação e ao respeito da multiculturalidade religiosa dentro das instituições educacionais por parte dos próprios professores, o que poderia ser agravado ao se propor ensino religioso nestas entidades públicas. O combate à intolerância religiosa e a criação de uma consciência de respeito à diversidade devem ser trabalhados nos mais diversos setores da sociedade, inclusive nas escolas. No entanto, acredita-se que a ferramenta mais adequada para esse objetivo não seja a imposição da disciplina religiosa nas escolas públicas, ainda mais se tratando de ensino infantil.

Luiz Antônio Cunha apresenta um dado interessante para colocar em xeque a funcionalidade do ensino religioso no sistema educacional. As respostas aos questionários da Prova Brasil indicam que 66% das escolas oferecem ensino religioso, nas quais mais da metade dos diretores (51%) afirmaram que em suas escolas se faz oração e se canta músicas de teor religioso. Quase metade dos gestores “reconhece que obriga os alunos” a frequentar as aulas de ensino religioso⁴⁸ e a maioria (79%) não oferece nenhum tipo de atividade alternativa para os estudantes que não queiram participar das aulas de Ensino Religioso (2013, p.935-936). Esses dados demonstram a fragilidade de se acreditar na efetividade desse tipo de sistemática em escolas públicas e põem em dúvida o cumprimento do caráter facultativo da disciplina.

Ademais, as pesquisadoras Debora Diniz, Tatiana Lionço e Vanessa Carrião, por meio da Universidade de Brasília (UNB), realizaram uma pesquisa a respeito dos materiais didáticos oferecidos ao ensino religioso. Importante esclarecer que todo material didático, de qualquer disciplina, necessita da aprovação do Programa Nacional do Livro Didático,

⁴⁸ Não é preciso muito para observar que esses gestores agem em plena infração à CRFB/88 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

com exceção de uma matéria: a religiosa. O resultado é desolador. “Cedendo ao ímpeto catequizador das religiões, os estados criaram um ensino religioso que ignora a diversidade e o pluralismo cultural da sociedade brasileira, estimula a intolerância e transmite preconceitos” (LAICIDADE, 2011, p.60).

A análise se deu em 25 livros com os títulos mais aceitos pelo Governo Federal, a partir da qual se verificou que entre as citações referentes aos grupos religiosos, os de religião cristã são citados 609 vezes, com uma porcentagem de 65% das citações, enquanto religiões afro-brasileiras aparecem 30 vezes, sendo a porcentagem de 3%, seguida pelas religiões indígenas com 21 citações, o que se refere à apenas 2% de presença nos livros didáticos⁴⁹ (LAICIDADE, 2011, p.60).

Para as autoras, “o ensino religioso não só tornou a escola pública um espaço de disputa entre crenças, mas permitiu a preponderância das religiões cristãs e o silenciamento de outras religiões minoritárias”. Soma-se a isto os trechos de cunho preconceituoso apresentados nos livros ‘didáticos’, como por exemplo, tratar a homossexualidade como desvio moral em que o indivíduo apresenta “conflitos internos” (LAICIDADE, 2011, p.62). Resta óbvia a falência desta disciplina quando trazida à luz da realidade brasileira.

Ainda, quanto ao ensino confessional, este é inviável, pois obrigaria a abertura das escolas para (sob o risco de ser discriminatória) todos os credos organizados (o que já excluiria os credos não organizados), o que significariam dezenas de possíveis professores e turmas que teriam que ser abertas independentemente de quantos alunos inscritos, o que geraria gastos contínuos de recursos – ainda que não fosse pago salário aos professores. Portanto, na prática, ocuparia espaços e recursos (humanos e materiais) que já são precários na educação pública.

O ensino interconfessional, por sua vez, se mostra igualmente problemático em razão da delicadeza do tema. De sua proposta, como ensinamento de valores comuns das religiões de forma ecumênica, pressupõe-se que existiriam diretrizes expostas metodologicamente, em um processo de aprendizagem que atendesse a diversidade cultural, no qual o elemento religioso colabora na constituição do sujeito. Não obstante, se esquece de considerar que “a mentalidade de quem irá ministrar tais aulas pode não acompanhar esse ‘rigor científico’, teoricamente totalmente desvinculado de valores pessoais” (RODRIGUES; LOPES, 2015, p.133). Assim, a depender do professor e a maneira que é ministrada a disciplina, esta poderia não contemplar valores de grupos minoritários, correndo-se ainda o risco de afronta aos integrantes de outras religiões não abordadas

⁴⁹ É interessante observar nessa pesquisa que, quanto aos líderes citados, Jesus Cristo aparece 81 vezes enquanto líderes negros quatro vezes, Maomé três vezes, e líderes indígenas apenas uma vez.

(especialmente as não cristãs, as de matriz africana) e os que não possuem crenças (ateus) (RODRIGUES; LOPES, 2015, p.134).

4.3. Ensino religioso supraconfessional

A proposta de ensino supraconfessional como ciência (ou História) das religiões, dentre os modelos pode se apresentar o menos nocivo ao ideal de laicidade do Estado bem como à garantia das liberdades laicas dos alunos. No entanto, ressalta-se que mesmo este modelo pode apresentar falhas quando trazido à realidade do sistema educacional brasileiro.

A formação de “cientistas da religião” no Brasil é ainda pequena⁵⁰, não sendo oferecida em todos os estados da federação, levando-se assim a um pequeno quadro de profissionais capacitados a nível nacional, o que traria grandes problemas práticos em sua aplicação, principalmente em cidades do interior. Como saída para a falta de professores da área, colocar-se-ia sob a responsabilidade da disciplina profissionais que não têm relação com o assunto central. Então, haveria o desvirtuamento da real função do ensino, sendo ministradas diversas disciplinas alheias ao tema - como matemática, língua portuguesa, história -, ou até mesmo a volta ao sistema confessional ou interconfessional, com o ensinamento de doutrinas e valores religiosos hegemônicos.

Outro ponto importante resguarda os conteúdos que podem ser exigidos desses professores em concurso (ementas do edital), especialmente “por não consagrar uma religião como a única ou oficial, o Estado brasileiro não tem como minimamente definir por conta própria os conteúdos da matéria religiosa a ser lecionada”. Logo, não se teriam parâmetros para as “provas que compõe o concurso para admissão na carreira de magistério de ensino religioso”, uma vez que seriam as diversas confissões religiosas a “fixar os critérios e conteúdos a serem exigidos dos candidatos” (PÊCEGO, 2014, p.55). Novamente, teríamos ofensa ao princípio da vedação de relações de dependência ou aliança entre Estado e Igreja⁵¹.

⁵⁰ Em consulta ao site do Ministério da Educação – MEC (emec.mec.gov.br), buscando-se pelo curso de “Ciência da Religião”, “Ciências da Religião” e “Ciências da Religião – Ensino Religioso” (são as três nomenclaturas do curso, tanto para bacharelado quanto licenciatura) verifica-se que apenas 16 instituições nos país todo oferecem o curso (modalidade presencial e à distância, a depender da situação).

⁵¹ Não é o caso de se justificar com a ressalva de que seria por “interesse público”. O interesse público é por uma educação de qualidade, não uma educação confessional, interconfessional ou supraconfessional. Essa crítica (da influência das religiões majoritárias nas ementas dos concursos para seleção de professores) cabe, também, para o ensino interconfessional.

Há, ainda, a falta de critérios objetivos para se apresentar uma ementa que possa dialogar com o respeito religioso e a liberdade de crença dos envolvidos, inclusive que esteja de acordo com a faixa etária do público alvo: alunos do ensino fundamental de 6 a 14 anos. São descabidas, portanto, visões e teorias antropológicas, sociais, históricas muito complexas, pois seriam incompreensíveis à maturidade dos alunos. Além do mais, as religiões, em regra, se baseiam em um "gênesis" místico e fantástico, que pode ser contestado por argumentos históricos. A negação da origem mística das religiões poderia soar como ofensiva por, subliminarmente, dizer que são "fantasias".

Ademais, não deve prosperar a ideia de que a intenção do constituinte, ao prever o ensino religioso nas escolas, se referiria ao ensino supraconfessional, cujo objetivo principal seria o de promover a cidadania do indivíduo e a tolerância religiosa no país. Como aduz acertadamente Ferraz (1997), para isso não é necessária norma expressa no texto maior de um Estado Democrático de Direito, nem mesmo se explica a ressalva do caráter facultativo à matéria religiosa já que não assiste razão alguma deixar à discricionariedade do aluno e dos pais a inscrição em uma matéria que, em tese, nada teria com promoção de valores religiosos.

Observa-se que o próprio recorte histórico do ensino religioso mostra que seu retorno enquanto matéria constitucional se deu no governo de Getúlio Vargas, como forma de retribuição ao apoio por ele recebido da Igreja Católica. Mesmo com o advento de outras constituintes, esta previsão constitucional vem se arrastando nos textos legais até os dias de hoje. O referido dispositivo é, pois, fruto de estratégias políticas e jogo de interesses estabelecidos pelos representantes brasileiros que, como é notório, muitas vezes imerge seus atos públicos em sentimentos religiosos.

4.4. A alternativa do ensino dos direitos humanos à luz de breves considerações hermenêuticas

A despeito da existência de menção no texto constitucional⁵² (Art. 210, §1º), é fácil perceber que a própria hermenêutica constitucional veda a aplicação do ensino religioso em espaços públicos, mesmo que em parâmetro "facultativo". A justificativa do ensino religioso na escola pública é uma falácia, como observado, que deve ser desconstruída, especialmente por partir de uma premissa discriminatória. Observa-se que a afirmação de que o ensino religioso permite uma formação cidadã e humanitária afirma, em

⁵² O presente artigo não se aprofundará nas análises de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo constitucional, pois se parte do pressuposto que se trata de um dispositivo apenas formalmente constitucional, não tendo aplicabilidade obrigatória. Nesse sentido, entende-se que o dispositivo, ainda que esteja no texto constitucional, não é de aplicação imperiosa partindo-se de uma análise ampla da Constituição e seus princípios (e dispositivos).

contrapartida, que pessoas sem formação religiosa não são cidadãs ou não seriam “boas”⁵³. Essa visão é, pelo próprio sentido da vedação à discriminação por orientação (profissão) religiosa, inconstitucional (PAULY, 2004, p.174).

Outro ponto que merece observação na presente análise é a existência de necessidade imperiosa ou não de se obedecer ao dispositivo constitucional. A CRFB/88, como exaustivamente apresentado acima, traz diversos elementos que colocam a aplicabilidade do ensino religioso em dúvida. A mesma Lei Magna estabelece a vedação que o Estado discrimine e promova determinada religião ou profissão religiosa, ou seja, aquele não pode nem incentivar, nem proibir (Art. 19, I e III). Nesse sentido, a escola, como espaço público que eminentemente deve ser agregador e não segregador, não pode permitir ser palco de promoção de discursos ideológicos-religiosos⁵⁴.

As escolas públicas, pensadas dentro do ideal de acesso universal, ao contrário daquelas confessionais, devem estar abertas a uma formação cidadã. Permitir a propagação religiosa por meio de uma disciplina específica, seja confessional ou interconfessional, criaria distinções entre pessoas (crentes e ateus) e estabeleceria preferência entre eles (os crentes são melhores que os não crentes), em clara afronta ao texto constitucional. Há a necessidade de, novamente, reforçar que a escola não deve ser hostil às manifestações religiosas, podendo, por exemplo, estar presente em trabalhos e feiras escolares, apresentações culturais, entre outros, no entanto, quando se põe a religião como disciplina obrigatória nas escolas brasileiras, sujeita inclusive à aprovação por meio de provas, esta se mostra totalmente descabida.

A hermenêutica constitucional afasta a aplicabilidade do dispositivo que prevê o ensino religioso, como se observa ao analisar outros dispositivos como liberdade religiosa, vedação de subvenção de religiões e a vedação a criar distinção ou preferência entre brasileiros⁵⁵. O ensino religioso na Constituição tem um papel político-simbólico não

53 Esse preconceito e discriminações contra pessoas ateias se verifica presente em discursos midiáticos sensacionalistas que atribuem a pessoas suspeitas ou condenadas por crime a pecha de que são “pessoas sem Deus no coração” ou “que não deve acreditar em Deus”, como se a crença em alguma divindade tornasse alguém essencialmente bom, e a não crença, em essencialmente mau.

54 Como referenciado em muitos aspectos, temas religiosos e maneira que são tratados podem ser elementos de discriminação e prática de *bullying* que podem resultar em outras sequelas.

55 Como destaca Ricardo Sanchez Boronovsky a CRFB/88 é muito mais do que analítica, prolixa ou casuística, ela é “minuciosa” e, em razão de querer tudo regular, apresenta em seu texto constitucional uma série de disposições “não fundamentais” (que são apenas no plano formal, constitucionais). Boronovsky, chama esse fenômeno de “constitucionalismo ciarlare” (em direta menção ao italiano, em que essa palavra significa

compatível com o atual contexto democrático, que gera uma anomia jurídica no plano infraconstitucional⁵⁶.

Como uma solução não definitiva do assunto, o ensino da matéria de Direitos Humanos nas escolas públicas como meio de emancipação do ser e de desenvolvimento de seu convívio social em uma comunidade heterogênea, se faz muito mais relevante para suprir a necessidade de formar indivíduos capazes de respeitar e tolerar qualquer diferença, inclusive a religiosa.

O ensino dos direitos humanos nas escolas públicas se faz tão imprescindível que o Ministério da Educação estabeleceu por meio da resolução nº1, de 30 de maio de 2012, as diretrizes nacionais para a educação em Direito Humanos em toda e qualquer instituição de ensino, pois, segundo o artigo 9 da resolução, deverá estar presente “na formação inicial e continuada de todos(as) os(as) profissionais das diferentes áreas do conhecimento”. Dentre os princípios que fundamentam a educação em direitos humanos, previsto no artigo 3, destaca-se a finalidade de promover a dignidade humana, a igualdade de direitos, o reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades, a laicidade do Estado e democracia na Educação.

No parecer da resolução, ao tratar da laicidade do Estado como princípio fundamental da educação em Direitos Humanos, a comissão afirma que constitui uma “pré-condição para a liberdade de crença” garantida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Constituição Federal. O parecer observa ainda que “respeitando todas as crenças religiosas, assim como as não crenças, o Estado deve manter-se imparcial diante dos conflitos e disputas do campo religioso”, no entanto “desde que não atentem contra os direitos fundamentais da pessoa humana fazendo valer a soberania popular em matéria de política e de cultura”. Deste modo, o Estado “deve assegurar o respeito à diversidade

“falar muito”, “tagarelar”) e, ao citar Robert Pelloux esse fenômeno gera a presença de “falsos direitos” no texto constitucional o que dificulta compreender o que é realmente fundamental (2015).

⁵⁶ Como destaca Luis Antonio Cunha o “Conselho Nacional de Educação que, na Resolução CNE/CEB n. 2/1998, promoveu o Ensino Religioso a área de conhecimento, rebatizada de Educação Religiosa, uma red denominação bem significativa. O Parecer CNE/CEB n. 2/1998, que propôs aquela resolução, trouxe uma formulação que é uma pérola lógica: ‘A Educação Religiosa, nos termos da lei, é uma disciplina obrigatória de matrícula facultativa no sistema público’. Cumpre indagar: se nenhum aluno a quiser, como pode ser ela uma disciplina obrigatória?”. O autor ainda ironiza a inaplicabilidade dessa proposta ao afirmar que “a situação é ainda mais esdrúxula, pois, no ano anterior, havia sido aprovado o Parecer CNE/CEB n. 12, determinando que o tempo despendido com o Ensino Religioso não poderia ser computado para a totalização da duração mínima do Ensino Fundamental. Disciplina obrigatória ou área de conhecimento obrigatória, mas que não computa carga horária?” (2013, 932)

cultural religiosa do País, sem praticar qualquer forma de proselitismo” (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2012, p. 9-10).

Defende-se, então, que a previsão do ensino religioso, seja confessional ou interconfessional, não só fere o princípio da laicidade como produziria anomalias na rede pública de ensino brasileiro. Tal perigo é, pois, afastado quando, para atingir os mesmos objetivos daqueles que acreditam, erroneamente, no sucesso da disciplina, propõe-se o ensino dos direitos humanos, capaz de promover e desenvolver as responsabilidades cidadãs do indivíduo e o respeito às diferenças, sem a necessidade de romper com a laicidade do Estado por estabelecer relação e subsidiar entidades religiosas para o ensino constitucionalmente previsto.

Em um sistema laico e democrático, de modo a respeitar a sociedade plural que a compõe, a educação básica (e o *modus operandi* dos professores, vez que são servidores – membros do Estado, que é laico) deve ser edificada em aspectos que respeitem a diversidade, jamais em preceitos religiosos (que são potencialmente excludentes), pois estes se baseiam no divino, compreensíveis apenas ao que crê (afastando os que optam por não crer, inclusive).

Assim, não há argumento nem estabelecimento de diálogo democrático com dogmas religiosos (RIOS, 2015, p. 21), razão pela qual, levar às salas de aula do ensino público ensinamentos e fundamentos religiosos (sejam do ponto de vista unitário, seja multifacetado/ecumênico), pela impossibilidade de alcançarem a democracia de acesso, não cumpriria o principal papel da educação: emancipação do ser pautado no desenvolvimento de sua criticidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema laicidade e Estado é um problema complexo e antigo, que surge como demanda para garantir a liberdade e lutar contra poderes políticos (e religiosos) estabelecidos. O Estado Laico apresenta dificuldades “operacionais” de concretização quando se está diante de uma sociedade multicultural, multifacetada e com diversidade religiosa e de pensamento. Conciliar tantas visões conflitantes se coloca como árduo desafio, especialmente considerando a necessidade de se respeitar o conceito de democracia. O Brasil adota o modelo pluriconfessional, o que reflete tais desafios de gestão da diversidade diante de uma sociedade tão plural. Esses desafios se intensificam dentro da lógica de se proclamar um Estado defensor dos direitos humanos (e das garantias fundamentais) que (in)diretamente estão em pauta quando o tema é “religião”.

As políticas públicas, dentro dessa perspectiva, não devem perseguir nem favorecer qualquer credo (ou qualquer pensamento de cunho religioso ou filosófico), mantendo o Estado em uma postura neutra de atuação. As ações estatais devem resguardar os elementos básicos da liberdade, jamais permitindo que interesses particulares de grupos (religiosos ou não) se sobreponham aos interesses coletivos.

Historicamente o Brasil viveu situações conturbadas quando se analisa a relação de Estado-Igreja, desde tempos coloniais em que a interferência mútua entre esses poderes privilegiou determinadas crenças em prejuízo (e perseguição) de outras denominações não dominantes ou expressivas. A catequização indígena no período colonial e a presença cultural cristã em elementos de formação do Estado Brasileiro ilustram o mutualismo histórico existente entre as instituições, e que passou por um longo processo de superação legislativa e ideológica. Apesar dessa superação, alguns (talvez muitos) resquícios dessa vinculação entre Estado e Igreja ainda permanecem presentes no cenário nacional e necessitam de análise crítica e reflexiva.

O ensino religioso, como abordado, se apresenta dentro de uma lógica estratégica na realidade contemporânea para doutrinação e catequização em ambientes públicos de educação. Essa estratégia de catequização “maquiada” de conteúdo disciplinar implica proselitismo religioso financiado (direta e indiretamente pelo Estado), além de construir um espaço de segregação e discriminação dentro do ambiente escolar, o que não é desejado e nem pode ser tolerado.

O ensino público apresenta muitas fragilidades (e não é preciso muita reflexão para compreender isso), e não tem estrutura metodológica (e, como apresentado, nem maturidade dos gestores escolares) para oferecimento de conteúdos isentos e não tendenciosos. As modalidades do ensino religioso, como observado, estão na contramão do que é apregoado pela CRFB/88, quando esta defende a dignidade da pessoa humana, a vedação a qualquer forma de discriminação.

Os modelos confessionais e interconfessionais, como destacado, são claras estratégias de catequização e proselitismo religioso, sob o argumento de que contribuiriam para uma formação cidadã e para o respeito ao próximo, o que é, por si mesmo, um raciocínio preconceituoso e excludente. O interconfessional, que apregoa o debate de um respeito ao “divino” presente em todas as religiões implica o mesmo erro: presumir que exista uma “divindade” única (visto que para os ateus não existe divindade). Em ambos os casos teríamos apenas a utilização da escola (e do público “cativo” dos alunos) como um palco para pregação religiosa e luta por novos adeptos, o que estigmatizaria os alunos que se recusassem a participar das aulas ou mesmo os que escolhessem participar de aulas sobre religiões socialmente excluídas (as de matriz africana ou mulçumana, por exemplo).

Claro está que valores religiosos podem confundir-se com valores civis - e é importante notar que não raro isto ocorre - no entanto, para ver respeitado a laicidade e a democracia do Estado Brasileiro, a fonte e as razões motivadores dos atos públicos devem ser unicamente os valores civis e não os confessionais. Isto porque o Estado, de modo algum "busca a salvação das almas, mas sim, a máxima expansão das liberdades humanas em um âmbito de ordem pública protegida, ainda que às vezes o exercício de tais liberdades seja contrário aos padrões éticos das religiões" (HUACO, 2008, p. 43).

O ensino religioso supraconfessional, dentro dessa dinâmica de imposição de um "ensino religioso alternativo", pode parecer a proposta possível, mas não ideal. Essa aplicação de saberes científicos, vez que se propõe isenta de religiosidade e que apenas apresentaria reflexões críticas sobre a história das religiões e seus reflexos sociais, como observado no artigo, entra em uma seara delicada.

Primeiro, pois o pensar crítico de uma religião (notadamente se abordando sua origem histórica e política) leva à negação de sua existência mística e sobrenatural, o que pode configurar ao devoto em desrespeito e ofensa ao seu direito de crença.

Em segundo lugar, a forma como essas disciplinas se dariam seria comprometida pela inexistência de parâmetros nacionais objetivos que garantissem um ensino metodologicamente pensado. Ao deixar a exploração do tema ao arbítrio do professor, como destacado, corre-se o risco de voltar a disciplina para análises religiosas de cunho confessional (ou mesmo interconfessional) cujos problemas já se abordou.

Terceiro, em razão da formação ainda deficiente de docentes com saberes científicos, implicaria contratação de profissionais não especializados em tais conhecimentos (História das Religiões ou Ciência das Religiões), o que resultaria em aulas mal preparadas (e possivelmente tendenciosas), ou até mesmo no ensinamento de outras disciplinas que nada tem a ver com o tema central da disciplina religiosa.

Por ultimo, o nível de profundidade e de maturidade exigido para esse tipo de análise extrapola a realidade encontrada nas escolas públicas, e o próprio grau de maturidade de crianças em idade escolar.

Se uma das justificativas para se oferecer o ensino religioso seria uma formação cidadã, de respeito ao próximo, de preparação para vida em sociedade (plural, como já destacado), o que se observa é que há uma falta de sentido na proposta. Como observado, esse argumento é discriminatório, por reproduzir um pensamento que "pessoas sem deus" são "pessoas ruins". Tais argumentos fariam muito sentido, como defendido, como elementos da disciplina de Direitos Humanos, que facilmente é adaptável ao nível de idade

e maturidade de estudantes de ensino fundamental, especialmente por abordar questões como: racismo, questões de gênero, homofobia, xenofobia, cidadania, entre outros.

Por fim, não se está defendendo uma escola que hostilize qualquer manifestação religiosa, como uma “escola sem partido”. A crítica é a de apresentação da religião como conteúdo disciplinar, em que não há necessária liberdade de pensamento e sim uma presunção de que existem respostas “certas” e “erradas”. A escola pode dar espaço para manifestações religiosas enquanto manifestações culturais, desde que não seja elemento institucional e disciplinar.

O tema ainda possui poucas análises jurídicas, o que compromete o aprofundamento da questão. As referências existentes se desdobram sobre outros olhares (que não os legais) e muitos adotam a saída “fácil” do ensino supraconfessional, que, como demonstrado, não responde a todas as questões.

A presença do ensino religioso na Constituição e a relativa pressão para sua aplicação nas escolas públicas claramente é direcionada e sustentada por interesses políticos, como foi sua inserção no texto constitucional. A abordagem, muito relevante, não foi possível no presente trabalho, mas merece estudo específico, e se espera que o presente artigo possa contribuir como um estudo de base ou inicial, de alguma forma, com tais estudos derivados.

Como se verifica, trata-se de um tema tortuoso e complexo, e nesse sentido o presente resultado de pesquisa não se pretende conclusivo ou definitivo sobre a questão. A proposta é de contribuir para os debates nacionais, apresentando um questionamento sobre a inaplicabilidade de adoções alternativas de ensino religioso (seja confessional, interconfessional ou supraconfessional), numa proposição que supere o elemento religioso, garantindo assim a laicidade do Estado, com a adoção de propostas de ensino de Direitos Humanos. Ainda que não seja possível trazer uma resposta definitiva, o artigo espera ter contribuído para o amadurecimento das reflexões indicando as fragilidades das propostas estabelecidas para dar uma resposta à previsão constitucional (que, como visto, hermeneuticamente nem mesmo se justifica) que reflete muito mais a uma figuração política e simbólica do poder religioso no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARONOVSKY, Ricardo Sanchez. Constitucionalismo ciarlare e o Colégio Pedro II. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4305, 15 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38060>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 2004, 7ª ed.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 05 de abr. 2016

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 05 de abr. 2016

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos Do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2016

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 14 de abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de out. 2016.

BRASIL. *Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. *Decreto nº. 7.107, de 11 de fevereiro de 2010*. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Diário Oficial da União, Brasília, 12 fev. 2010. (2010a) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7107.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 19.941, de 30 de abril de 1931*. Dispõe sobre a instrução religiosa nos cursos primário, secundário e normal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19941-30-abril-1931-518529-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

BRASIL. *Lei de 15 de outubro de 1827* (Manda criar escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do Império). CLBR. Rio de Janeiro. 1827. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-15-10-1827.htm> Acesso em: 12 de jul 2016.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 04 de jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 3268*. Relator: Celso de Mello. Petição inicial. Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação. (2004) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2234409>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 4439*. Relator: Roberto Barroso. Petição inicial. Procuradoria-Geral da República. (2010b) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CÁCERES, Florival. *História do Brasil*. São Paulo: Moderna, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6º ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNEIRO, Júlio Maria de Moraes. *A Igreja e a República*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

CERTEAU, Michel de. *A escrita da história*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1982.

CIFUENTES, Rafael Llano. *Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

CUNHA, Luiz Antônio. Ensino religioso nas escolas públicas: a propósito de um seminário internacional. *Educação e Sociedade*. Campinas, v. 27, n. 97, p. 1235-1256, set/dez. 2006.

CUNHA, Luiz Antônio. O Sistema Nacional de Educação e o ensino religioso nas escolas públicas. *Educação e Sociedade*. Campinas, v. 34, n. 124, p. 925-941, Set. 2013.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Ensino religioso na escola pública: o retorno de uma polêmica recorrente. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n. 27, set/dez. 2004. Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27502713>>. Acesso em: 27 de jun. 2016.

DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. Ensino Religioso e Estado Laico: uma lição de tolerância. *Revista de Estudos da Religião*. São Paulo, v. 09, n. 3, set. 2009. Disponível em: <http://www.pucsp.br/rever/rv3_2009/t_domingos.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2016.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Edusp, 1995, 2 ed.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ensino religioso nas Escolas Públicas. Revista dos Tribunais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 20, 1997.

FERREIRA JR, Amarílio. *Educação Jesuítica no Mundo Colonial Ibérico (1549-1768)*. v. 21, n. 78, p. 9-10, dezembro, 2007. Dowload da obra em: <http://www.publicacoes.inep.gov.br/portal/download/678>.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis, Fundação Boiteux. 2009.

FRANÇA. *Constitution de la République française* (1958). Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_1>. Acesso em: 15 de out. 2016.

GALDINO, Elza. *Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GALLEGO, Roberto de Almeida. *O Sagrado na Esfera Pública: Religião, Direito e Estado Laico*. 2010. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2010.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Org). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga. Artigos 18 e 19. In: BONAVIDES, Paulo. (coord).; MIRANDA, Jorge. (coord).; AGRA, Walber de Moura (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: 2009.

LAICIDADE e o ensino religioso no Brasil. Mural de Pesquisa. *Ação Educativa*. vol. 10 jan/jun 2011. p. 60-62. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2015/12/Laicidade-e-ensinoreligioso-no-Brasil.pdf>>. Acesso em 29 de nov 2016.

MARQUES, Gabriel Lima. A Educação Religiosa em Escolas Públicas: fundamentos constitucionais para a defesa da modalidade supraconfessional. In: José Filomeno de Moraes Filho; Regina Célia Martinez; Ilton Norberto Rob Filho. (Org.). *Teoria do Estado e da Constituição*. 1ºed.Florianópolis: FUNJAB, 2014, v., p. 500-529.

MARTIN, Arnaud. Laicidade no Brasil. In: BONAVIDES, Paulo. (coord).;MIRANDA, Jorge. (coord).; AGRA, Walber de Moura (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: 2009.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Parecer do Conselho Nacional de Educação/CP Nº: 8/2012. *Diário Oficial da União*. 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10389-pcp008-12-pdf&category_slug=marco-2012-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 23 de jun. 2016.

ORO. Ari Pedro. A laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica. In: LOREA, Roberto Arriada (Org). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

PAULY, Evaldo Luis. O dilema epistemológico do ensino religioso. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n.27, set/dez. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n27/n27a11>>. Acesso em: 27 de jun. 2016.

PÊCEGO, Daniel Nunes. Uma análise jurídico-constitucional do ensino religioso nas escolas públicas. *Lex Humana*, v. 6, n. 2, dez. 2014. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=649>>. Acesso em: 02 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e a Constituição Brasileira de 1988. In: ANGRA, Walber de Moura (Coord.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Saraiva, 2013, 14ª ed.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. Aborto, Estado de Direito e religião. *Folha de São Paulo*, 2003. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0610200310.htm>>. Acesso em: 20 de jun. 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005.

RIBEIRO, Rafael. Professora evangélica prega em aula e aluno sofre bullying na escola. *Diário do Grande ABC*. 28 de março de 2012. Disponível em <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/27147/professora-evangelica-prega-em-aula-e-aluno-sofre-bullying-na-escola>>. Acesso em: 04 de jul. 2016.

RIO DE JANEIRO. *Lei 3.459, de 14 de setembro de 2000* (Dispõe sobre ensino religioso confessional nas escolas da rede pública de ensino do Estado do Rio de Janeiro). Disponível em: <<http://leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-3459-2000-rio-de-janeiro-dispoe-sobre-ensino-religioso-confessional-nas-escolas-da-rede-publica-de-ensino-do-estado-do-rio-de-janeiro?q=ensino%20religioso>>. Acesso em: 24 de ago. 2016.

RIOS, Roger Ruapp. A Laicidade e os Desafios à Democracia no Brasil: Neutralidade, Pluriconfessionalidade na Constituição de 1988. In: NARDI, Henrique Caetano; MACHADO, Paula Sandrine; SILVEIRA, Raquel da Silva (Orgs.). *Diversidade sexual e relações de gênero nas políticas públicas: o que a laicidade tem a ver com isso?* Porto Alegre: Deriva/Abraço, 2015.

ROCHA, Bianca Maria Borges da. O ensino religioso nas escolas da rede pública e os problemas advindos de uma abordagem confessional. *Cadernos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, v. I, p. 79-86, 2010. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2007/relatorios/dir/dir_bianca_maria_borges_rocha.pdf> Acesso em: 18 de jul. 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Artigo 5º, incisos IV ao IX. In: BONAVIDES, Paulo. (coord).; MIRANDA, Jorge. (coord).; AGRA, Walber de Moura (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: 2009.

RODRIGUES, Karine Farias de Lima; LOPES, Luis Fernando. Um olhar sobre o preconceito na escola na disciplina de Ensino Religioso. *Caderno Intersaberes*. Vol.4 n.5, p.125-137, jan.dez. 2015.

ROSA, Lilian. Rodrigues de Oliveira. *A Igreja Católica Apostólica Romana e o Estado Brasileiro: estratégias de inserção política da Santa Sé no Brasil entre 1920 e 1937*. 2011. 286 f. Tese (Doutorado em História). Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. 2011.

SAD, Adib Kassouf., In: BONAVIDES, Paulo. (coord).; MIRANDA, Jorge. (coord).; AGRA, Walber de Moura (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: 2009.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arriada (Org). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. O Direito de Religião no Brasil. (s.d.). in: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo5.htm>>. Acesso em: 27 de jun. 2016.

SEFFNER, Fernando; SANTOS, Renan Bulsing dos. "Ensino Religioso no interior do Estado Laico: análise e reflexões a partir do estudo de caso em três municípios gaúchos". In: *Notandum*, ano XV, v. 28, p. 67-80, São Paulo, jan-abr, 2012. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand28/67-80Fernando.pdf>>. Acesso em: 07 de jul. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005.

SORIANO, Aldir Guedes. Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal. In: SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOUZA, Mauro Ferreira de. *A Igreja e o Estado: Uma Análise da Separação da Igreja Católica do Estado Brasileiro na Constituição de 1891*. 2007. 211 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. 2007.

SOUZA, Rodrigo Augusto. O Ensino Religioso no Brasil: Uma Abordagem Histórica a partir dos Parâmetros Curriculares Nacionais. In: VI Educere - Congresso Nacional de Educação da PUCPR, 2006, Curitiba. *Anais do VI Educere*. Curitiba: PUCPR, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PGR ajuíza ações contra obrigatoriedade de Bíblia em escolas e bibliotecas públicas. *Notícias STF*. 12 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287170>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico. *Revista JusNavigandi*, Teresina, ano 13, n. 1830, 5jul.2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11457>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012.

A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E O PAPEL DETERMINANTE DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO(A) DEFENSOR(A) PÚBLICO(A)

NATÁLIA MARIA MADUREIRA DA ROCHA COUTINHO:
advogada formada pela PUC-RIO⁵⁷.

RESUMO: Este artigo aborda a questão da inconstitucionalidade e inconveniência da tese da legítima defesa da honra, que embora destituída de respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro, suscita reflexões cruciais quando analisada sob a lente do machismo estrutural e institucional. Este artigo visa explorar as complexidades dessa temática, destacando a importância da independência funcional do defensor público no enfrentamento de desafios que permeiam casos sensíveis, como aqueles envolvendo alegações de legítima defesa da honra em situações de violência de gênero.

PALAVRA-CHAVE: Legítima defesa da honra. Machismo estrutural. Violência institucional de Gênero. ADPF 779. Independência funcional do(a) Defensor(a) Público(a).

INTRODUÇÃO:

A tese da “legítima defesa da honra” era utilizada em casos de feminicídio ou agressões contra mulher para justificar o comportamento do acusado. O argumento era de que o assassinato ou a agressão eram aceitáveis quando a conduta da vítima supostamente ferisse a honra do agressor.

No Brasil, a tese da legítima defesa da honra ganhou notoriedade no caso Ângela Diniz, socialite mineira, que foi brutalmente assassinada por seu companheiro, Raul Fernando do Amaral Street (Doca Street), em 30 de dezembro de 1976, em sua casa na praia em Búzios/RJ.

A tese foi utilizada pelos advogados de defesa, entre eles Evandro Lins e Silva, atribuindo à vítima a culpa do crime, em virtude de seu próprio comportamento, sendo o julgamento marcado por falas machistas que expuseram Ângela como sendo promíscua, que seduzia homens e mulheres, o que teria acarretado imenso sofrimento ao Doca Street em sua rejeição.

Evidenciou-se no caso, o machismo estrutural da sociedade brasileira, em que o réu confesso de um crime repugnante e brutal, se tornou vítima, defendendo ser pessoa honesta, trabalhadora e de boa moral, enquanto julgavam Ângela Diniz por ser uma mulher que usufruía de sua liberdade sexual.

57 E-mail: natalia_coutinho@yahoo.com.br

Embora a tese fosse aceita culturalmente como uma justificativa para atos violentos, não encontrava respaldo nas leis vigentes no Brasil. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 23, elenca as excludentes de ilicitude, porém, não reconhece a honra como motivo legítimo para justificar a prática de crimes.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, estabelece princípios fundamentais que garantem a igualdade e a dignidade da pessoa humana, preceitos que norteiam o repúdio a qualquer forma de discriminação, incluindo aquelas baseadas em gênero. Nesse contexto, a ideia de que a honra pode justificar atos violentos foi sendo gradativamente rechaçada, e o sistema jurídico passou a valorizar a resolução pacífica de conflitos.

A alegação de legítima defesa da honra, muitas vezes utilizada como subterfúgio para justificar atos de violência, revela a influência do machismo estrutural em nossas tradições. O machismo estrutural, arraigado na cultura e nos costumes, e o machismo institucional, presente nas práticas e decisões dentro das instituições, desempenham um papel significativo na interpretação de casos envolvendo alegações de legítima defesa da honra.

As estruturas jurídicas historicamente moldadas por visões patriarcais podem contribuir para a manutenção de práticas discriminatórias. Nesse contexto, a independência funcional do defensor público surge como ferramenta fundamental na mitigação desses reflexos prejudiciais e na busca por uma análise jurídica desprovida de preconceitos.

A Emenda Constitucional (EC) nº 80 de 2014, ao modificar o artigo 134 da Constituição Federal, conferiu uma nova dimensão ao princípio da independência funcional no âmbito da Defensoria Pública. O texto introduziu o § 4º ao artigo 134 da Constituição Federal, conferindo à independência funcional um destaque expressivo no ordenamento jurídico brasileiro.

1.ADPF 779 E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS.

Em dezembro de 2020 foi ajuizada Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 779) em face dos artigos 23, II e 25, caput e parágrafo único do Código Penal e artigo 65 do Código de Processo Penal, a fim de se afastar a tese jurídica da legítima defesa da honra e se fixar entendimento acerca da soberania dos veredictos.

Do julgamento, extrai-se as seguintes conclusões: a) a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa

humana (art. 1º, III, da CF/88), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, da CF/88), tem raízes arcaicas no direito brasileiro, constituindo a institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988; b) deve ser conferida interpretação conforme à Constituição ao art. 23, II e art. 25, do CP e ao art. 65 do CPP, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa, não apenas pela falta de moderação, mas também devido ao fato de que a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero; e c) a defesa, a acusação, a autoridade policial e o juízo são proibidos de utilizar, DIRETA OU INDIRETAMENTE, a tese de legítima defesa da honra (ou QUALQUER ARGUMENTO QUE INDUZA À TESE), nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento:

EMENTA: Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. "Legítima defesa da honra". Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada. 1. "Legítima defesa da honra" não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminoso. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal. 2. A "legítima defesa da honra" é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. 3. Tese violadora da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à igualdade entre homens e

mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio. O acolhimento da tese tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção. 4. A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Assim, devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação a todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio. 5. Na hipótese de a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da “legítima defesa da honra” (ou de qualquer argumento que a ela induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal. 6. Medida cautelar parcialmente concedida para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. 7. Medida cautelar referendada.- STF. Plenário. ADPF 779, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/03/2021.

Após o julgamento, iniciou-se uma controvérsia jurídica se essa vedação ofenderia o princípio constitucional da “soberania dos veredictos” atribuída ao Tribunal do Júri pelo artigo 5º, XVIII, “c”, da Constituição Federal. Ocorre que, com essa vedação não está se limitando a soberania do veredicto, e sim a argumentação dos sujeitos do processo em plenário, que não podem revitimizar a vítima/justificar o comportamento de um autor de homicídio em razão do que fez a vítima. Além disso, soberania dos veredictos não é absoluta, mas relativizada em razão da possibilidade de recurso quando a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos.

Convém destacar, que essa decisão surgiu após a publicação do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, do ano de 1997, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) expressou a sua preocupação em relação à conhecida tese da legítima defesa da honra em defesas apresentadas no Plenário do tribunal do júri.

Vejam os:

“(...) Em algumas áreas do país, o uso da ‘defesa da honra’ persiste e, em algumas áreas, a conduta da vítima continua a ser um ponto central no processo judicial de um delito sexual. Em vez de centrarem na existência dos elementos jurídicos do delito, as práticas de alguns advogados defensores – toleradas por alguns tribunais – têm o efeito de requerer que a mulher demonstre a santidade de sua reputação e sua inculpabilidade moral a fim de poder utilizar os meios judiciais à sua disposição. As iniciativas tomadas tanto pelo setor público como pelo setor privado para fazer frente à violência contra a mulher começaram a combater o silêncio que tradicionalmente a tem ocultado, mas ainda têm de superar as barreiras sociais, jurídicas e de outra natureza que contribuem para a impunidade em que amiúde enlanguescem”.

Há que se mencionar também a elaboração do enunciado nº 47 do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (FONAVID):

ENUNCIADO 47: *A plenitude da defesa no júri deve se conformar ao disposto no art. 7º, “e”, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher “Convenção de Belém do Pará” e ao disposto no capítulo IX itens 9.1.2 e 9.1.3 das Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres – Feminicídio, sendo recomendável à juíza e/ou ao juiz presidente considerar como excesso*

de linguagem argumentos violentos ofensivos à dignidade da mulher por questão de gênero, devendo intervir nos termos dos arts. 400-A, 474-A e 497, III, do CPP, e art. 10-A da Lei 11.340/06. (Alterado por unanimidade no XIII FONAVID – Teresina (PI)).

O enunciado reforça a aplicação de leis nacionais e internacionais de respeito à intimidade, à honra e à imagem da pessoa ofendida, entre elas, a Lei 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer). Outra orientação do Fórum é que, para proteger as vítimas de violência doméstica, sejam aplicados os fundamentos da modalidade do depoimento especial.

2.VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL DE GÊNERO

Nas Regras de Brasília, há o conceito de vitimização primária e secundária. Existe toda uma preocupação de localizar a responsabilidade do sistema de justiça no que tange à vitimização secundária.

V. Regras n. 10-12; vitimização primária e secundária:

“(10) Para efeitos das presentes Regras, considera-se vítima toda a pessoa física que tenha sofrido um dano ocasionado por uma infração penal, incluída tanto a lesão física ou psíquica, como o sofrimento moral e o prejuízo económico. O termo vítima também poderá incluir, se for o caso, a família imediata ou as pessoas que estão a cargo da vítima directa [vítimas indiretas no marco do sistema interamericano].

(11) Considera-se em condição de vulnerabilidade aquela vítima do delito que tenha uma relevante limitação para evitar ou mitigar os danos e prejuízos derivados da infração penal ou do seu contacto com o sistema de justiça, ou para enfrentar os riscos de sofrer uma nova vitimização. A vulnerabilidade pode proceder das suas próprias características pessoais ou das circunstâncias da infração penal. Destacam para estes efeitos, entre outras vítimas, as pessoas menores de idade, as vítimas de violência doméstica ou intra familiar, as vítimas de delitos sexuais, os adultos maiores [pessoas idosas], assim como os familiares de vítimas de morte violenta.

(12) Estimular-se-á a adopção daquelas medidas que sejam adequadas para mitigar os efeitos negativos do delito (vitimização primária). Assim procurar-se-á que o dano sofrido pela vítima do

delito não seja incrementado como consequência do seu contacto com o sistema de justiça (vitimização secundária). E procurar-se-á garantir, em todas as fases de um procedimento penal, a protecção da integridade física e psicológica das vítimas, sobretudo a favor daquelas que corram risco de intimidação, de represálias ou de vitimização reiterada ou repetida (uma mesma pessoa é vítima de mais do que uma infracção penal durante um período de tempo). Também poderá ser necessário outorgar uma protecção particular àquelas vítimas que vão prestar testemunho no processo judicial. Prestar-se-á uma especial atenção nos casos de violência intra familiar, assim como nos momentos em que seja colocada em liberdade a pessoa à qual se atribui a ordem do delito.”

Ao se falar de violência institucional de gênero, deve-se pautar pela lógica dos direitos humanos das pessoas em situação de vulnerabilidade, para que se responsabilize os atores e atrizes do sistema de justiça para não reproduzirem/perpetuem a lógica da vitimização secundária, que se relaciona com a incrementação da violência como consequência do contato da vítima com o sistema de justiça, de acordo com a Regra 12.

A CIDH ao mencionar a violência institucional no Relatório sobre o Brasil, considerou as mulheres um grupo sobre o qual incidem discriminações históricas e socioeconômica como causa de desigualdade estrutural. Está na estrutura da sociedade brasileira, historicamente desigual e colonizada, essa questão da discriminação, que precisa ser enfrentada.

São múltiplos fatores estruturais que perpetuam a discriminação contra as mulheres e acentuam a situação de risco a que estão expostas. Essas sociedades são baseadas no patriarcalismo, na prevalência de estereótipos sexistas que geram processos de discriminação estrutural e que acabam por permitir e tolerar a violência em todas as suas dimensões (físicas, psicológicas, sexual, econômica, etc).

“92. A CIDH também reitera que, no tocante à vitimização de mulheres em assassinatos por razões de gênero, também tendem a incidir fatores interseccionais de discriminação, que as expõem ainda mais a vulnerabilidade expressões”. As mulheres pobres e negras estão mais sujeitas ao risco de violência. Dado trazido pelo relatório: MULHERES AFRODESCENDENTES ASSASSINADAS aumentaram 14,5%. No período de 2006 a 2016, 71% das mulheres que foram vítimas de feminicídio eram de outras origens étnico-raciais; especialmente se defensoras de DH [sujeito de direito que está no debate público, ocupando efetivamente um espaço destinado

tradicionalmente ao homem branco e heterossexual - vide o caso Marielle Franco, que representou uma violência política, que é a violência específica em razão do gênero quando se ocupam espaços de poder político]. A CIDH lembra o dever do Estado de enfrentar essa tolerância com a *violência* contra as mulheres, especialmente aquelas que resolvem quebrar a caixinha as quais foram confinadas e ocupar a arena pública/política.

93. (...) “Não obstante, a CIDH continua recebendo informações acerca dos obstáculos enfrentados pelas mulheres para acessarem a justiça e essas medidas de proteção. Entre esses obstáculos estão a tolerância social que existe ante a violência contra as *mulheres*, reforçada pela ideia de que as mulheres seriam “propriedade” dos homens; [é muito importante que o EE continue adotando medidas efetivas para combater] a persistência de atitudes estereotipadas e discriminatórias por parte de agentes do Estado; a lentidão da justiça e dos processos para a obtenção de medidas protetivas, assim como a falta ou a inexpressiva presença de entidades especializadas na temática espalhadas pelo território brasileiro.”

Nesse contexto de violência institucional de gênero, o sistema judicial deve pautar-se na ideia é de que os casos envolvendo o tema do “Direito das Mulheres” devem ser analisados com perspectiva de gênero, a partir de uma interpretação constitucional feminista, uma vez que os estereótipos e abordagens discriminatórias que foram por anos naturalizados na sociedade, deixaram marcas no direito constitucional e nas tradições legais.

Convém destacar, que a adoção de uma perspectiva de gênero no sistema de justiça ganhou notoriedade no sistema de justiça brasileiro a partir de um “Protocolo de Julgamento de Perspectiva de Gênero” editado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2021.

No Direito Internacional do Direitos Humanos o assunto não é novidade. A Organização das Nações Unidas (ONU) há muito tempo expede orientações e diretrizes aos seus Estados membros para a adoção de uma perspectiva de gênero. Tanto é assim, que o Comitê CEDAW das Nações Unidas destacou que:

“os estereótipos e os preconceitos de gênero, no sistema judicial, têm consequências de amplo alcance para o pleno desfrute, pelas

mulheres, de seus direitos humanos; por essa razão, recomendou que os estados-partes adotem medidas, incluindo programas de conscientização e capacitação de todos(as) os(as) operadores(as) do sistema de justiça, para se eliminar os estereótipos, sobretudo para se assegurar que os programas tratem em particular da “questão da credibilidade e do *peso* dado às vozes, aos argumentos e depoimentos das mulheres, como partes e testemunhas” (item 29 da Recomendação Geral n. 33, do Comitê CEDAW).

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o tema já foi tratado nos casos Velasquez Paiz e outras vs. Guatemala e, mais recentemente, Márcia Barbosa e outras vs. Brasil.

3. INDEPENDENCIA FUNCIONAL DO DEFENSOR E SEUS LIMITES

A independência funcional é um princípio institucional que além de ser previsto na Legislação institucional, também passou a ter status constitucional com a EC 80/14 (artigo 134, §4º, da CF e artigo 3º da LC nº 80/1994), e, em razão de tal princípios os(as) Defensores(as) Públicos(as) podem atuar livremente no exercício de suas funções institucionais, em observância apenas à lei e à sua própria consciência.

Muito se debate se a vedação de utilização da tese da legítima defesa da honra seria ou não uma limitação arbitrária e inconstitucional da independência funcional. A questão não é pacífica.

Contudo, deve-se destacar que este princípio não é absoluto, e, em que pese as 90s) Defensoras(es) tenham liberdade em atuar de acordo com sua própria consciência, esta atuação deve observar certos limites, tais como a legislação (não só a legislação nacional, como também os tratados de direitos humanos), bem como não pode subverter a missão institucional e constitucional da Defensoria Pública como instrumento e expressão do regime democrático e de promoção dos direitos humanos.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento da Defensora Pública Renata Tavares:

“No Brasil, é a defensoria pública instituição essencial ao estado democrático de direito e instrumento da democracia bem como possui o dever de promover os direitos humanos. Dessa função extrai-se uma obrigação positiva, ou seja, de assegurar o efetivo acesso de gozo de tais direitos, bem como uma posição negativa, qual seja, de abster-se de determinadas atitudes que aprofundem a violação deste direitos. Isso, em hipótese alguma, pode significar uma

limitação de atuação no campo de defesa, que deve ser amplo. Mas efetivamente no reconhecimento de que esta defesa deve ser ética e feita dentro dos parâmetros institucionais previstos na Constituição. Ou seja, o Defensor não pode ter a esquizofrênica *posição* de promover os direitos humanos e, ao mesmo tempo, sustentar teses que sustentem tais violações de direitos.”

CONCLUSÃO

Em um contexto jurídico que busca constantemente a equidade e a justiça, a análise da legítima defesa da honra sob a ótica do machismo estrutural e institucional ressalta a importância da independência funcional do defensor público. Essa independência não apenas preserva a integridade do sistema de justiça, mas também representa um passo crucial na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde os direitos fundamentais são protegidos sem distinção de gênero. O defensor público, ao atuar com autonomia e imparcialidade, torna-se um agente essencial na promoção de uma justiça verdadeiramente equitativa e comprometida com os princípios democráticos consagrados na Constituição Federal brasileira.

BIBLIOGRAFIA

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=511556&ori=1#:~:text=A%20tese%20da%20%E2%80%9Cleg%C3%ADtima%20defesa,ferisse%20a%20honra%20do%20agressor.>

<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/35877/3/An%C3%A1liseHist%C3%B3ricaLeg%C3%ADtima.pdf>

PODCAST, Série Praia dos Ossos, ep. 01, 2020

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>

ADPF 779 MC-REF / DF

BARBOZA, Estefânia; TOMAZONI, Larissa. Interpretação constitucional feminista e a jurisprudência do STF. (In) FACHIN, Melissa Girardi; SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia. Constitucionalismo feminista. Bahia: Juspodivm, 2018, p. 241

<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/2020/BRAD32-07PO.pdf>

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>

<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>

Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no Tribunal do Júri. In: XII Congresso Nacional de Defensores Públicos. Livro de teses e práticas exitosas. Curitiba, 2015, p. 207

APONTAMENTOS SOBRE A POSSIBILIDADE OU NÃO DE ACESSO PELO PODER PÚBLICO A DADOS PESSOAIS DE CONSUMIDORES DE CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA PARA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS OU CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES LEGAIS E REGULAMENTARES

MELINA LOPES SANTOS:

Advogada. Pós-graduada em Advocacia pela Universidade Federal Fluminense e em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade CERS. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense.⁵⁸

RESUMO: O presente artigo busca discutir as possibilidades de acesso a dados pessoais, por parte da Administração Pública, tratados por concessionária de energia elétrica. Para tal, apresentam-se as previsões da Lei Geral de Proteção de Dados sobre o tema e em especial a relevância do respeito à finalidade para a coleta do dado pessoal e ao livre consentimento informado pelo titular dos dados pessoais. Além disso, é apresentado também o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema do compartilhamento dos dados pessoais entre órgãos públicos e o dever de respeito à finalidade para a qual foi dado o consentimento.

INTRODUÇÃO

Com o avanço da gestão dos dados pessoais, muito tem-se perguntado sobre os limites de tratamento e gestão desses dados, tanto por particulares quanto pela Administração Pública. Recentemente o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, foi alçado ao status de direito fundamental⁵⁹ em nossa Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 115 de 2022, o que eleva ainda mais a importância desse direito.

Debruçando-se acerca desses limites na gestão dos dados pessoais pela Administração Pública, seja para a consecução de políticas públicas ou mesmo de obrigações legais por parte dos entes públicos, é que se intenta neste trabalho discutir

⁵⁸ E-mail: melinalopess@hotmail.com

⁵⁹ Art. 5º, LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

sobre a juridicidade de eventual celebração de convênio com o objetivo de obter junto à concessionária de energia elétrica dados de seu cadastro de clientes.

Um possível interesse do Poder Público no acesso a esses dados poderia ser justificado pela importância do acesso a dados atualizados de contato de seus contribuintes, bem como os dados para a sua correta identificação e planejamento na realização de políticas públicas.

Em que pese essa necessidade de atualização dos cadastros de dados de ente público, discute-se se haveria algum óbice, com base na Lei Geral de Proteção de Dados, para acesso a esses dados.

DESENVOLVIMENTO

Primeiramente, é necessário destacar que a proteção de dados pessoais é cada vez mais relevante no ordenamento jurídico brasileiro e como já mencionado agora constitui expressamente um direito fundamental em nossa Constituição Federal. Portanto, é um tema com o qual a Administração Pública necessita ter especial atenção. E no campo da proteção de dados pessoais alguns institutos têm especial relevância, como é o caso da finalidade do consentimento para a gestão dos dados pessoais.

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados exige autorizações específicas para o tratamento dos dados, de acordo com as finalidades informadas no momento do consentimento dado pelo titular. No que se refere especificamente ao acesso a dados pessoais de consumidores de serviços de energia elétrica trata-se de relação privada, tipicamente de consumo, e que envolvem finalidades diversas daquelas perquiridas pela Administração Pública.

E no que se refere a uma relação de consumo, merece ainda destaque que o Código de Defesa do Consumidor estabelece entre os direitos básicos⁶⁰ do consumidor o direito à informação adequada e clara, o que se alinha perfeitamente à necessidade de informar a finalidade da coleta dos dados pessoais. O Código de Defesa do Consumidor estabelece esses direitos básicos considerando a especial condição de vulnerabilidade do consumidor, especialmente o consumidor usuário do serviço de energia elétrica, considerado um serviço público essencial.

⁶⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Portanto, deve-se ter em mente que não é dado ao usuário-consumidor a escolha de contratar ou não aquele serviço de energia, pois ele é essencial à própria possibilidade de uma existência digna em nossa sociedade.

Retornando às disposições da LGPD, é necessário apontar que a Lei traz diversos conceitos chave para análise da matéria e de acordo com o art. 5º, incisos I, VI, X, XII e XVI, da LGPD considera-se:

- (i) dado pessoal, a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
- (ii) controlador, a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
- (iii) tratamento, toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;
- (iv) consentimento, a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;
- (v) uso compartilhado de dados, a comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

Na hipótese aqui analisada discute-se a possibilidade de a Administração Pública realizar o tratamento (inciso X) dos dados pessoais (inciso I), sobre os quais atuam como controladores (inciso VI) as concessionárias de energia elétrica. No entanto, os titulares desses dados deram consentimento (inciso XII) com finalidade diversa.

Conforme se lê da definição acima colacionada, o consentimento é a manifestação livre pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. A finalidade para a qual foi dado o consentimento pelos titulares – em uma análise abstrata – seria para o acesso a serviços públicos de consumo de energia elétrica, uma finalidade diversa, portanto.

A LGPD dá grande destaque à obrigatoriedade do respeito à finalidade para a qual o consentimento foi dado, tratando do tema por diversas vezes. Nesse sentido, prevê:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

[...]

Dessa maneira, conforme se extrai da previsão legal, deve haver respeito à finalidade, à adequação e à necessidade no tratamento dos dados pessoais fornecidos por seu titular. Essa finalidade deve ser observada por todo o tratamento, não sendo possível utilização posterior desses dados para outra finalidade incompatível. Por outro lado, o tratamento deve ser realizado de maneira estritamente necessária para o cumprimento daquela finalidade informada.

Além disso, o texto legal elencou em seu artigo 7º as hipóteses em que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado, mencionando o consentimento pelo titular como a principal hipótese, dentre algumas outras. No entanto, compulsando o dispositivo se verifica que as outras possibilidades se revelam excepcionais, sendo exigidos requisitos complementares.

Nesse sentido prevê o art. 7º da LGPD:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Da leitura do dispositivo acima colacionado nota-se que, *a priori*, o propósito almejado pela Administração Pública não se enquadra nas outras hipóteses de tratamento de dados além daquela que exige o consentimento.

Poder-se-ia cogitar que a previsão do inciso III do art. 7º, que trata da possibilidade de tratamento de dados pessoais pela administração pública necessários para a execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, se aplicaria à hipótese aqui discutida.

E poderia. No entanto, o próprio dispositivo faz a ressalva de que nesse caso devem ser observadas as disposições do Capítulo IV da Lei Geral de Proteção de Dados, que versa sobre o tratamento de dados pessoais pela administração pública, prevendo em seu art. 23 alguns requisitos para que esse tratamento ocorra.

Nesse sentido, esse tratamento deve ser realizado (i) para o atendimento de sua finalidade pública, (ii) perseguindo o interesse público, (iii) com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que (iv) sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos.

Portanto, a finalidade específica para o tratamento e o livre consentimento informado permanecem sendo necessária, pois são a base para o tratamento dos dados pessoais, ainda que seja realizado pela Administração Pública.

O artigo 7º, §5º, da LGPD também traz importante previsão aplicável ao caso. O dispositivo estabelece que caso o controlador que obteve o consentimento do titular necessite comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas na Lei.

A título de complementação, foi editado em âmbito federal o Decreto nº 10.046/2019, para tratar sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal. O referido decreto foi objeto da ADI nº 6649, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2022, quando este Tribunal adotou o seguinte entendimento:

“Decisão: [...] No mérito, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos, conferindo interpretação conforme ao Decreto 10.046/2019, traduzida nos seguintes termos:

1. **O compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Pública, pressupõe:** a) eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento de dados (art. 6º, inciso I, da Lei 13.709/2018); b) **compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas** (art. 6º, inciso II); c) **limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada** (art. 6º, inciso III); bem como o cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados, no que for compatível com o setor público.

2. **O compartilhamento de dados pessoais entre órgãos públicos pressupõe rigorosa observância do art. 23, inciso I,** da Lei 13.709/2018, que determina seja dada a devida publicidade às hipóteses em que cada entidade governamental compartilha ou tem acesso a banco de dados pessoais, “fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos”.

3. O acesso de órgãos e entidades governamentais ao Cadastro Base do Cidadão fica condicionado ao atendimento integral das diretrizes acima arroladas, cabendo ao Comitê Central de Governança de Dados, no exercício das competências aludidas nos arts. 21, incisos VI, VII e VIII do Decreto 10.046/2019:

3.1. prever mecanismos rigorosos de controle de acesso ao Cadastro Base do Cidadão, o qual será limitado a órgãos e entidades que comprovarem real necessidade de acesso aos dados pessoais nele reunidos. Nesse sentido, a permissão de acesso somente poderá ser concedida para o alcance de propósitos legítimos, específicos e explícitos, sendo limitada a informações que sejam indispensáveis ao atendimento do interesse público, nos termos do art. 7º, inciso III, e art. 23, caput e inciso I, da Lei 13.709/2018;

3.2. justificar formal, prévia e minudentemente, à luz dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e dos princípios gerais de proteção da LGPD, tanto a necessidade de inclusão de novos dados pessoais na base integradora (art. 21, inciso VII) como a escolha das bases temáticas que comporão o Cadastro Base do Cidadão (art. 21, inciso VIII);

3.3. instituir medidas de segurança compatíveis com os princípios de proteção da LGPD, em especial a criação de sistema eletrônico de registro de acesso, para efeito de responsabilização em caso de abuso.

4. O compartilhamento de informações pessoais em atividades de inteligência observará o disposto em legislação específica e os parâmetros fixados no julgamento da ADI 6.529, Rel. Min. Cármen Lúcia, quais sejam: (i) adoção de medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (ii) instauração de procedimento administrativo formal, acompanhado de prévia e exaustiva motivação, para permitir o controle de legalidade pelo Poder Judiciário; (iii) utilização de sistemas eletrônicos de segurança e de registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização em caso de abuso; e (iv) observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular previstos na LGPD, no que for compatível com o exercício dessa função estatal.

5. O tratamento de dados pessoais promovido por órgãos públicos ao arrepio dos parâmetros legais e constitucionais importará a responsabilidade civil do Estado pelos danos suportados pelos particulares, na forma dos arts. 42 e seguintes da Lei 13.709/2018, associada ao exercício do direito de regresso contra os servidores e agentes políticos responsáveis pelo ato ilícito, em caso de culpa ou dolo.

6. A transgressão dolosa ao dever de publicidade estabelecido no art. 23, inciso I, da LGPD, fora das hipóteses constitucionais de sigilo, importará a responsabilização do agente estatal por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, inciso IV, da Lei 8.429/92, sem prejuízo da aplicação das sanções disciplinares previstas nos estatutos dos servidores públicos federais, municipais e estaduais.

Por fim, o Tribunal declarou, com efeito pro futuro, a inconstitucionalidade do art. 22 do Decreto 10.046/19, preservando a atual estrutura do Comitê Central de Governança de Dados pelo prazo de 60 dias, a contar da data de publicação da ata de julgamento, a fim de garantir ao Chefe do Poder Executivo prazo hábil para (i) atribuir ao órgão um perfil independente e plural, aberto à participação efetiva de representantes de outras instituições democráticas; e (ii) conferir aos seus integrantes garantias mínimas contra influências indevidas. Tudo nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), vencidos, parcialmente e nos termos de seus respectivos votos, os Ministros André Mendonça, Nunes Marques e Edson Fachin. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 15.9.2022.” (ADI nº 6649 – Julgamento 15/09/2022, DJE 26/09/2022)

Conforme se lê da decisão, o Supremo Tribunal Federal assentou que o compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Pública, pressupõe, dentre outros requisitos, a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas (art. 6º, inciso II) e a limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada. Assim, corroborou a importância trazida expressamente na redação legal do respeito à finalidade informada no momento do consentimento dado pelo titular dos dados pessoais.

Embora a discussão tratada no presente trabalho se refira ao compartilhamento de dados pessoais por concessionária de energia elétrica com a Administração Pública, o que difere do caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal, foi trazido o entendimento da Corte para ilustrar que até quando os dados já estão sob a guarda da Administração Pública será necessário respeitar a finalidade para a qual o dado foi coletado.

CONCLUSÃO

Assim, com base nos argumentos apresentados, entende-se que não é possível o livre compartilhamento dos dados pessoais entre a controladora, concessionária de energia elétrica, e a Administração Pública. No entanto, reputa-se possível que a concessionária de energia elétrica franqueie aos consumidores a possibilidade de fornecerem seu consentimento expresso ao compartilhamento de seus dados pessoais para finalidade

diversa, qual seja, a complementação dos cadastros públicos da Administração Pública, conforme o art. 9º, § 2º, da LGPD⁶¹.

Isso porque o ordenamento jurídico pátrio, em especial o direito fundamental à proteção dos dados pessoais e a LGPD, não autorizam o livre acesso a dados pessoais da população pela Administração Pública ao arrepio da finalidade para a qual foi dado o consentimento para coleta desses dados. No entanto, isso não inviabiliza de todo a possibilidade de que seja firmado um convênio para compartilhamento desses dados, sendo necessário nesse caso que os titulares dos dados pessoais deem novo consentimento que abranja a finalidade almejada pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS

CONGRESSO NACIONAL. **Lei Federal nº 13.709/2018**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 30/11/2023.

CONGRESSO NACIONAL. **Lei Federal nº 8.078/1990**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 30/11/2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6649**. Tribunal Pleno. Min. Rel. Gilmar Mendes. DJE 26/09/2022.

⁶¹ Art. 9º...

§ 2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

O DIREITO À CONTINUIDADE DO TRATAMENTO MÉDICO EM REDE NÃO REFERENCIADA AOS PORTADORES DE LEUCEMIA MIELOIDE AGUDA

GUILHERME AUGUSTO BRITO ANDRADE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados. Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade Damásio. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.⁶²

MARIZA FÁTIMA GONÇALVES⁶³

KARINE DOS SANTOS WIEDERKEHR⁶⁴

(coautores)

RESUMO: Este trabalho aborda a questão do acesso ao tratamento médico para pacientes com leucemia mieloide aguda em uma rede de saúde não referenciada ao seu plano de saúde. A relevância dessa temática está relacionada a necessidade de garantir o acesso ao tratamento para esses pacientes, que muitas vezes enfrentam dificuldades para obter o tratamento adequado. O objetivo é discutir aspectos orientadores que possam garantir a continuidade do tratamento médico para pacientes com leucemia mieloide aguda em uma rede de saúde não referenciada. A metodologia utilizada consistiu em revisão bibliográfica realizada a partir da análise de artigos científicos, livros e outras fontes relevantes sobre o tema. Os resultados mostram que é possível garantir o acesso ao tratamento médico para pacientes com leucemia mieloide aguda em uma rede de saúde não referenciada, mas que há desafios a serem superados. Entre eles estão a falta de informação sobre os direitos dos pacientes, a falta de fiscalização e a má administração dos recursos que financiam o sistema de saúde. Portanto, é necessário fortalecer a rede de saúde, garantir o cumprimento dos direitos dos pacientes e promover maior conscientização sobre a importância do acesso

62 E-mail: guilhermeandrade_787@hotmail.com

63 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade Damásio. Especialista em Direito da Infância e Juventude e Direito Constitucional pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Defensora Pública de Mato Grosso do Sul.

64 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal da Grande Dourados. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

ao tratamento médico para pacientes com leucemia mieloide aguda em uma rede de saúde não referenciada.

PALAVRAS-CHAVES: Leucemia mieloide aguda. Continuidade do tratamento. Rede de saúde não referenciada. Direitos dos pacientes. Acesso ao tratamento médico.

ABSTRACT: This work addresses the issue of access to medical treatment for patients with acute myeloid leukemia in a non-referenced healthcare assurance network. The relevance of this topic is linked to the imperative need to ensure access to appropriate treatment for these patients, who often encounter difficulties in obtaining the necessary medical care. The objective is to discuss guiding aspects that can ensure the continuity of medical treatment for patients with acute myeloid leukemia in a non-referenced healthcare network. The methodology employed involved a bibliographic review based on the analysis of scientific articles, books, and other relevant sources on the subject. The results demonstrate that it is feasible to guarantee access to medical treatment for patients with acute myeloid leukemia in a non-referenced healthcare network, but there are challenges to be overcome. These challenges include lack of information about patient rights, inadequate supervision, and mismanagement of resources funding the healthcare system. Therefore, it is imperative to strengthen the healthcare network, ensure compliance with patient rights, and promote greater awareness of the importance of access to medical treatment for patients with acute myeloid leukemia in a non-referenced healthcare network.

KEYWORDS: Acute Myeloid Leukemia. Treatment Continuity. Non-referenced Healthcare Network. Patient Rights. Access to Medical Treatment.

INTRODUÇÃO

Por tudo aquilo que conhecemos de mundo, até hoje não se conheceu outro animal que tenha evoluído tanto ao ponto de prolongar sua vida além dos seres humanos.

A teoria evolucionista de Charles Darwin traz a premissa de que os animais que não se adaptam às condições do local onde vivem tendem a desaparecer. E no que diz respeito a esta adaptação, a sobrevivência da vida humana atualmente é desafiada pelas neoplasias, popularmente conhecida como câncer, que seja por circunstâncias hereditárias, sociológicas ou habituais acarretam a mutação das células humanas, que passam a desempenhar suas funções de forma equivocada, e caso não se obtenha êxito no seu tratamento, causam a morte do paciente.

Em 2023, com a evolução da medicina, o diagnóstico de uma neoplasia não representa mais a morte do paciente, todavia além de trazer inquietações de ordem

psíquica e emocional à família, leva a uma corrida contra o tempo, na qual quanto mais cedo o diagnóstico e o início do tratamento, maiores são as chances de sua cura.

Embora o Brasil tenha um sistema de saúde universal, que ressalvadas as queixas quanto a má administração dos recursos que o financia, ainda é o grande responsável pelo tratamento de muitos brasileiros doentes, o foco desta discussão científica é a saúde suplementar, privada, cuja atividade é autorizada às operadoras de plano e seguros de saúde pelo artigo 199 da Constituição Federal, regulamentada pela Lei n. 9656/98 e fiscalizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Neste contexto, o artigo 1º da Lei 9656/98 afirma que os planos e seguros de saúde submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor, submissão esta que fortalece a garantia dos direitos nela regulamentados, por compreender que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo, principalmente aqueles hipervulnerabilizados pelas doenças que lhe acometem, diminuindo ao máximo a precarização de garantias e enrijecendo seu compromisso com a vida daqueles lhe confiaram a certeza de que teriam atendimento médico de qualidade em caso de necessidade.

Todavia essa confiança é diariamente quebrada frente ao tratamento cada vez mais restritivo que os planos de saúde têm dado à atuação médica, com a corriqueira negativa de cobertura de tratamento, mesmo nas hipóteses de cobertura obrigatória pelo rol de eventos em saúde da ANS.

Este trabalho propõe uma discussão quanto ao direito do paciente de leucemia mieloide aguda, pós transplante de medula óssea, a ter o direito a continuidade de seu tratamento, quando a rede referenciada vinculada ao seu contrato de plano de saúde já não dispõe de protocolos, recursos e profissionais aptos à continuidade de seu tratamento.

1. DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O DIÁLOGO DAS FONTES.

A Biomédica Drielly Fernandes da Silva, em seu artigo científico Leucemia Mielóide Aguda, publicado perante a Academia de Ciência e Tecnologia, descreve a Leucemia Mielóide aguda como sendo:

“uma doença caracterizada pela expansão clonal, heterogênea e progressiva do tecido hematopoiético, causada pela alteração da célula-tronco, que provoca proliferação anormal de células progenitoras da linhagem mielóide, associada à perda da capacidade de diferenciação, ocasionando produção insuficiente de células sanguíneas maduras normais, com conseqüente substituição do

tecido normal. Desse modo ocorre o predomínio de células imaturas na medula óssea (mieloblastos) podendo apresentar de formas indiferenciadas ou parcialmente diferenciadas, podendo invadir ou não a circulação periférica. Devido a essa proliferação intensa das células leucêmicas na medula óssea o tecido hematopoiético normal remanescente passa a ser substituído por várias células leucêmicas [...]. A LMA é uma neoplasia fatal quando não tratada é a morte geralmente é consequência da pancitopenia (anemia, sangramento ou infecção decorrente de resposta imune eficaz), resultante da substituição da medula óssea por mieloblastos⁶⁵.

O seu diagnóstico se dá através do exame de imunofenotipagem, que analisa a linhagem celular e a maturação das células nas neoplasias hematológicas. A confirmação da leucemia mieloide aguda acontece quando o resultado do exame apresenta percentual de células blastos 20% (vinte por cento) superior aos índices de referência. Confirmado o diagnóstico de leucemia mieloide aguda, seu tratamento em primeiro plano se dá através de quimioterapia e transplante de medula óssea.

Quando o portador de leucemia mielóide aguda detém um contrato de prestação de serviços de saúde, com uma operadora ou seguradora de planos de saúde, seu tratamento está adstrito a uma rede pré estabelecida de profissionais e hospitais previamente conveniados, e o tratamento geralmente se inicia nesta rede de atendimento.

Embora as operadoras de plano de saúde tenham construído uma boa rede de atendimento aos seus clientes na região de abrangência de seu contrato, em alguns casos a especificidade da condição clínica do paciente exige que seu tratamento se dê fora de seu domicílio, nos moldes do artigo 5º da Resolução Normativa 566, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, abaixo transcrita:

Art. 5º Na hipótese de inexistência de prestador, seja ele integrante ou não da rede assistencial, que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir atendimento em:

65 SILVA. Drielly Fernandes. Leucemia Mielóide Aguda. Academia de Ciência e Tecnologia. 2012. p. 1. Disponível em https://www.ciencianews.com.br/arquivos/ACET/IMAGENS/biblioteca-digital/hematologia/serie_branca/leucemias_linfomas_mieloma/leucemias/9-Leucemia-mieloide-aguda.pdf. Acesso em 01/12/2022, às 20h10.

I - prestador integrante ou não da rede assistencial nos municípios limítrofes a este; ou

II - prestador integrante ou não da rede assistencial na região de saúde à qual faz parte o município.

§ 1º Na inexistência de prestadores nas hipóteses listadas nos incisos I e II deste artigo, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitados os prazos fixados no art. 3º.

Portanto, diante da necessidade do encaminhamento do paciente a tratamento fora do domicílio a ANS lhe garante o direito de receber tratamento seja com prestador integrante ou não da rede assistencial do plano de saúde, e, quando o tratamento se dá além dos municípios limítrofes ou à região de saúde da abrangência contratual, a operadora ainda é responsável pelo pagamento de transporte e hospedagem do consumidor.

Contudo, embora a resolução seja expressa quanto ao direito do consumidor neste aspecto, quando o quadro do paciente de leucemia mieloide aguda não evolui favoravelmente, e já não há mais prestador integrante da rede assistencial na área geográfica de abrangência do contrato para continuidade do seu tratamento, as operadoras de plano de saúde tendem a negar a cobertura do atendimento, em prejuízo ao restabelecimento da sua saúde, mesmo quando há indicação médica para continuidade do tratamento em local diverso, inclusive com prestador não conveniado.

E, diante desta negativa, como o consumidor deve agir? Quais são seus direitos e garantias?

Como dito anteriormente a relação entre operadora/seguradora de plano de saúde e consumidores configurada uma relação de consumo, e neste aspecto o artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor afirma que é direito básico do consumidor a informação adequada sobre os diferentes produtos e serviços.

Por conseguinte, conforme esclarecido por Andrade, "o inciso IV do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor institui a transparência e a boa-fé no fornecimento dos produtos e serviços, que, em raciocínio conjugado com o artigo 4º, caput, CDC, expandem

a exigência da boa-fé aos agentes contratuais tanto nos aspectos pré-contratuais, como formação e execução dos contratos de consumo⁶⁶”.

Ainda, sob o viés da literatura médica, entende-se que o paciente de leucemia mielóide aguda esta em situação de emergência médica porque a ausência de tratamento médico pode causa-lo lesões irreparáveis, e portanto a cobertura do seu atendimento deve ser obrigatória pela operadora de plano de saúde, em conformidade com o artigo 35-C da Lei 9.656/98:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

- I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;
- II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;
- III - de planejamento familiar.

E no mesmo sentido, aqueles pacientes que por ventura tenham sido tratados com transplante de medula óssea também tem seu tratamento médico garantido, de forma obrigatória, em razão do artigo 20, §4º da resolução normativa 465 de 7 novembro de 2021 da Agência Nacional de Saúde Suplementar:

“Artigo 20, §4º: os exames e procedimentos pré e pós-transplantes, para fins das disposições da RN n. 259, de 17 de junho de 2011, são considerados procedimentos de urgência e emergência”.

Portanto, a negativa à cobertura contratual do tratamento médico solicitado pelo médico assistente configura defeito na prestação do serviço, a ser reparado pelo Poder Judiciário, nas hipóteses em que o consumidor contratou plano-referência de saúde, com cobertura médico-ambulatorial e hospitalar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas no rol de eventos em saúde da Agência de Saúde Suplementar - ANS.

Identificada a lesão ao consumidor, pertinente à negativa de autorização de procedimento prescrito por profissional responsável, O Código de Processo Civil afirma no

⁶⁶ ANDRADE, Guilherme Augusto Brito. *O contrato de timesharing sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 out 2023, 04:35. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/63562/o-contrato-de-timesharing-sob-a-tica-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 03 dez 2023.

artigo 19, I que o consumidor tem direito à declaração da modo de ser de uma relação jurídica, garantindo a ele a legitimidade de agir em desfavor da operadora de plano de saúde no campo jurídico.

Logo, a responsabilidade da operadora de plano de saúde emerge incontestável, quando do exame dos elementos de formação do contrato e sua respectiva informação e expectativa objetiva, negou sua solicitação.

Não obstante, configurada a relação de consumo, cujas normas devem sempre ser interpretadas de forma mais benéfica ao consumidor, nos moldes da teoria do diálogo das fontes, estudada no Brasil pela Professora Cláudia Lima Marques, que em resumo afirma que diante de lesão ao direito do consumidor, as normas a serem aplicadas na solução de seu litígio não devem ser analisadas de modo isolado, mas em todo o seu conjunto, na medida que venha a trazer benefícios à satisfação do seu direito, e, o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, não se pode emitir julgamento restritivo, no sentido de tolher a autorização de atendimento médico, ambulatorial, de natureza terapêutica em caráter de urgência e emergência, quando a situação fática do consumidor foge à regra dos procedimentos administrativos, quando a legislação vigente no país, dentre elas, de natureza infra legal, buscam o cobertura contratual, de acordo com os interesses dos beneficiários de plano de saúde.

Nas palavras do professor Flávio Tartuce, “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierarquia, especialidade e cronologia). Realmente, esse será o seu papel no futuro⁶⁷”.

Neste sentido, através desta teoria, afasta-se a aplicação do pacta sunt servanda aos contratos, buscando-se que sua execução esteja de acordo com seu fim social, tanto que a execução do contrato alheia à sua função social passa a ser ato ilícito, nos termos do artigo 187 do Código Civil: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Desta forma, a negativa oferecida ao consumidor trata-se de abusividade contratual quando o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, veda em seu inciso II, a recusa do atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos costumes.

67 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 2. ed. ver., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 66.

Entretanto, é crucial abordar a hermenêutica do Código de Defesa do Consumidor (CDC) de maneira abrangente, considerando sua concepção global. Isso engloba a análise do artigo 51, que trata das nulidades automáticas devido a cláusulas abusivas. O referido artigo proíbe obrigações que prejudiquem excessivamente o consumidor, sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor e restrinjam direitos ou obrigações fundamentais relacionadas à natureza do contrato, ameaçando seu objeto ou equilíbrio contratual⁶⁸.

Faz-se necessário observar, também, o Princípios da Eiticidade da formalização do contrato, que segundo Paula Ferraresi Santos, ele norteia toda a aplicação do Código Civil e do Princípio da Boa-fé dos contratantes, de origem consumerista, mas que também acabou sendo explicitado pelo Arts. 113 e 422 da legislação civil codificada, de aplicação não só para a execução do contrato como também para as fases pré e pós-contratual⁶⁹.

Partindo-se da premissa que caminhamos para uma interpretação extensiva das normas que regulamentam direitos e deveres de consumidores e operadoras de planos de saúde, quando estas trouxeram à realidade pátria a possibilidade de garantir a integralidade cobertura aos tratamentos médicos, sejam eles de caráter ordinário ou extraordinário (como é caso enfrentado pelo consumidor), sua intenção sempre foi sua proteção, garantindo aos beneficiários a manutenção de sua vida.

Caso o *animus* das próprias normas fosse de limitação do direito e acesso à saúde, em prejuízo à manutenção da vida do beneficiário do plano de saúde, estaríamos diante de uma violação constitucional em seu âmago, que merece imediata reação perante o Poder Judiciário.

Relacionando-se o fato com sua causa final, buscando o sentido e o alcance da norma, de forma mais benéfica ao consumidor hipossuficiente, em cumprimento, também, à teoria do diálogo das fontes, entende-se ser possível e de direito, que os consumidores que se encontrem nesta situação obtenham a concessão da providência judicial, garantindo a continuidade do tratamento médico em rede não credenciada.

2. DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Brasileira, e para garantir o pleno exercício desta dignidade o direito à vida tornou-se direito fundamental, conforme extrai-se do artigo 5º da Constituição Federal, norma esta que também é

68 IBIDEM 5.

69 SANTOS, Paula Ferraresi. Responsabilidade Civil e Teoria da Confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar. Revista de Direito Privado, vol. 13, n. 49, jan/2012, p. 213.

fundamento das relações entre consumidoras e operadoras de seguro/planos de saúde, por considerar que ninguém se submete à referida relação contratual se não tivesse interesse no restabelecimento de sua saúde, vindo a ser atendido pela sua rede profissional quando precisar.

Neste particular, conforme narrado no início do artigo, as operadoras de plano de saúde afirmam que suas negativas de atendimento têm previsão legal e contratual, todavia tanto a lei de regência, as normativas da ANS e a atual interpretação jurisprudencial do rol de procedimentos em saúde atestam que havendo previsão contratual para o tratamento da doença, o plano de saúde não tem direito de negar cobertura contratual à solicitação médica.

Com a comprovação do diagnóstico de leucemia mieloide aguda, o consumidor não pode ser privado do tratamento, pelo uso de subterfúgios inerentes à discussão jurídica do direito do consumidor, com intuito muitas vezes de protelar a cobertura contratual até que o quadro de saúde do consumidor agrave-se ou torne-se irreversível.

Conforme dito alhures, a negativa oferecida ao consumidor trata-se de defeito na prestação de serviço, colocando em risco a sua saúde do consumidor, e submete-o ao agravamento de seu quadro clínico, pela falta de continuidade de seu tratamento, no prazo estipulado pelo médico que lhe acompanha.

Dentro do direito do consumidor Rizzatto Nunes conceitua defeito e vício na prestação do produto e do serviço da seguinte forma:

“Defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa intrínseca ao serviço (ou ao produto), que cause um dano maior que simplesmente o mal funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o serviço (ou produto) não cumpriu o fim ao qual se destinava, etc. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral do consumidor⁷⁰”.

Assim, por tratar-se de defeito na prestação do serviço, entende-se que a responsabilidade das operadoras de plano de saúde é objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, leia-se:

70 NUNES. Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358.

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Ou seja, levando-se em consideração que toda responsabilidade civil advém de um liame obrigacional, quando o CDC afirma que há responsabilidade civil pelos danos causados, em interpretação reversa, é hialina a interpretação de que o plano de saúde está obrigado a autorizar e arcar com os custos da consulta médica e procedimentos necessários, previamente agendados, fora do âmbito territorial de cobertura.

Levando-se em consideração que o contrato firmado é instrumento privado que prevê direitos e deveres a ambos os contratantes, caso as operadoras de plano de saúde desejassem que seu conteúdo fizesse “lei entre as partes”, conforme aduz o princípio do *pacta sunt servanda*, deveriam oferecer alternativa aos consumidores no próprio instrumento contratual, quando seus conveniados se declaram inaptos para atender o paciente.

Disposições contratuais e estatutárias (nos casos das operadoras de plano de saúde de autogestão) que excluem a cobertura do tratamento prescrito pela equipe médica, que diagnosticou o consumidor, tratam-se de claro exemplo de quebra da boa-fé objetiva do contrato, pois, ao contratar um plano de saúde de natureza individual/familiar, coletiva ou coletiva por adesão, a primeira expectativa é de que o mesmo preveja cobertura de todos os eventos futuros que vier a necessitar, ou, no caso em questão, que seja autorizado os atos acessórios necessários à prestação do serviço, a ser realizada com profissional não conveniado.

Por esta razão, o artigo 51 do mesmo dispositivo de lei acima mencionado, continua manifestando que,

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

A conduta dos planos de saúde perante o consumidor mostra-se exagerada, iníqua e abusiva, quando tem-se a premissa que a natureza de sua prestação de serviço é justamente garantir o êxito no tratamento dos portadores de leucemia mieloide aguda, independentemente de onde o tratamento deva ser feito.

Desta forma, negar atendimento no momento em que consumidor corre risco e danos irreversíveis, sob o fundamento de um contrato de adesão, o consumidor também direito de requerer ao Poder Judiciário a nulidade de eventual cláusula contratual que vede o atendimento e tratamento fora da rede referenciada, restabelecendo o equilíbrio contratual, nesta relação de consumo.

A jurisprudência se manifesta no sentido da inaplicabilidade de cláusulas contratuais que venham a tolher os direitos dos consumidores em eventos futuros incertos e não sabidos, vejamos:

TJSP - EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL PLANO DE SAÚDE Ação julgada improcedente por entender que a ré não deve ser compelida a cobrir procedimento cirúrgico realizado por médico não credenciado Inadmissibilidade Honorários de médico não credenciado que serão custeados pelo autor. Não é dado à seguradora negar procedimento em razão do solicitante não pertencer à rede credenciada Inteligência do art. 2º, inciso VI da Resolução n. 8 do CONSU Recurso provido. (TJSP – Apelação Cível n. 0030359-94.2013.8.26.0577. Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves. 2ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 20 de outubro de 2015).

A doutrina também é uníssona ao reconhecer que o direito à saúde é um bem personalíssimo, indisponível e indivisível, não confundindo-se como mercadoria, de modo que há limites à execução dos contratos de plano/seguro de saúde, os quais devem sempre priorizar a busca no restabelecimento da saúde do seu consumidor, independentemente das eventuais vantagens econômicas.

Portanto, cientes de que existem inúmeros abusos na execução dos contratos de plano de saúde, com infundadas negativas de atendimento às solicitações médicas, os órgãos administrativos de defesa do consumidor, sozinhos, já mostraram-se ineficazes ao controle da operadoras de plano e saúde, motivo pelo qual se vê cada vez mais a busca do

Poder Judiciário para satisfação destes direitos, tanto que Nelson Nery Júnior, que também participou da redação do Código de Defesa do Consumidor, afirmou que "uma das formas de tutela contratual do consumidor é a que se realiza mediante o controle das cláusulas gerais dos contratos. Esse controle pode ser efetivado administrativamente ou pela via judicial. Tanto num como noutro caso, o controle pode ser abstrato ou concreto⁷¹".

Neste aspecto, apresenta-se ilegal não garantir a continuidade do atendimento aos portadores de leucemia mielóide aguda, na exata requisição do médico assistente, principalmente quando ele já não vê capaz de auxiliar a cura do paciente, e indica sua continuidade em rede não credenciada ao plano de saúde.

E, importa ressaltar que judicialização mostra-se necessária para garantir seus direitos básicos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: a proteção contra cláusulas abusivas, o direito de informação expressa sobre o objeto do contrato, conforme prevê seu artigo 6º, em seus incisos III e IV.

Assim, esta norma deve ser muito mais balizada em matéria de plano de saúde, vez que diretamente ligada ao direito à vida, sendo que qualquer obscuridade que possa surgir deve ser repelida do mundo jurídico.

Diante do diagnóstico do consumidor, não há como tolerar a submissão a dispositivo contratual que contrarie a legislação vigente em detrimento de sua saúde e qualidade de vida, dispositivo este usado em seu desfavor, pelo plano de saúde para não autorizar os procedimentos e consultas requeridos pela sua equipe médica.

3. DO DESCUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES SOCIAIS DO CONTRATO.

De acordo com Andreza Cristina Baggio "nas relações de consumo, é a valorização da confiança depositada no vínculo e a boa-fé das partes contratantes que tornam objetiva a proteção da vontade, e criam inclusive um novo fundamento para a força obrigatória do contrato⁷²."

71 JÚNIOR. Nelson Nery. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, Forense Universitária, 6ª edição, p.454/455.

72 BAGGIO. Andreza Cristina. O Direito do Consumidor Brasileiro e a Teoria da Confiança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 95.

Em reforço a este posicionamento, o STJ ao julgar o Resp. nº 1014547-DF, entendeu que o contrato deve cumprir sua função social, e está somente é cumprida quando o contrato atingir sua finalidade⁷³.

Neste ínterim, quando analisamos os contratos de prestação de serviços de saúde, chegamos à conclusão que sua função social é a preservação da vida, conforme também observado pelo Tribunal do estado de São Paulo, ao julgar o Agravo de Instrumento 520.683-4/5-00.

O Egrégio Tribunal do Estado de Mato Grosso do Sul também já deixou consignado⁷⁴ que o enunciado 409 da V jornada de Direito Civil, qual determina que os contratos devem ser interpretados em conformidade com a boa-fé, usos do lugar da celebração, bem como de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes, deve ser respeitado nas relações contratuais.

Cabe ainda ressaltar as lições do mestre Orlando Gomes⁷⁵, qual leciona que a boa-fé se traduz em lealdade, confiança, e colaboração nas tratativas contratuais.

Por conseguinte, quando a operadora de plano de saúde já custeou o tratamento médico do consumidor através de tratamento fora do domicílio, custeando, inclusive, tratamento antineoplástico de alto custo para o plano, infere-se que sua conduta contratual cria expectativa da continuidade do tratamento médico no consumidor.

Portanto, a atitude do plano de saúde ao negar a autorização para continuidade do tratamento de saúde do consumidor, no nosocômio adequado, além de representar uma falha na prestação de serviços, afronta a legislação consumerista e constitucional, rompe também com o direito civil, ferindo o princípio da função social do contrato, bem como o princípio da confiança, transparência.

4. DO SISTEMA UNIMED.

A realidade brasileira ainda trás uma especificidade quanto aos planos de saúde, no que diz respeito à cooperativa de trabalho médico, UNIMED. Cooperativa esta presente em todos os Estados brasileiros, que, somando-se todas as cooperativas vinculadas ao sistema, talvez torne-se o maior plano de saúde em operação nacional.

⁷³ Resp. nº1.014.547-DF, rel Min Joao Otavio de Noronha, 25.08.20009

⁷⁴ Ap. Civil 2001.003925-0/0000-00 , rel Des. Hibernando Coelho Neto- Data de julgamento 11/11/2003.

⁷⁵ GOMES. Orlando. Teoria Geral dos Contratos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973. 5ª Ed. p. 49.

Embora ela esteja presente em todos os Estados brasileiros, sua organização se dá de forma regionalizada, dividida em graus, representados pelas denominações: Singulares, Federações, Central Nacional Cooperativa Única e Confederação Nacional Única, cada um deles com níveis diferentes de cobertura contratual.

Conforme informações obtidas em seu sítio eletrônico:

“Singulares representam o primeiro grau de atendimento e destinam à prestação de serviços aos associados, constituídas por médicos, e com área de ação em um ou mais municípios. Federações e Central Nacional Cooperativa Única representam o segundo grau de atuação: a primeira é destinada à prestação de serviços, ao monitoramento das atividades e à representação político-institucional das singulares associadas, podendo ainda operar planos de saúde; a segunda constitui-se por Federações e Cooperativas Médicas Singulares de Trabalho Médico Unimed e, excepcionalmente, por uma Central Cooperativa Odontológica, destinada à operação de planos de saúde, observadas às normas de comercialização e à prestação de serviços a suas associadas. Por fim, a Confederação Nacional Única, constituída exclusivamente por Federações e pela Cooperativa Central Nacional, destinada à prestação de serviços a elas e às Singulares, bem como a representação político-institucional da marca em todo o território nacional”⁷⁶.

Portanto, embora todas as UNIMED’S nacionais pertençam ao mesmo sistema, seus consumidores são setorizados, de modo que a existência de um profissional credenciado num destes graus de atendimento não garante que os clientes do Sistema Unimed possam por ele ser atendido, apenas aqueles cujo contrato preveja a prestação do serviço naquela estrutura.

Ou seja, por mais que sejam pessoas jurídicas distintas, todas as UNIMED’S pertencem ao mesmo sistema cooperativo, que possui credibilidade nacional, decorrente da propaganda conjunta do grupo empresarial, o que acaba por atrair maiores clientes ao seu serviço.

Portanto, entende-se que os métodos de gestão de contratos, orientados pela divisão de bases geográficas, não pode determinar a restrição de atendimento ao consumidor, porque, se o tratamento prescrito pelo médico assistente é fornecido em rede credenciada a outra Cooperativa do Sistema, deve entender-se que o credenciamento do

⁷⁶ Disponível em: <https://www.unimed.coop.br/site/sistema-unimed> . Acesso em 03/12/2023.

profissional é estendido a todos os consumidores Unimed, independentemente de onde seja sua base cooperativa.

Tal questão já foi analisada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nas Apelações Cíveis 11116397520158260100 e 11017974220138260100, entendendo ser evidente, em razão do convênio de atendimento existente entre as várias cooperativas Unimed's, todas pertencem ao mesmo grupo, e são afetadas por relação de reciprocidade e colaboração. Ainda, no que pertine à oferta, vislumbra-se um sistema que é apresentado ao consumidor como nacional, vendendo a nítida imagem de cobertura em todo o território brasileiro, com intercâmbio de atendimento entre as cooperativas, que pela teoria da aparência demonstra-se a existência de solidariedade entre as diversas cooperativas do grupo UNIMED.

Sobre o tema:

PLANO DE SAÚDE – ILEGITIMIDADE DE PARTE – UNIMED PAULISTANA e CENTRAL NACIONAL UNIMED – Preliminares que se confundem com o mérito, com que são examinadas – Preliminares rejeitadas. PLANO DE SAÚDE – Ação cominatória promovida por beneficiários de plano de saúde por remissão aderente de unidade da Unimed Paulistana – Menor portador de "neoplasia maligna", beneficiário do plano de saúde por remissão, realizando tratamento no Hospital Centro Infantil Dr. Domingos A. Boldrini – Atendimento suspenso pela operadora sob a alegação de que o plano contratado foi alterado de Nacional para Regional, não abrangendo o referido nosocômio – Abusividade – Alegação da Unimed Central de que o contrato foi celebrado apenas entre os autores e a Unimed Paulistana – Legitimidade de ambas, presente – Cooperativas autônomas, mas interligadas, constituindo grupo econômico – Empresas que figuram como comprometentes em Termo de Ajustamento de Conduta Subdivisão das Unimed's em diversas unidades, e que não podem criar dificuldades no momento da prestação do serviço quando em tratamento de saúde o aderente – Precedentes deste Tribunal – Direito do beneficiário a ser mantido no plano de saúde e dar continuidade ao tratamento no referido nosocômio – Irrelevância de os beneficiários fazerem jus a remissão da contraprestação em virtude do falecimento do titular do plano – Termo de ajustamento de conduta firmado pelas corrés que não os exclui, por estarem nessa condição – Sentença que julga procedente em parte a ação para esse

fim, mantida. DANO MORAL – Suspensão do contrato estando um dos autores em pleno tratamento de patologia grave – Configuração – Indenização devida – Quantum indenizatório mantido, mesmo porque fixado em valor módico, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – Sentença que assim decide, mantida. Apelos não providos. (TJ-SP 11116397520158260100 SP 1111639-75.2015.8.26.0100, Relator: João Carlos Saletti, Data de Julgamento: 28/11/2017, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/01/2018).

PLANO DE SAÚDE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONSUMIDOR - PACIENTE COM CÂNCER DO SEIO MAXILAR COM METÁSTASE NOS PULMÕES – ESPÉCIE RARA COM NECESSIDADE DE TRATAMENTO EM HOSPITAL PAULISTANO ESPECIALIZADO – CONVÊNIO COM UNIMED MINAS GERAIS - NEGATIVA DE CONTRATAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE DE CATEGORIA SUPERIOR DA UNIMED PAULISTANA EM RAZÃO DA RESIDÊNCIA DO PACIENTE FORA DA ÁREA DE ATUAÇÃO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – CONSUMIDOR PODE CONTRATAR PLANO SUPERIOR AO SEU COM PAGAMENTO DO PRÊMIO RESPECTIVO – REDE INTERLIGADA DE COOPERATIVAS DA UNIMED – DIREITO AO TRATAMENTO ESPECIALIZADO EM NOSOCOMIO DE REFERÊNCIA ANTE À INEXISTÊNCIA DE PROFISSIONAIS CAPACITADOS NA REGIÃO DO PLANO DE ORIGEM - (SÚMULAS 99, DO TJSP)- SENTENÇA MANTIDA. Deve ser mantida sentença que obrigou a ré a aceitar a contratação pelo consumidor de plano de saúde superior ao seu em Unimed de outro Estado, pois inexistente equipe especializada na região do plano a que é conveniado. Inteligência da súmula 99, do TJSP. Inadmissível exigência de carência na migração para categoria superior. Marca nacional da Unimed conhecida pelos consumidores. Precedentes que reconhecem o grupo econômico e a solidariedade das cooperativas Unimed do país. Sentença mantida. RESULTADO: apelação desprovida. (TJ-SP - APL: 11017974220138260100 SP 1101797-42.2013.8.26.0100, Relator: Alexandre Coelho, Data de Julgamento: 21/10/2015, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/10/2015).

É entendimento sedimentado nos Tribunais de Justiça que as pessoas jurídicas de direito privado denominadas "UNIMED'S", ainda que formalmente constituídas como cooperativas de trabalho médico distintas, formam um grupo econômico com idêntica

matriz de propósito e atuação, diferindo tão somente quanto às respectivas áreas de cobertura regional. Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL. Plano de saúde. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Empresas que figuraram como compromitentes em Termo de Ajustamento de Conduta. Inépcia da inicial. Inocorrência. Indicação do valor referente aos danos morais é estimativa. Serviço de home care e tratamento de neoplasia interrompidos em decorrência da liquidação extrajudicial da Unimed Paulistana, operadora da qual são beneficiários. Pedido de migração de plano de saúde com manutenção dos termos do contrato originário firmado, bem como de indenização por danos morais. Sentença de parcial procedência. Interrupção abrupta dos serviços que causou evidente abalo moral, bem como colocou em risco a vida dos autores, que sofrem de graves patologias. Indenização mantida. Quantum indenizatório reduzido. Condenação individualizada. Recursos parcialmente providos.” (Apel. nº 1030318-24.2015.8.26.0001, 2ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Joaquim José dos Santos, j.02.09.2017).

De igual sentir decisões do Colendo superior Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA EM FACE DA UNIMED, BEM COMO DA ALIANÇA COOPERATIVISTA NACIONAL UNIMED, OBJETIVANDO O PAGAMENTO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO CONTRATADA ATRAVÉS DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA. PELA PRIMEIRA RÉ. ACOLHIMENTO. SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO E QUE MERECE SER ANULADA, EM RAZÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA, QUE DEVE SER APLICADA AO CASO DOS AUTOS. PROVIMENTO DO RECURSO. “Não merece prosperar a alegação trazida pela ré, acolhida pela ilustre Magistrada sentenciante, de que a Aliança Cooperativa Nacional Unimed e a Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda, são pessoas jurídicas distintas, com CNPJ diferentes, tendo em vista a incidência da Teoria da Aparência, que entendeu devesse ser aplicada ao caso dos autos. Verifica-se da documentação acostada aos autos pela autora, mais notadamente do contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares juntado às fls. 13/32, constar o logotipo da Unimed em

todas as páginas integrantes do contrato, pelo que não pode a ré ser considerada como parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente demanda. Frise-se, por oportuno, que o entendimento já sedimentado neste Egrégio Tribunal de Justiça, é no sentido de que a ré integra o mesmo conglomerado econômico - Sistema Cooperativo Unimed, dando azo, assim à responsabilidade solidária entre ambas quanto à prestação de atendimento médico-hospitalar” (STJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 1151856 RJ - Min. Sidnei Beneti j. 26.02.2010) grifei.

Quando a negativa de atendimento advir de consumidor de plano de saúde UNIMED, deve entender-se que há solidariedade entre as cooperativas, motivo pelo qual sequer pode-se afirmar em inexistência de rede credenciada para tratamento do consumidor, mas sim que o tratamento terá continuidade sob gestão e responsabilidade de outra cooperativa, do mesmo grupo econômico, sediada em local diverso da base contratual originária, porque resta caracterizado um verdadeiro grupo econômico.

Portanto, analisando o direito dos consumidores pelo viés da teoria da aparência, se todas as cooperativas médicas são aglutinadas com o mesmo nome (UNIMED), juridicamente também devem ser tratadas como uma única fornecedora, porque sua divisão administrativa não deve representar um entrave à satisfação do direito em juízo, sob risco de enfraquecer a segurança e finalidade jurídica da prestação do seu serviço.

CONCLUSÃO.

O direito do consumidor brasileiro é um dos mais vanguardistas do mundo a nível de proteção de sua população, tanto que ele se chama Código de Defesa do Consumidor e não tão somente Código do Consumidor, e tal diferença, já no seu próprio nome, nos permite concluir que o consumidor brasileiro foi considerado como vulnerável na relação de consumo, e portanto, análise jurídica dos seus litígios tem presunção de veracidade, tanto que para sua defesa em juízo foi criada a possibilidade da inversão do ônus da prova, seja em caráter *ope judicis* (decorrente da análise do caso em concreto ou *ope legis* (decorrente da própria lei).

Todavia é preciso se ter em mente que a existência do direito, por si só, não perfaz na garantia do pleno exercício deste direito, principalmente quando estamos diante de uma relação jurídica que envolve planos e seguros de saúde.

No que diz respeito ao mercado de consumo brasileiro, nos acostumamos a presenciar violações de direitos que não são devidamente responsabilizadas pelos órgãos administrativos de controle ou pelo próprio Poder Judiciário, até mesmo porque, o próprio

desenvolvimento da jurisprudência passa pelos tribunais superiores que além do próprio direito posto a julgamento, também analisam as consequências políticas de seus veredictos, até mesmo porque, o direito do consumidor não está alheio aos princípios econômicos trazidos pela própria Constituição Federal e muitas vezes envolve toda uma cadeia a qual consumidores, trabalhadores, empresários e impostos que sustentam toda nossa estrutura de Estado.

E diante disso tudo, o único artifício ao consumidor para fazer valer seus direitos é o conhecimento de toda proteção normativa que a lei lhe concede. O conhecimento emancipa o consumidor de toda violação de direitos, é a sua única salvação diante de tantas políticas administrativas dos prestadores e fornecedores de produtos e serviços criadas com o único propósito de lesar os seus interesses.

No caso dos pacientes de leucemia mieloide aguda, muitas vezes sua submissão a transplante de medula óssea como tratamento lhe traz uma condição específica em todo seu quadro clínico e nas perspectivas de tratamento existentes a lhe ser administradas, de modo que nem todo centro médico tem condições de atendê-lo.

Neste momento, o que se deve ter em mente é que independentemente do tratamento que venha a ser eleito pela equipe médica, o paciente tem o direito à continuidade do seu tratamento, em qualquer centro de médico, seja ele referenciado ou não ao seu plano de saúde.

E portanto, diante de negativa de cobertura, o consumidor, ciente de seus direitos, deve procurar um Advogado ou Defensor Público o mais rápido possível, para que diante dos relatórios médicos lhe apresentados eleja qual a melhor via processual a assegurar a garantia do cumprimento do contrato perante o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS.

ANDRADE, Guilherme Augusto Brito. *O contrato de timesharing sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor* Conteudo Juridico, Brasília-DF: 24 out 2023, 04:35. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/63562/o-contrato-de-timesharing-sob-a-tica-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>.

BAGGIO. Andreza Cristina. *O Direito do Consumidor Brasileiro e a Teoria da Confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES. Orlando. *Teoria Geral dos Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973. 5ª Ed.

JÚNIOR. Nelson Nery. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, Forense Universitária, 6ª edição.

NUNES. Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Paula Ferraresi. Responsabilidade Civil e Teoria da Confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar. Revista de Direito Privado, vol. 13, n. 49, jan/2012.

SILVA. Drielly Fernandes. Leucemia Mielóide Aguda. Academia de Ciência e Tecnologia. 2012. Disponível em https://www.ciencianews.com.br/arquivos/ACET/IMAGENS/biblioteca-digital/hematologia/serie_branca/leucemias_linfomas_mieloma/leucemias/9-Leucemia-mieloide-aguda.pdf .

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 2. ed. ver., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

DIREITO E CINEMA: JÚRI, PROTEÇÃO INTEGRAL E SUPERENDIVIDAMENTO. O DIREITO SENDO VISTO E ASSIM DEBATIDO POR E PARA A SOCIEDADE

REBECCA DA SILVA PELLEGRINO PAZ⁷⁷

RESUMO: A partir de um método indutivo e dialético, com análise bibliográfica e de filmes, traça-se relações jurídica em filmes e documentário, o presente estudo navega sobre a relação que o Direito pode ter com a sétima arte. Indo além de uma perspectiva estática aborda-se a fundamentalidade que o "ser" e o "dever ser" se encontrem e possam caminhar juntos de modo que a sociedade passe a entender o Direito e ao mesmo tempo o Direito possa receber os influxos da massa social. Nessa toada focou-se em gêneros diversos para demonstrar-se que assuntos do âmbito criminal, infracional e até mesmo do Direito do Consumidor podem sim ter como ponto de encontro a sala de cinema. Quando o cidadão é posto de frente com questões como a imparcialidade do júri bem como o fenômeno do superendividamento mudanças sociais tornam-se questão de dias. O Direito não foi feito para ser enclausurado em paredes universitárias, pelo contrário. Por meio deste estudo resta evidente que alterações paradigmáticas advém de pequenos debates sociais que só são possíveis quando o "juridiquês" é posto de lado e o Sistema jurídico se abre para novos influxos.

PALAVRAS CHAVES: Cultura; Cinema; Imparcialidade; Júri; Superendividamento; Proteção Integral

INTRODUÇÃO:

"A cultura é uma coisa apavorante para os ditadores." Com essa frase Antonio Lobo Antunes demonstra que o estímulo à cultura é capaz de alterar o paradigma social e político de um país.

Acrescentamos à interpretação do autor a possibilidade de que a cultura modifique o paradigma jurídico de uma sociedade. Até porque, é notório que o direito, como sistema autopoietico que é nas palavras de Luhman, requer também elementos externos para seguir evoluindo.

Trouxemos a baila obras cinematográficas que se fizeram presente nas mais diversas áreas jurídicas. Se os reflexos da mídia sobre os julgamentos podem se fazer presente na

77 E-mail: pellegrinorebecca@gmail.com

Italia ou no Brasil melhor maneira não haveria que analisá-lo por meio de uma obra onde qualquer pessoa é capaz de perceber que a imparcialidade do julgador não é inatingível.

Outrossim é possível que se avalie os influxos de um olhar menorista em face da doutrina da proteção integral. A perfectibilização do melhor interesse é vista como algo distante quando o olhar estatal segue apenas a ótica da carência e delinquência, abrindo mão de ver os adolescentes como sujeitos de direitos que devem ter sua cidadania plena garantida.

Por fim, trabalha-se com a lógica do crédito responsável que tanto foi defendida por Claudia Lima Marques e que recentemente gerou frutos. O Superendividamento é o caminho percorrido pela mocinha da comédia romântica até seu “felizes para sempre” mas permite que a ideia de crédito responsável seja trabalhado de forma profunda. Não a toa campanhas visando a educação em direitos e o estímulo ao crédito responsável utilizam até hoje a mocinha do filme.

Portanto, a possibilidade do estudo do Direito por meio da arte imagética, estudado aqui pela figura da sétima arte nos permite realizar uma observação acerca das possibilidades de reflexão crítica do sistema jurídico, seu operar e sua atuação por meio da identificação e projeção dos expectadores para com aquela estória.

DIREITO E CINEMA

No que concerne a diferenciação entre identificação e projeção deve-se explicar que no primeiro o indivíduo incorpora o meio ambiente no próprio ser, um processo de fora para dentro. Considerando tal ponto, identificar-se é trazer as coisas do mundo para si mesmo, bem como captar coisas de fora e relacionar com coisas do próprio eu. Já o segundo fenômeno, projeção, se dá de dentro para fora, temos aqui o indivíduo se colocando no lugar da personagem imaginando como seria tal situação vivenciada por ele mesmo. Sendo esses fenômenos que não se excluem, muito pelo contrário convivem e muitas vezes residem um no outro, especialmente no que tange a projeção já que essa também é um tipo de identificação.

Tais modalidades de fricções entre temas jurídicos com manifestações culturais refletem uma necessidade de um conhecimento mais conectado com a realidade social, a possibilidade de uma análise crítica. Análise essa que apesar de parecer ser fruto de um processo solitário, em virtude do apelo que o cinema detém, se mostra resultado de diferentes opiniões. Aduz-se ainda que não importa a época em que tenha sido produzido determinado filme, uma vez que está permanentemente atualizado em virtude de sua interpretação por parte do receptor. Ver e interpretar filmes implica, acima de tudo, perceber o significado que eles têm no contexto social do qual participam. A

contextualização da temática do filme com a época retratada ressalta também sua função como forma de comunicação de seu autor com o grande público. Há nessas fricções uma transcendência dos limites teóricos do senso jurídico comum. A arte pode subverter ou transgredir o Direito, significando seu aperfeiçoamento ao modificar a previsão das condutas socialmente desejáveis acarretando a necessidade de uma reinterpretação das normas jurídicas para que essas se adequem às demandas sociais.

O Direito é inspiração para a arte do mesmo modo que a arte o inspira. A afirmação fica clara se pensarmos que não só temos filmes que abordam diretamente temas jurídicos (incontáveis são os filmes que abordam tribunais) como devemos, enxergar com um olhar jurídico e crítico os enredos que a princípio nada teriam de relevante para o estudo do Direito.

Muitas vezes desses filmes, indiretamente jurídicos, grandes lições são retiradas, como exemplo temos o ganhador de três Oscars *Avatar*, onde discute-se por exemplo a função social da propriedade aliada à proteção ao meio ambiente de forma lúdica e coerente bem como *A Vida é Bela* que demonstra, sem perder a doçura, os abusos contra a humanidade perpetrados pelo Terceiro Reich. Não falamos apenas de ver o direito representado no cinema por meio de ambientes dos tribunais, mas sim de perceber o Direito sob nas várias versões da realidade do convívio humano. Desse modo, desenvolve-se nos alunos a capacidade cognitiva e criativa.

Carlos Ari Sundfeld também nesse sentido ressalta que:

Podemos falar da arte de inspiração jurídica para mencionar obras cujo o objeto explícito seja o mundo do Direito. Casos evidentes são filmes ou livros de Tribunal e as caricaturas de advogados, recriações do ambiente formado pelas profissões e estabelecimentos jurídicos. É o caso também quando, apesar da ausência desses elementos mais visíveis da realidade do Direito, a obra propicia uma visão crítica das instituições.

Igualmente aposta o professor Régis Frota (2011, p. 233):

Os estudos e pesquisas do Direito, na atualidade, se voltam, de mais a mais, para uma perspectiva transdisciplinar e interdisciplinar. Significa dizer que a percepção dos Novos Direitos que os diversos programas de pós-graduação em Direito tanto buscam captar e refletir sobre suas novas contribuições, no Brasil, já não se satisfazem em estudar e pesquisar o fenômeno jurídico de modo unilateral pós- positivista,

senão descobrem que a melhor maneira de entender o Direito é relacionando-o com as outras ciências e outras abordagens transdisciplinares, onde o cinema se inclui e influencia.

Destaca-se ainda que a cultura jurídica popular propiciada pelo cinema, manifestação cultural onde não é necessário nem mesmo que o interlocutor saiba ler, muito menos que ele tenha conhecimento do *juridiquês*, tem um papel social. Por ele podemos ter uma mudança na forma como a sociedade encara o direito, na medida em que meios de comunicação como o cinema podem dar “visibilidade” a esse Direito.

A realização dessa conexão entre o Direito e formas periféricas de cultura, formas distantes dos livros, é estimulada cada vez mais por estudiosos do tema. O apreço pelo aspecto interdisciplinar reflete na execução de filmes nas salas de aula, fomentando o raciocínio “além código”. Várias são as instituições de ensino que estão colocando, mesmo que em nível de eletiva, a matéria Direito e Cinema³⁰ em sua grade ou incentivando grupos de pesquisa sobre esse tema, uma vez que adotando tal postura temos um jurista apto a interpretar os fenômenos jurídicos, mitigando assim a *ratio* positivista muito enraizada na comunidade que trabalha com o Direito. Ensinar deleitando trabalha na busca de um profissional sem as vendas da justiça. Para uma melhor identificação do que aqui foi dito com a prática veremos a relação do Direito com a sétima arte em filmes de diferentes gêneros, a saber: a) Suspense: 12 homens e uma sentença; b) Documentário: Falcão meninos do tráfico; c) Drama: O Veredito; d) Comédia: Delírios de Consumo de Beck Bloom; e, d) Ficção: O Homem Bicentenário.

DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA

Breve sinopse

Escrita por Reginald Rose há mais 70 anos como roteiro para um teleteatro, 12 homens e uma sentença resultou num clássico do cinema americano. Em 1957 o filme estreou, sendo assinado por Sidney Lumet. O filme já prende a nossa atenção na primeira cena, uma das únicas fora da sala do júri. Trata-se de um tribunal, em meio a um julgamento de homicídio, no qual um menino porto-riquenho é acusado de matar o próprio pai. Um parricídio premeditado é cometido a facadas sendo decidido por doze pessoas com trajetórias e temperamentos completamente diferentes. O juiz enfatiza que essa é a mais grave acusação existente em seu tribunal e, levando a decisão ao júri, relembra que a pena de morte é a sentença condenatória.³²

Seguindo aquilo que um dos jurados afirma ser de praxe é feita uma votação preliminar. Realmente estaríamos diante de um ato de praxe onde todos votariam pelo que era mais óbvio, a condenação, se não fosse por um voto pela inocência do rapaz. Tal

voto, embasado na célebre frase de que “A vida de uma pessoa não se decide em 5 minutos”, levaria a uma enorme e prolongada discussão até a chegada a um acordo.

Esse jurado contrariador toma para si a responsabilidade de argumentar com os outros onze, buscando mostrá-los sua visão fora do óbvio. Propõem uma análise crítica de cada fato forçando a todos a refletir sobre a situação.

Resolve-se realizar um voto oculto. O resultado: dez jurados consideram o rapaz culpado e, agora, dois o consideram inocente. Mais e mais se discute, até que decide-se por se refazer, teoricamente, a trajetória de uma testemunha. O que abre margem a uma divisão igualitária do grupo de doze pessoas, gerando um empate após uma votação aberta.

O fato de uma testemunha visual usar óculos e estar sem eles no momento do crime tira a força de seu testemunho. Levando, depois de uma grande discussão, a uma esmagadora maioria de onze dispostos a absolver e, apenas um, disposto a condenar.

O filme se encerra com os jurados saindo da sala e deixando o tribunal após terem considerado o rapaz inocente.

Abordagem jurídica

“Me irrita como os advogados são prolixos. Mesmo em casos tão óbvios, viu como falam sem parar?”; “O Sistema é assim”; “Tiveram sorte de pegar um homicídio. Agressão e Furto são muito monótonos”; “A vida de uma pessoa não se decide em 5 minutos”; “O preconceito sempre obscurece a verdade”. Todas as frases supramencionadas foram retiradas do filme e elas como tantas outras refletem o caráter jurídico desse enredo.

Merece destaque primeiramente a obviedade na condenação que os jurados detinham, o que não é exclusivo do filme uma vez que acontece muito também no Brasil. Crescemos com a certeza da necessidade da condenação e se essa algumas vezes refletir na prisão do réu (uma vez que como já exposto no Brasil não adotamos pena de morte) não temos nada que não seja encarado como ossos do ofício. Dessa forma o filme por uma frase nos mostrou como apesar de cultuarmos a linguagem rebuscada, floreada pelo latim e por brocardos jurídicos, o que temos é um sistema onde a última coisa que se faz é efetivamente prestar atenção para a realidade dos fatos.

Crescemos e nos formamos sob a égide de um pensamento que pressupõe um afastamento entre o Direito e a Moral, dessa forma muitos julgamentos e indiciamentos ocorrem com base na “análise de papéis”. Não são incomuns presos que já poderiam estar

livres mas que ainda estão aguardando o juízo da execução determinar isso, bem como réus que são condenados sem efetiva análise de provas.

Cada vez mais a presunção de inocência é posta de lado, especialmente em Tribunais do Júri quando os crimes têm apelo midiático. A mídia, muitas vezes, faz um julgamento paralelo, e por meio de informações subliminares subjuga uma possível imparcialidade dos julgadores. Ressalta-se que tal fato não ocorre apenas no Brasil, mas como demonstrado por Artur César de Souza, casos semelhantes ocorrem no sistema europeu.³³ Marcante foi a constatação a da interferência da mídia italiana que em casos de Tribunal de Júri noticiados não citavam os nomes dos acusados mas sim suas nacionalidades quando estavam diante de nacionais do leste europeu, principalmente romenos. Como a Europa possui vários movimentos xenófobos o preconceito acabava por condenar muito mais que as provas.

Muitos olvidam que o Direito Penal deve ser a última *ratio* e recorrem a esse na tentativa de resolver problemas que em verdade são de políticas públicas. Tal fato leva a um inchaço do judiciário que acarreta um desinteresse de parcela da população sobre casos menos chocantes esquecendo que tratamos de vidas.

Quando notamos que o rapaz do filme do mesmo modo que a grande maioria da nossa população carcerária era menos favorecido economicamente vem imediatamente a nossa mente a teoria da vulnerabilidade como fator de contenção do poder punitivo estatal.

A tentativa de se resolver o destino de uma pessoa em cinco minutos nos lembra o adágio americano “o diabo está nos detalhes” e da mesma maneira que ele a justiça também se encontra nas filigranas. Não devemos vestir a carapuça de caçador da verdade real submergindo a persecução de prova no processo penal. Essa é essencial para o bom desenvolvimento do processo e para a manutenção da ordem social. Não podemos esquecer que nosso sistema não mais é o inquisitivo onde o sujeito era tido como um objeto do processo mas sim temos um sistema acusatório onde o réu é, deve ser sempre assim visto, como um sujeito de Direitos no processo.

Portanto, o devido processo legal deve ser respeitado independentemente de cor, religião ou nacionalidade. Frase essa que apesar de parecer piegas deve ser enraizada na sociedade para que tenhamos uma modificação desse sistema que ainda hoje condena pessoas com base em teses infundadas ou ausência de efetivas provas, o que subvertendo totalmente o contraditório e a ampla defesa.

FALCÃO, MENINOS DO TRÁFICO

Breve sinopse

Em princípio o leitor desse trabalho pode questionar o porquê desse documentário estar presente aqui se ele é fruto de uma série do Programa Fantástico. A resposta para tal questionamento é de que apesar dele ter sido apresentado no Fantástico sob forma de série ele foi lançado em 2006 como um filme. Esse que foi Produzido pelo rapper MV Bill, Celso Athayde e pelo centro de audiovisual da Central Única das Favelas - CUFA (organização não governamental (ONG) que fomenta a cultura das comunidades, ou favelas, promovendo desde de shows a jogos de basquete e documentários).

A questão central do filme-documentário é a vida dos jovens das favelas que se relacionam com o tráfico de drogas. Falcão é o nome dado aqueles jovens que vigiam e tomam conta da favela para o tráfico durante a noite “os passarinhos que não dormem à noite como destacado por um dos entrevistados”, rodeados por drogas, armas e violência.

O filme se desenvolve por meio de entrevistas colhidas durante alguns anos com esses meninos que expressam opiniões contrastantes algumas vezes e chocantes em sua maioria. Como Mv Bill afirma no documentário a proposta é mostrar de uma forma real o problema referente a esses jovens que vivem à margem de qualquer estatística positiva, muitos deles entram para as estatísticas apenas quando da sua morte.

Abordagem jurídica

Sem qualquer glamour, o documentário faz uma dura crítica ao sistema jurídico que temos. Essa crítica não se faz presente apenas na falta de políticas públicas que permite a instauração desse verdadeiro poder paralelo mas principalmente a situação daqueles menores.³⁴ Onde está o Estatuto da Criança e do Adolescente quando nos deparamos com um menor falando “nós não faz parte da sociedade porque nós mora na favela”?

As crianças e os adolescentes desde os tempos mais remotos, não eram considerados como merecedores de proteção especial, como destaca Maria Regina Fey de Azambuja:

Em Roma (449 a. C), a Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante o julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta, no 1), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta, no 2). Em Roma e na Grécia Antiga a mulher

e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o Chefe da Família, podia castigá-los, condená-los e até excluí-los da família.

Nossas primeiras constituições, preocupadas com a centralização administrativa, também não fazem referência a essa proteção. A primeira a se referir, de forma discreta vale dizer, ao direito das crianças foi a nossa Constituição de 1934. Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937 promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, inserindo dispositivos que buscassem o dever do Estado na garantia do amparo as crianças. No entanto, a visão que se tinha aqui era da criança de um nicho bem marcado, qual seja a pobreza. Infante-juvenis que necessitavam de assistência financeira ou que necessitava de repressão. Não à toa nesse período foi criado aquilo que seria a sapata da FUNABEM, qual seja o Serviço de Atendimento ao Menor (SAM). Com a atual constituinte é que foi ampliando a responsabilidade para com a criança e o adolescente à família, à sociedade e ao Estado, declarando a proteção integral a toda a população infantojuvenil, a determinando efetivamente como sujeito de direitos, conforme se encontra preconizado no *caput* do art. 227 CRFB/88

A regulamentação do dispositivo constitucional se deu com a proclamação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído por meio da Lei n. 8.069, que finca suas bases na doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Nesse diapasão, temos que a partir desse estatuto efetivamente as crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidos como “Sujeito de Direitos” de “Prioridade Absoluta” seguindo a lógica dos direitos fundamentais. Esta deveria estar consoante aos direitos humanos de qualquer cidadão levando-se em conta as peculiaridades do desenvolvimento da criança e do adolescente.³⁷

Ou seja, houve o rompimento daquela visão de que os infante-juvenis fossem objetos de intervenção no mundo adulto. Eles deveriam ser vistos como sujeitos de direitos pertencentes a toda a sociedade bem como detentores daqueles direitos especiais e necessários para desenvolvimento bem sucedido.

A partir do exposto no documentário fica evidente que algo falhou na implementação desse ideário de proteção integral. Não podemos fechar nossos olhos e acreditarmos que o simples fato de haver leis e garantias constitucionais farão com que a dignidade seja transferida para as pessoas. É necessário que projetos sejam feitos bem como ações afirmativas com vias a dar a oportunidade de um caminho novo para quem dali opte por segui-lo.

O VEREDITO

Breve sinopse

Do mesmo cineasta de 12 homens e uma sentença essa película de 1982 retrata a defesa de um caso de erro médico pelo advogado Frank Galvin. Esse inicia o filme em um velório, fazendo o que parece ser um hábito até então: distribuir cartões de visitas buscando contratos de inventário.

Logo de início, já fica claro ao espectador que o advogado em questão se trata de um alcoólatra, inconsequente, irresponsável e, em alguns momentos, até imaturo (mesmo que isso possa parecer contraditório aos seus cabelos brancos).

O advogado protagonista tem a oportunidade de trabalhar em um caso de erro médico, que poderia reerguê-lo profissionalmente. Procurado pelo hospital que teria cometido o erro médico, ele inicialmente tende a aceitar um acordo extrajudicial, no entanto é despertado por um médico que trabalha no mesmo hospital e afirma tratar-se de um erro de troca de anestesia e que o advogado deveria prezar para que profissionais como estes não mais pudessem trabalhar ali. Após uma reunião com os responsáveis pelo hospital, frente ao montante de dinheiro oferecido, o advogado revolta-se e se vê na posição de vingar a morte da moça grávida. Afirma não querer ser subornado.

No outro pólo, contra Frank, defendendo os médicos está um grande jurista. O caso se desenrola a favor dos médicos até o momento final da película, quando uma enfermeira dá seu depoimento aclarador sobre o ocorrido no dia. Ela afirma que os médicos em questão modificaram o documento (em relação a quantidade de tempo em que a paciente havia comido) retirando o número um, escrito pela enfermeira e colocando o número nove, retirando a responsabilidade de "erro médico" pela morte da moça.

Fazendo uso de instrumentos legais, o advogado do hospital consegue anular o depoimento da moça e ignorar perante juízo os fatos por ela trazidos. Porém, o júri toma sua decisão a favor da moça e ainda estabelece uma indenização superior à pleiteada.

Abordagem jurídica

Esse filme nos possibilita analisar dois pontos bem interessantes para o estudo do Direito, sendo o primeiro dele o dano moral daqueles que sofreram com a morte da moça e o segundo a influência das provas mesmo que desconsideradas nos julgadores.

Ingo Sarlet, em artigo na Revista Brasileira de Direito Constitucional, é claro ao afirmar que "a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida".³⁹ Nesse sentido temos a morte da moça

no hospital representando claramente uma violação a esse direito. Tal fato gerou inegavelmente dano em toda a família da jovem. Temos assim, a noção do dano moral subjetivo sendo demonstrada de maneira clara.

Não podemos iniciar uma explicação sobre o assunto sem ressaltar que questões de responsabilidade civil no Direito brasileiro devem ser orientadas pelo princípio do *Naminiem ledere*, qual seja ninguém deve causar danos a outrem. Tampouco podemos olvidar que como o artigo 186 do Código Civil ressalta não há responsabilidade sem dano, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho: “O dano é o grande vilão da responsabilidade civil”. Entende a doutrina mais atual por dano moral, qualquer privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem, independentemente se o que será afetado é a parte social do patrimônio moral, a parte afetiva ou até mesmo uma parte material que refletirá numa possível moléstia moral. Obviamente a vida se destaca entre eles.

Sempre houve no ordenamento brasileiro uma extrema dificuldade de se provar o dano moral subjetivo, o que levou Sérgio Cavalieri Filho a cunhar a expressão “provas diabólicas” quando se referia as provas necessárias confirmar tal dano.⁴¹ Os danos morais objetivos eram aqueles que caracterizavam violação a direitos da personalidade e hoje em dia tal expressão também é utilizada para se referir uma possível homogeneização do valor das indenizações. Diante dessa dificuldade nos subjetivos os Tribunais bem como a doutrina foram se modernizando e passaram a admitir o chamado dano *in re ipsa*.

Temos nesse dano *in re ipsa* aquele dano moral que uma ou mais pessoas sofrem em decorrência de um ato ilícito praticado contra outra pessoa. A “dor na alma” nesses casos resta caracterizada no próprio narrar dos fatos.⁴²

No entanto não é essa ainda a postura do Superior Tribunal de Justiça tribunal esse que visando evitar as chamadas decisões lotéricas, onde as indenizações sobre o mesmo fato são díspares dependendo do órgão julgador, fixou uma tabela de indenização. Tal atitude nos parece bastante criticável não só pelos valores, a morte de uma criança em escola seria precificada por exemplo em 500 salários mínimos, mas, e principalmente, pela precificação da vida. Essa que levaria a uma avaliação objetiva por muitos magistrados onde na hipótese daquela situação bastaria uma subsunção de fato a valor sem uma verdadeira análise do caso.

OS DELÍRIOS DE CONSUMO DE BECKY BLOOM

Breve sinopse

Mais conhecida como Becky Bloom nossa mocinha é uma jornalista apaixonada por compras desde criança, apesar de que não podia comprar naquela época tudo que desejava. Quando se torna adulta, na posse de seus cartões de crédito (doze!) compra tudo que deseja, especialmente roupas, sapatos e bolsas.

No entanto, a vida financeira de Becky faria Channel chorar de vergonha uma vez que ela deve dinheiro aos amigos, familiares e principalmente aos bancos. O grande algoz de Becky é o cobrador do banco que vem tentando entrar em contato com a moça por muito tempo porém sem sucesso uma vez que ela tem uma lista de justificativas como estar na Finlândia por exemplo. Além de todo esse caos na vida financeira Becky encontra-se desempregada.

Becky ao perder a chance de concorrer a vaga para repórter de uma revista de moda se torna colunista em uma revista de economia do mesmo grupo. Por ironia do destino, a menina da echarpe verde, como passa a ser conhecida, torna-se algo como um guru daqueles que antes de suas colunas descomplicadas nada entendiam de economia, como seus pais.

O fatídico encontro entre Becky e seu cobrador se dá num programa de televisão e todos ficam sabendo que na verdade a garota da echarpe verde era uma consumista falida.

Na tentativa de salvar sua vida financeira a menina vende todas as suas roupas num grande bazar que é finalizado com um leilão para a venda da tão famosa echarpe verde. A única roupa que sobra para Becky é o reconquistado vestido de madrinha, fato esse que reconcilia as duas amigas.

O final do filme nos traz Becky andando por uma avenida cheia de vitrines mas resistindo ao impulso e sendo aplaudida pelos manequins. Nesse momento Luke, o chefe da revista de economia e amor de Becky aparece. O casal que se separara quando ele descobre que Becky mentira sobre sua vida financeira se acerta e ele a entrega a echarpe, uma vez que ele tinha comprado, por meio de outras pessoas, aquele artigo de luxo tão marcante para o casal.

Abordagem jurídica

É notório que o filme critica de uma maneira divertida a sociedade de consumo em que vivemos. O ter em detrimento do ser é estimulado cada vez mais, seja pela fácil concessão de crédito seja por campanhas publicitárias que como Becky Blomm fala "despertam em você desejos por coisas que nem você sabia que queria". Nossa mocinha se encaixava na situação de muitos brasileiros, estava superendividada.

Vivemos sob uma economia de mercado liberal, uma economia do endividamento onde o consumidor gasta todo seu orçamento com o consumo básico e precisa de crédito para adquirir bens de maior valor agregado. Logo, brilhante foi a analogia de Cláudia Lima Marques ao comparar consumo e crédito às duas faces de uma mesma moeda.⁴³ Nessa lógica temos uma moeda de sorte quando na vertical, já que teremos o equilíbrio entre as duas faces e uma vez que o mercado estaria se desenvolvendo e o consumidor podendo consumir mais e uma moeda de azar quando na horizontal. Quando a moeda cai o equilíbrio é quebrado e temos uma reação em cadeia onde uma crise na sociedade é criada, as taxas de inadimplemento sobem, sobem os juros, os preços, a insolvência, cai a confiança, o consumo, desacelera-se a economia.

Crédito pode ser visto como um contrato real bem como um tempo, temos aqui um consumidor que por não ter no momento o principal para pagar suas dívidas assina um contrato real onde recebe esse principal compra o que desejava e adquire mais tempo para realizar aquele pagamento. Trata-se de um serviço oneroso que só pode ser prestado por alguns fornecedores do Sistema Financeiro Nacional, que estão, com exceção dos cartões de crédito, submetidos ao banco central.

Se temos como lado positivo do crédito o fato dele incluir a pessoa de baixa renda mensal na sociedade de consumo, possibilitando o exercício de sua cidadania econômico-social, o que não deve ser afastado, por outro lado sua aquisição desenfreada se torna o grande vilão da vida dessas pessoas. Esse tempo extra gera uma consequência negativa imediata, qual seja fornecer ao consumidor a sensação de que pode comprar mais e mais mesmo que o a compra escape de seu orçamento. Aqui é que está o problema de Becky Bloom e de milhares de brasileiros, chega um momento onde apesar de gastar o principal não há condições de se pagar pelo "tempo extra", restando tais pessoas enquadradas como superendividadas.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques:

O superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor- pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio

Sendo assim, essa crise de solvência e de liquidez do consumidor não é um simples incumprimento, não pagamento das dívidas assumidas independente das razões que o justifiquem. O superendividamento é a impossibilidade de pagamento por insuficiência de rendimentos, não se trata de uma opção ou de algo momentâneo mas sim de uma impossibilidade de cumprimento com suas obrigações contratuais.

Distingue-se na doutrina superendividamento passivo, onde o consumidor não contribuiu ativamente para o aparecimento desta crise (como nos casos de operação inesperada) e superendividamento ativo. Aqui temos a situação de grande parte daqueles que fazem os tão famosos empréstimos consignados no Brasil e de Becky, nesses casos o consumidor administra mal crédito consumindo de boa fé acima das possibilidades de seu orçamento. Destaca-se ainda que superendividamento não é o mesmo que pobreza já que aquele se refere ao excesso de dívidas creditícias não profissionais ou de consumo.

Esse fenômeno social e jurídico refletiu em alteração no Código de Defesa do Consumidor, ratificando nossa tese de que a cultura é fundamenta para disseminar discussões que refletirão em mudanças de paradigmas jurídicos.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do **caput** deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

DA PREVENÇÃO E DO TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO'

'Art. 54-A. Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de

consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

§ 2º As dívidas referidas no § 1º deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.

§ 3º O disposto neste Capítulo não se aplica ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.'

'Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre:

I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;

II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento;

III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias;

IV - o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor;

V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor.

§ 1º As informações referidas no art. 52 deste Código e no caput deste artigo devem constar de forma clara e resumida do próprio contrato, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor.

§ 2º Para efeitos deste Código, o custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37 deste Código, a oferta de crédito ao consumidor e a oferta de venda a prazo, ou a fatura mensal, conforme o caso, devem indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento.'

'Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não:

I - (VETADO);

II - indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor;

III - ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo;

IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;

V - condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais.

Parágrafo único. (VETADO).'

'Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas:

I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

II - avaliar, de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;

III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.

Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.'

Diante de tudo que fora explanado e da mudança legislativa supramencionada resta evidente a importância da relação cultura- Direito. Mais que isso, saber utilizar um olhar inteseccional e intertextual quando frente a frente a uma questão jurídica, muitas vezes sem resposta mostra-se como ferramenta necessária para que o Direito não reste estagnado e mutações constitucionais possam seguir ocorrendo.

CONCLUSÃO:

o direito à cultura ser um direito social, que deveria vir acompanhado de uma ação direta do Estado para garantir seu gozo, essa ação ainda é tímida. O fomento estatal às manifestações culturais por serem concebidos sob uma ótica liberal tem seu ponto de destaque na concessão de isenções fiscais a empresas que impulsionem o exercício da cultura em suas mais diversas formas. Contudo, essa metodologia de se fomentar, além de tímida, se mostra extremamente regionalizada, já que tais incentivos serão dados precipuamente onde essas empresas se encontrarem, ou seja, na região Sudeste.

Tendo em vista o grau de informalidade e oralidade que o cinema dispõem, optou-se por analisar como o fenômeno jurídico se faz presente na sétima arte.

O Direito no cinema sem se limitar aos filmes onde o este era observado diretamente torna possível a compreensão de que quando questões jurídicas tornam-se palpáveis para a sociedade mudanças no modo de ver o direito e até mesmo alterações legislativas ganham apoio social. Por exemplo, a tentativa de trazer o superendividamento para a legislação já era há muito exercida, mas apenas quando a sociedade começou a entender a necessidade do crédito responsável é que tal alteração se perfectibilizou.

BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. **Star trek y los derechos humanos**. [S.l.]: Tirant Lo Blanch, 2007.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
ARENDDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOTELHO, Aline. Sobre novelas e moda brasileira. **Duo de luxo**, [s.l.], 29 jul. 2010. Disponível em: <<http://duodeluxo.wordpress.com/2010/07/29/sobre-novelas-e-moda-brasileira/>>. Acesso em: 28 mai. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; ITESO; Editorial Anthropos, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FROTA, Regis. **Direitos fundamentais, cinema e Literatura**. Fortaleza: ABC, 2011

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

LIMA, Venicio A. de; CAPPARELLI, Sérgio. **Comunicação e televisão**: desafios da pós-globalização. São Paulo: Hacker, 2004.

LUHMAN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Tradução Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana & Editorial Herder, 2005

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

_____. **Sociologia do Direito**. v. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito**. v. 2. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARQUES, Cláudia Lima. **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, p. 11-52, jul./set. 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosaângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosaângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Elton Luiz de. **Filosofia do Direito, ética e justiça**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

SUNDFELD, Roberta; SUNDFELD, Carlos Ari. O direito na arte de Chaplin e Kafka: ensino de comparação de tempos modernos com na colônia penal. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 247-252, jun./dez. 2005.

SOBRE A TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE: UM TEMA RECORRENTE E QUE CAIU COMO PERGUNTA DE PROVA ORAL NO ÚLTIMO CONCURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

TATIANA COSTA ANACHE:

Bacharel em direito, analista processual do Ministério Público da União⁷⁸

RESUMO: No último concurso para ingresso na carreira de Defensor Público Substituto na Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, caiu como uma das questões de Processo Civil, o tema recorrente da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente da seguinte forma: candidato, o que significa o fenômeno da estabilização da tutela antecipada antecedente e como o advogado deve proceder para evitá-lo? E ainda: existe divergência doutrinária e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com relação ao afastamento da estabilização quando o advogado não agir conforme prevê expressamente o Código de Processo Civil? Como poderá a parte prejudicada fazer para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada antecedente que foi estabilizada? Nessa senda, o presente trabalho tem por objetivo analisar, de maneira sucinta, as mudanças introduzidas pelo novo Código de Processo Civil - Lei n.º 13.105/2015- no que tange as novas modalidades de tutelas provisórias, mais especificamente no que pertine à possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e os meios de revogação previstos no novo código processual e também os não previstos.

Palavras-chave: Tutela Provisória; Estabilização; Meios de Revogação; Modificações; Novo CPC.

1.INTRODUÇÃO

Após mais de 40 (quarenta) anos de vigência do antigo código de processo civil, entrou em vigor o tão esperado Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105/2015, que passou a vigor um ano após a sua publicação - em 18 de março de 2015.

No que tange o processo de conhecimento, é válido ressaltar as mudanças trazidas no instituto da Tutela Provisória. Dentre as principais inovações, tem-se a concentração das

78 E-mail: tati_anache@hotmail.com

tutelas antecipadas, cautelares e de evidência em um mesmo livro – LIVRO V – TUTELA PROVISÓRIA – abarcando em definitivo todas as tutelas.

Mas por certo a principal inovação não diz respeito ao aspecto topográfico, mas sim a previsão da estabilização da tutela provisória pleiteada em caráter antecedente e os seus meios de revogação, pois tal assunto causará inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, haja vista os impactos previsíveis e imprevisíveis de tal instituto.

Ressalvadas as demais mudanças, o presente trabalho visa analisar as implicações da estabilização da tutela, bem como quais seriam as limitações para a estabilização e principalmente se os meios de revogação da mesma seriam unicamente aqueles expressamente previstos no próprio código e com os prazos ali delineados, ou se haveriam outros, ponto no qual a doutrina já demonstra certa dissonância.

Outrossim, por via de consequência, caberá – não resta dúvida – à jurisprudência a melhor interpretação na aplicação das novas regras de estabilização e revogação da tutela provisória diante dos casos concretos, considerando as suas especificidades.

Para melhor compreensão das mudanças ora apontadas e de suas implicações, faz-se necessária a delimitação das tutelas passíveis de estabilização e da aplicação do referido instituto em alguns casos concretos, demonstrando assim que as possibilidades de revogação vão além daquelas previstas no novo código processual civil.

Antes de analisar as possibilidades de revogação da estabilização da tutela, é importante fazer a diferenciação entre as tutelas provisórias e as limitações da aplicação do instituto da estabilização para cada uma delas.

2. DESENVOLVIMENTO

As tutelas provisórias foram concentradas em um único livro do novo CPC, sendo que o primeiro título do livro faz alusão às disposições gerais, englobando as regras aplicáveis a todas as tutelas sem distinção.

Por sua vez, o título II traz a previsão das Tutelas de Urgência e, buscando maior detalhamento das regras aplicáveis às tutelas provisórias de urgência, traz novamente a previsão de regras gerais em seu capítulo I. Aqui é válido fazer a efetiva diferenciação trazida pelo código ao classificar as tutelas de urgência e de evidência, sendo a primeira subdividida em dois subtipos, a cautelar e a antecipada.

Neste sentido assevera a doutrinadora Arlete Inês Aurelli (2015):

No texto definitivo do novo CPC, houve uma reorganização, uma sistematização, que me parece adequada porque trata, em primeiro lugar de diferenciar as tutelas provisórias em urgência e evidência (art.294) e depois, as tutelas de urgência entre antecipadas e cautelares. No entanto, no lugar de tratar de ambas as tutelas de urgência, em regime único, como parecia ser a ideia inicial do anteprojeto, na versão definitiva, o legislador preferiu tratá-las em capítulos próprios, deixando o capítulo II para tutela antecipada e o capítulo III para a tutela cautelar com procedimentos diversos.

Como requisitos necessários para a concessão das tutelas provisórias de urgência, dispôs o novo Código de Processo Civil que são necessários elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300).

Para a tutela de evidência (art. 311), por sua vez, será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que configurada uma das 4 (quatro) hipóteses descritas nos incisos do caput, quais sejam:

Art. 311. (...)

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Importante frisar a disposição do parágrafo único do artigo 311, pois traz disposição expressa sobre quais casos são permitidos a concessão da tutela de evidência

em sede de liminar, senão observe-se: “Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”. Segundo os incisos previstos no parágrafo único, são necessárias a instrução da inicial e a demonstração através de prova documental, bem como da fundamentação calcada em Súmula Vinculante, ou então, em casos repetitivos (art. 928), para a garantia do direito em sede de liminar.

Assim, no que diz respeito a exigência de requisitos para a concessão das tutelas provisórias, conclui-se que os avanços do novo código foram conceituais e organizacionais, não implicando mudanças significativas quanto aos requisitos para concessão da tutela, se comparado ao que estava posto pelo código anterior.

DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E AS POSSIBILIDADES DE ESTABILIZAÇÃO

Com certeza é notória a inovação trazida pelo código vigente, consiste no fato de que a tutela provisória pode ser solicitada em caráter antecedente sem a propositura da demanda principal (art.303). Isto significa que não é necessária a propositura de uma demanda com o pedido principal, ou então, contendo todos os pedidos. Sendo possível, dada a urgência do provimento jurisdicional e o valor do bem da vida em jogo, que uma demanda se inicie através de uma petição inicial contendo apenas o pedido de tutela antecipada, bastando para tanto que seja justificável a urgência.

Segundo a análise e a síntese de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (2016, p. 216):

Basicamente, faz-se uma “petição inicial” simplificada, sem necessidade de observância fiel de todos os requisitos dos arts. 319 e 320, com a intenção precípua de veicular o pedido de antecipação de tutela, demonstrando o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Uma vez deferida a tutela antecipada pretendida, abrir-se-á a possibilidade de aditá-la, a fim de cumprir todas as exigências legais.

Portanto, observa-se que a demanda propriamente dita, embora se inicie com o pedido de tutela antecipada, permite ser complementada no decorrer da marcha processual, respeitado o prazo concedido pelo juízo, após a análise da “singela” petição inicial (art. 303, § 1º, I)4 e concedida a tutela ora pleiteada.

Neste ponto, frisamos que a questão central da tutela antecipada não se restringe ao fato de poder ser concedida ou não em caráter antecedente, mas sim na possibilidade de estabilização conforme o artigo 304 do novo CPC, que prevê: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, destarte, como consequência da não interposição de recurso, teremos ainda a extinção do processo.

Assim, denota-se que a lide se extinguirá sem a cognição exauriente do juízo, uma vez que ocorrerá somente a cognição sumária.

É cediço que no código de processo civil de 1973 já havia um instituto similar de estabilização sem cognição exauriente, qual seja a ação monitória, prevista nos artigos 1.102-A a 1.102-C, introduzidos pela Lei nº 9.079 de 14.07.1995.

De fato, a inovação trazida pelo atual CPC, fez por ampliar o instituto anteriormente adstrito à ação monitória, estendendo-o a todas as tutelas de urgência satisfativa requeridas em caráter antecedente diante da inércia do réu, introduzindo assim tal procedimento de forma generalizada ao procedimento comum.

Consoante a disposição do artigo 304, para que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente se estabilize, basta que o autor faça requerimento expresso em sua petição inicial de que deseja se valer do instituto da estabilização da tutela antecipada (art. 303, §5º) e que o réu, por sua vez, ciente da decisão que conceder a tutela, não interponha o respectivo recurso, qual seja o agravo de instrumento previsto no artigo 1.015, I, do CPC.

No que tange às demais tutelas, à míngua de disposição específica na novel legislação, parte da doutrina não faz qualquer objeção ao fato de que a tutela de evidência também pode ser requerida em caráter antecedente, portanto, supostamente seria passível de sofrer os efeitos da estabilização da demanda. Neste sentido, reverbera Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 512):

Na mesma esteira das considerações anteriores, não vemos qualquer razão para que seja tolhida essa possibilidade. Na tutela de evidência, em razão da grande probabilidade do direito em favor do autor, também deve ser permitida a técnica da estabilização, evitando-se com isso o prosseguimento do processo, caso não haja um recurso contra a decisão que a concede.

Como solução para eventuais confusões entre os pedidos das tutelas provisórias se de caráter cautelar ou satisfativo, tal qual o código anterior, o atual também traz a previsão da fungibilidade. Portanto, se identificado de plano que a natureza da tutela pleiteada possui caráter satisfativo e não cautelar, poderá o magistrado aplicar as regras da tutela antecipada em caráter antecedente, determinando inclusive a emenda da inicial (art. 303, §6º). Contrário senso, extrai-se que o regramento específico da estabilização

associado a previsão da fungibilidade das tutelas assevera a diferenciação e a impossibilidade da estabilização da tutela de natureza cautelar.

Contudo, ressalvadas as semelhanças e as respectivas diferenciações entre as tutelas provisórias, conclui-se que a estabilização da tutela provisória é instituto próprio da tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente, razão pela qual se faz-se necessário o estudo mais aprofundado da estabilização no que diz respeito as possibilidades de revogação dos seus efeitos.

DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA E DOS MEIOS DE REVOGAÇÃO

Em um segundo nível a decisão judicial que concedeu a tutela conservará os efeitos decorrente da inércia do réu, enquanto não for revista, reformada ou invalidada, em razão da estabilização prevista no artigo 304.

Aqui é válido fazer uma breve explanação sobre a questão da estabilização ser passível de revisão, reforma ou invalidação somente pelo recurso próprio (agravo de instrumento) ou se se permite também por outros meios, pois a doutrina neste ponto aponta que não somente o recurso cabível poderia rever a decisão que concedeu a tutela, razão pela qual não haveria somente uma hipótese de reversão da decisão.

Desta forma, acaso o réu ofereça outras formas de oposição, tais como contestação, reconvenção, ou até mesmo uma simples petição refutando os motivos da decisão, as mesmas por certo teriam o condão de rever a decisão concessiva da tutela provisória, haja vista que se trata de uma decisão precária, que pode ser revista a qualquer tempo.

Destarte, havendo quaisquer das oposições retromencionadas por parte do réu, haveria o prosseguimento do processo e, por fim, uma decisão de cognição exauriente. Portanto, poderia haver a revisão ou reforma da tutela concedida em sede de cognição sumária.

Importante ressaltar que qualquer oposição (simples petição, contestação ou reconvenção) tem o condão de não permitir a extinção do processo, porém, somente o agravo de instrumento terá o condão de reformar a decisão de imediato, pois os meios de oposição aduzidos anteriormente só surtirão efeitos através da cognição exauriente ao final da prestação jurisdicional de primeiro grau.

Sobre o tema, importante mencionar precedente do STJ, através de sua 3ª turma, ao decidir que

(...) embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. No caso, mesmo sem a interposição de agravo de instrumento, a parte ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, e, por consequência, entendeu a Corte que não havia que se falar em estabilização da tutela antecipada e o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. (REsp n. 1.760.966/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4/12/2018, DJe de 7/12/2018). (Grifei)

Também haverá a extinção do processo com a revogação da tutela antecipada concedida em caráter antecedente se, após a concessão de prazo pelo juiz, o autor não realizar o aditamento previsto no inciso I, parágrafo 1º do art. 303, quando será aplicada a regra do parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal: “Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.”

Contudo, não havendo a interposição do recurso cabível (agravo de instrumento, art. 1.015, I) ou de outro meio de oposição por parte do réu e atendido o prazo para aditamento por parte do autor, restaria, então, como único meio previsto para revogação dos efeitos da estabilização da tutela antecipada, a ação prevista no parágrafo segundo do artigo 304: “Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.”

Repise-se, neste ponto, que se o réu for inerte e, conquanto requerido pelo autor o efeito da estabilização da tutela, o processo será extinto, conforme dispõe o inciso I do artigo 304. Portanto, transcorrido in albis o prazo para a interposição do recurso cabível (agravo de instrumento) pelo réu e não havendo nenhuma forma de oposição, haveria a

necessidade por parte do mesmo do ajuizamento de uma nova demanda autônoma para reformar a decisão estabilizada.

Vale notar que embora não exista o fenômeno da coisa julgada em relação a decisão ora estabilizada, o atual código de processo civil, consoante prevê o parágrafo segundo do artigo supracitado, traz uma limitação temporal de 02 (dois) anos para o ajuizamento desta demanda autônoma a ser ajuizada pelo réu, visando a reforma da decisão estabilizada. Frise-se que, sendo este um prazo decadencial, não pode ser suspenso.

Ainda é válido destacar que embora o código de processo civil vigente não traga nenhuma previsão sobre a relativização da coisa julgada, seja permitindo ou negando-a, o tema é atual e amplamente debatido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, permitindo em casos extremos até mesmo a revisão de decisões acobertadas pelo manto da coisa julgada material.

Neste ponto, asseverando a discussão quanto à legalidade e os efeitos do prazo de dois anos previsto no art. 304, §5º, é válido destacar que o diploma processual civil vigente confere prazo maior até mesmo para a ação rescisória, desde que respaldada em prova nova, conforme prevê o parágrafo segundo do artigo 975: “§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.”

3. CONCLUSÃO

Desta forma, demonstradas as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil no que diz respeito às tutelas provisórias e ao fenômeno da estabilização de decisão sumária, tem-se que o tema é recorrente e ainda gerará inúmeros conflitos e a discussão trará inúmeras novas teorias, com a consequente evolução do instituto da estabilização da tutela provisória satisfativa de urgência requerida em caráter antecedente.

Com o propósito de fomentar a discussão, trazendo à baila outras hipóteses de revogação dos efeitos da estabilização da tutela provisória, o presente trabalho tem o escopo de contribuir para o debate, apresentando opiniões doutrinárias já manifestadas sobre o assunto.

Conclui-se, portanto, que a estabilização da decisão concedida em tutela provisória de caráter urgente terá aplicabilidade diante do desinteresse do réu em dar prosseguimento ao processo em determinados casos. No entanto, acaso subsista interesse em discutir a demanda valendo-se das garantias do devido processo legal e, almejando

uma decisão de cognição exauriente, o prazo de dois anos previsto no art. 304, § 5.º, não poderá limitar tal discussão, até a obtenção de uma decisão de cognição exauriente revestida de coisa julgada material.

4. REFERÊNCIAS:

LEI FEDERAL Nº 5.869, de 11.01.1973 - Institui o Código de Processo Civil.

LEI FEDERAL Nº 13.105, de 16.03.2015 – Código de Processo Civil.

AURELLI, Arlete Inês, Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? – Artigo fornecido como material de apoio pelo Professor: Luiz Henrique Volpe Camargo na matéria de Processo Civil: Tutelas Provisórias - PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU + DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL - 2015

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. TUTELA PROVISÓRIA – Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Abib et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A TUTELA DO DIREITO DE IMAGEM À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: NOVAS PERSPECTIVAS E TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL FRENTE AOS MEIOS MODERNOS DE COMUNICAÇÃO

BRUNO MARQUES DE ASSIS: Pós-graduado em Direito Civil e LGPD / Funcionário Público Estadual⁷⁹

RESUMO: O presente artigo propõe abordar a temática referente ao uso da imagem à luz do Direito Civil Constitucional, com enfoque especial à utilização desse direito da personalidade pelos modernos meios de comunicação e o enfrentamento da questão pela jurisprudência com escopo de evitar excessos ou reparar eventuais danos provocados, de modo a alcançar a almejada pacificação social propalada pela Carta Magna de 1988.

Palavras-chave: Imagem, Comunicação, Constituição Federal, Poder Judiciário.

ABSTRACT: This article proposes to discuss the issue concerning the use of image according to the Constitutional Civil law, with special focus on the use of personality rights by modern means of communication and the confrontation of the issue by the jurisprudence with the purpose to avoid excesses or repair any damage caused, in order to achieve the desired social pacification intended by the Magna Carta of 1988.

Keywords: Image, Communication, Constitution, Judiciary

INTRODUÇÃO

O crescente processo de globalização e a massificação dos meios de comunicação ampliaram, por consequência, o acesso da população em geral aos mais variados canais de informação, o que tem refletido no próprio comportamento social e na maneira de interação entre pessoas.

Tais reflexos podem ser percebidos em atividades rotineiras e comuns à considerável parcela da sociedade, que, por exemplo, deixou de ir às agências bancárias para realizar operações financeiras pela internet e dentro da comodidade de seus lares, mediante portais eletrônicos ou *apps*.

Não obstante as facilidades dos tempos modernos, uma problemática igualmente crescente e que tem demandado especial atenção do Poder Judiciário é a que diz respeito

⁷⁹ E-mail: bru_dir@hotmail.com

à proteção dos direitos da personalidade dentro desse novo contexto social, a exigir soluções também de vanguarda.

Isso porque, com as novas tecnologias de comunicação, as distâncias foram encurtadas e as barreiras outrora existentes restaram ultrapassadas, de modo que uma informação divulgada pela internet pode se tornar imediatamente conhecida em todo país – quiçá no globo terrestre – e, para tanto, basta que o interlocutor esteja conectado à rede mundial de computadores.

E a rapidez com que esse processo de divulgação ocorre não pode preterir os direitos da personalidade dos sujeitos envolvidos, porquanto, a despeito de às vezes mitigados, permanecem hígidos.

Sabe-se que os direitos da personalidade constituem núcleo essencial de atributos e direitos voltados à preservação da dignidade da pessoa humana, e, nas palavras de Maria Helena Diniz:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo, vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)⁸⁰.

Pelo que se viu, a imagem – seja a imagem-retrato ou imagem-atributo – constitui elemento integrante do direito da personalidade e neste trabalho buscar-se-á apresentar linhas gerais do confronto existente entre essa prerrogativa inerente à dignidade da pessoa humana e os meios modernos de comunicação, por vezes dirimida pela jurisdição estatal.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A partir da Constituição Federal de 1988 o critério estanque entre Direito Público e Privado passou a ser questionado e entendido como insuficiente, na medida em que a nova ordem constitucional tutelou diversos institutos até então relegados exclusivamente ao Direito Civil – a exemplo da família, da propriedade e dos contratos –, assim como fixou parâmetros interpretativos fundamentais para normas privadas.

⁸⁰ DINIZ, Mana Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

(...) ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana* (art.1º,III), a *solidariedade social* (art. 3º) e a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º), além da *erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos* (art. 3º III e IV), a *Lex Fundamental* de 1988 realizou uma interpenetração do direito público do direito privado, redefinindo os seus espaços, até então estanques e isolados. Tanto o direito público quanto o privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana⁸¹.

Essa releitura do direito privado à luz das regras constitucionais fez surgir uma nova disciplina ou ramo metodológico denominado Direito Civil Constitucional, que, baseado numa visão unitária do direito, busca "(...) interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)" ⁸².

Dentro desse novo contexto, o Direito Civil passou de um arcabouço normativo isolado e voltado para questões estritamente privadas – e de cunho inegavelmente patrimonialista –, para integrar o todo do sistema jurídico brasileiro norteado por princípios constitucionais maiores.

Passou-se a entender que cada relação privada, a despeito dos efeitos diretos e próprios inerentes ao instituto, tem o condão de refletir no corpo social, daí a importância de se obedecer aos princípios constitucionais que conferem novos delineamentos à ciência civilista.

Deste modo, o Direito Civil Constitucional propõe a "releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos-constitucionais [...]", como leciona Carlos Roberto Gonçalves⁸³.

⁸¹ **Direito civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 12-13.

⁸² LÔBO, Paulo. **Teoria Geral das Obrigações**, p. 2.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Em resumo, para o Direito Civil Constitucional não existem mais dois ramos distintos e incompatíveis entre si, mas uma interligação necessária entre as matérias civilistas e os princípios constitucionais, de modo que, na expressão adotada por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “um se prende ao outro como corpo e alma”⁸⁴.

Firmado o panorama atual, é mister analisar, a partir de agora, aspectos relevantes dos direitos da personalidade, com enfoque ao direito da imagem e os limites estabelecidos pelo Direito Civil Constitucional para sua proteção.

2. DIREITO DE IMAGEM À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E O CONFRONTO COM OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no Título II, Capítulo I, dentre os direitos e garantias fundamentais, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, nos moldes de seu art. 5º, X, reportando-se inegavelmente à categoria de direitos consagrada na doutrina como sendo da personalidade.

O Código Civil de 2002, em festejada inovação, passou igualmente a estabelecer os direitos da personalidade entre os artigos 11 a 21, de modo a incluir na legislação infraconstitucional proteção já consagrada pelo texto constitucional.

Da fluente doutrina brasileira se extrai o entendimento de que os direitos de personalidade garantem a defesa do que é próprio à pessoa, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a honra, dentre outros, e são dotados de particularidades que limitam a própria ação ou vontade do seu titular, como a irrenunciabilidade, intransferibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade⁸⁵.

Vale ressaltar as palavras de Silvio Venosa, para quem a personalidade constitui um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos, de modo que “[...] não há que se entender que nossa lei, ou qualquer lei comparada, apresente um número fechado para elencar os direitos da personalidade. Terá essa natureza todo o direito subjetivo pessoal que apresentar as mesmas características”⁸⁶.

⁸⁴Op. cit, p. 91.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122-123.

⁸⁶ VENOSA, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 149.

E é assim – rol meramente exemplificativo – porque na concepção civil-constitucional os direitos da personalidade estão ligados a três princípios constitucionais básicos, a saber: princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988); princípio da solidariedade social (art. 3º, I e III, da CF/1988) e princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/1988)⁸⁷.

Portanto, se determinado direito estiver voltado à garantia ou proteção de qualquer dos princípios retrocitados, pode-se concluir que estará incluído na concepção de um direito da personalidade e com as características que lhe são próprias.

Idêntico raciocínio subsidiou a elaboração do Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual:

“Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”⁸⁸

A despeito do conteúdo não exaustivo, a doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona classificam os direitos da personalidade levando-se em conta a tricotomia corpo/mente/espírito e protegendo-se: a) vida e integridade física (corpo vivo, cadáver, voz); b) integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo); c) integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal).⁸⁹

Adentrando a seara específica do direito de imagem, como anteriormente destacado, este recebe tratamento bipartido em “imagem-retrato” e “imagem-atributo”. O primeiro reporta-se à reprodução física do sujeito (nariz, boca, olhos, cabelo, cor de pele etc); no último, protege-se a imagem levando-se em consideração todos os atributos pessoais e reconhecidos pelo meio social.

Acrescenta-se, ainda, o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, para quem o direito de imagem é compreendido dentro de um conceito amplo que envolve, além de traços característicos da personalidade, a “fisionomia do sujeito, ar, rosto, boca, partes do

⁸⁷ TARTUCE, Flávio. Op. cit, p. 85.

⁸⁸ Disponível em < <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/ jornada/ article/ view File/ 2622/ 2697>>. Acesso em 15/06/2014

⁸⁹13 Op. cit., p. 193.

corpo, representação do aspecto visual da pessoa pela pintura, pela escultura, pelo desenho, pela fotografia, pela configuração caricata ou decorativa”⁹⁰.

Noutras palavras, o direito de imagem compreende não apenas a aparência exterior e o semblante visível da pessoa que a faz reconhecível, mas também o somatório de suas qualificações pessoais, que integram sua representação social.

E o legislador infraconstitucional conferiu especial atenção ao direito em destaque, pois ponderou no art. 20 do Código Civil:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais⁹¹.

Da leitura do texto em epígrafe se extrai o entendimento de que a utilização da imagem de outrem pode ocorrer em três situações: se houver autorização do titular; se for necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Não observados esses parâmetros, o suposto ofendido poderá postular a proibição da divulgação e indenização correspondente ao dano sofrido.

Sucedem que os fatos da vida não são estanques e apresentam situações deveras peculiares, mormente em uma sociedade que experimentou profunda alteração em seus padrões comportamentais nos últimos anos, impulsionada pelo avanço da tecnologia que, hoje, não está mais adstrita às empresas em grandes centros.

Por tais razões, o uso do direito de imagem – e a eventual alegação de violação – deve ser analisada *cum grano salis*, caso a caso e mediante a verificação das circunstâncias do caso concreto, a fim de que não haja um engessamento das possibilidades e uma indesejável censura prévia.

Neste passo convém colacionar as palavras pontuais de Flávio Tartuce de que o art. 20 do CC possui uma redação criticável, “pois deve ficar claro que esse artigo não exclui

⁹⁰ **Constituição Federal Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

o direito à informação e à liberdade da expressão, protegidos no art. 5.º, IV, IX e XIV, da CF/1988⁹².

No embate entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos inerentes à personalidade, notadamente de imagem, ambos de envergadura constitucional, deve-se lançar mão da técnica de harmonização de valores, já que não existe direito absolutamente prevalente sobre os demais em qualquer situação.

O tema ganha novos contornos quando a divulgação da imagem ultrapassa os limites do conteúdo meramente informativo ou jornalístico, tangenciando a exploração econômica indireta, como ocorre, por exemplo, em revistas ou programas televisivos de entretenimento que divulgam imagens de artistas em situações corriqueiras ou em locais alheios às atividades hodiernas a fim de atrair a atenção do público.

Nessas hipóteses, doutrina e jurisprudência entendem ser possível o uso da imagem independentemente de autorização expressa dos artistas porque se tratam de pessoas públicas e, assim, a exposição às lentes midiáticas faz parte do seu cotidiano. Contudo, essa exploração indireta deve ser ponderada, vez que, como adverte Maria Helena Diniz, a notoriedade “[...] não constitui uma permissão para devassar sua privacidade, pois sua vida íntima deve ser preservada”⁹³.

E não são raros os casos em que o Judiciário é instado a resolver conflitos entre o uso da imagem de pessoas públicas pelos meios de comunicação e a alegação de malbaratamento dessa prerrogativa por violação à honra e privacidade.

Tal embate pode ser verificado no caso envolvendo os atores Luana Piovani e Dado Dolabela contra a emissora RedeTV, pois, segundo aqueles, os repórteres do programa denominado “Pânico na TV” ultrapassaram os limites da mera divulgação tolerada da imagem ao perseguirem os artistas, em um famoso quadro do programa, para que calçassem as “sandálias da humildade”, destinadas às celebridades tidas por antipáticas.

Ao analisar a demanda mencionada, nos autos de apelação cível nº 2008.001.14793, o TJRJ entendeu que:

“A livre manifestação do pensamento e da informação, instrumentados pela imprensa, sofre a devida limitação estabelecida pelo respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das

⁹² Op. cit., p. 100.

⁹³ Op. cit., p. 133.

pessoas, as quais lhes socorre o direito fundamental ao resguardo destes valores transcendentais.

Quando o meio de comunicação se afasta do interesse público, ainda que para o entretenimento de seu público, e envereda para o interesse particular de conteúdo ofensivo à honra, à privacidade e demais direitos da personalidade, configura ato ilícito indenizável.”

Por ocasião de seu voto no citado recurso, o Des. Francisco de Assis Pessanha ponderou que a violação estaria passível de reparação porque a divulgação constante da imagem dos artistas pelos “[...] apresentadores, acunhados de Vesgo e Silvio, têm a explícita intenção de constranger e denegrir a imagem dos autores, diante do público que assiste ao programa”.

A corte carioca também teve a oportunidade de analisar o famigerado caso envolvendo a atriz Maitê Proença, que, após realizar ensaio fotográfico para a Revista Playboy, teve um dos retratos publicados por jornal de responsabilidade da S/A Editora Tribuna da Imprensa.

Após ter sido reconhecido em primeiro grau o direito à reparação por danos materiais e morais, o TJRJ entendeu que não houve abalo à ordem anímica da atriz porque, na hipótese, “[...] o uso inconsentido da imagem não acarretou para a pessoa fotografada dor, tristeza, magoa, sofrimento, vexame, humilhação, tendo-lhe proporcionado, ao revés, alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exultação e felicidade.” (Embargos infringentes nº 0011236.18.1998.8.19.0000).

Para subsidiar essa tese, o tribunal estadual afirmou que “[...] só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não”. Se a atriz fosse “feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame”.

Contudo, no REsp 270.730 / RJ o Superior Tribunal de Justiça ressaltou que embora, de fato, a publicação tenha servido para comprovar as qualidades físicas de Maitê Proença, houve autorização para divulgação de sua imagem desnuda apenas em determinada revista destinada ao público adulto e com preços superiores à média, de modo que o desvirtuamento causado pelo jornal maculou a imagem da atriz, que “é um produto que lhe pertence e compõe importante parcela de seu patrimônio econômico, obtido ao longo de sua carreira e comportamento profissional [...]”. Com esses argumentos, foi restabelecida a condenação por danos morais.

Convém ressaltar que o precedente em destaque serviu para subsidiar, em outubro de 2009, a edição do enunciado 403, da súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais".

Outra hipótese em que se admite a exploração indireta sem autorização do titular é a captura da imagem tão-somente como parte de um cenário maior, normalmente um espaço público, show, evento esportivo etc. Nesses casos, como não há um destaque da figura, pretende-se "[...] divulgar o acontecimento e não a pessoa que integra a cena" ⁹⁴.

Com esse fundamento o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação cível nº 9076246-40.2007.8.26.0000 e, por consequência, rejeitou pretensão indenizatória formulada por determinada cidadã que fora fotografada dentro de uma agência bancária por um periódico da cidade de Itatiba a fim de ilustrar matéria jornalística.

Concluiu-se que, a despeito de a titular não ter autorizado a captura de sua imagem e "da maneira como ficou registrada na foto, parece estar dormindo, o que fez com que fosse ridicularizada pela vizinhança", a fotografia buscou retratar todo ambiente e não apenas a figura da postulante, assim como inexistiu intenção de colocá-la em situação vexatória ou humilhante.

Entretanto, como anteriormente se afirmou os limites da exploração da imagem de outrem devem ser verificados em cada caso concreto e mediante os elementos apresentados, pois nem todo registro feito em local público estará livre de atingir a esfera jurídica de terceiros.

A exemplo disso, no julgamento do Resp. nº 1.024.276 / RN o Superior Tribunal de Justiça condenou a Editora Abril S/A por ter publicado em uma de suas revistas a foto de uma mulher tomando sol em traje de banho na praia, mas sem o consentimento dela.

Não obstante o registro tenha sido realizado em local público e a foto veiculada em tamanho mínimo, sem qualquer menção ao nome da titular ou exposição à situação vexatória, a Corte Superior entendeu que a publicação teve a intenção de ilustrar a reportagem com os atributos físicos da mulher e não apenas da paisagem, de modo que esta teve seu direito de imagem violado e, por isso, passível de reparação.

Seara não menos delicada e que traz à tona debates igualmente relevantes é a proteção do direito de imagem na internet, por ser este o meio de comunicação mais

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 134.

utilizado pelos brasileiros, atrás da televisão e à frente do rádio, conforme dados divulgados pela “Secretaria de Comunicação da Presidência da República”⁹⁵.

E essa nova realidade social, como salientou a Min.^a Nancy Andrighi por ocasião do julgamento dos EDcl no REsp. nº 1.323.754 / RJ, exige “do Juiz a interpretação do ordenamento vigente, com os olhos voltados para a realidade que o cerca, sabedor de que a sociedade encontra-se em constante mutação e que as leis nada mais são do que o reflexo dos anseios dessa sociedade.”

Além de conviver com novas expressões e conceitos técnicos, os tribunais passaram a fixar verdadeiras diretrizes na apreciação de casos envolvendo embate entre o direito de imagem e o uso da internet como meio de comunicação, haja vista a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses em um ramo que se encontra em franca evolução.

Oportuno ressaltar que a internet permitiu não apenas aos grandes grupos de comunicação difundir seus trabalhos, mas também possibilitou que pessoas físicas e pequenas empresas pudessem trocar mensagens e informações por intermédio de *fan pages*, redes sociais e outros meios afins.

E uma simples consulta aos repertórios jurisprudenciais é suficiente para revelar o número crescente de ações questionando possíveis violações ao direito de imagem por meio da internet, cuja indicação pormenorizada não se encontra na finalidade deste trabalho.

Todavia, é relevante destacar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na apreciação da responsabilidade dos provedores de internet em razão de conteúdo ofensivo postado em mídias sociais e em sites de compartilhamento de vídeos.

No julgamento do AgRg no REsp 1.402.104 / RJ, em que se discutia a postagem de conteúdo ofensivo por meio do Orkut, o STJ assentou não haver responsabilidade objetiva dos provedores de internet pelo dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas em site por usuário, haja vista não constituir risco inerente às suas atividades e não lhe ser exigível proceder ao controle prévio de conteúdo disponibilizado na rede mundial de computadores, mormente em redes sociais.

⁹⁵ Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/internet-ja-e-segundo-meio-de-comunicacao-preferido-pelos-brasileiros-segundo-pesquisa-23082021>>. Acesso em 04/12/2022.

No mesmo precedente reiterou-se que a responsabilidade subjetiva do provedor estaria configurada se (i) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; (ii) não manter um sistema ou não adotar providências a identificar o usuário responsável pela divulgação.

Já no julgamento do REsp nº 1.403.749 a Corte Superior, ao apreciar demanda envolvendo a publicação de uma filmagem no site YOUTUBE intitulado “a falsidade do reitor da basílica de trindade” – em que uma autoridade eclesiástica da Igreja Católica Apostólica Romana foi surpreendido por vídeo contendo imagens não autorizadas da sua pessoa –, reiterou a tese de que os provedores de internet não possuem responsabilidade objetiva pelo conteúdo dos arquivos postados por seus usuários.

Acrescentou-se, ainda, que ao ser comunicado de que determinada imagem postada no site de compartilhamento possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, deve o provedor remover o vídeo preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em razão da omissão perpetrada.

Neste ponto, convém um breve destaque sobre a responsabilidade dos provedores à luz da Lei nº 12.965/2014, que estabeleceu o Marco Civil da Internet, e em seus arts. 18, 19 e 21, trouxe as seguintes disposições a respeito da responsabilidade dos provedores de conexão à internet e de aplicação:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

[...]

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Oportuno mencionar que o art. 5º, incisos V e VII, do Marco Civil da Internet, define a conexão como “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”; de outro lado, como os provedores de aplicação como aqueles que ofertam um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet”.

A nova lei regulatória consolidou o entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça de que a verificação do conteúdo das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de aplicação, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a aplicação que não exerce esse controle. (REsp 1501603/RN, TERCEIRA TURMA, DJe 18/12/2017; AgInt nos EDcl no REsp 1402112/SE, QUARTA TURMA, DJe 26/06/2018; REsp 1880344/SP, DJe 11/03/2021).

Assim, na esteira da jurisprudência da Corte Superior, em consonância com os princípios do art. 19, da Lei 12.965/2014, a responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet depende da existência do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo este controle, somente será responsabilizado o provedor de internet se, mesmo após notificação judicial para a retirada do material, ele se mantiver inerte. (REsp 1568935/RJ, TERCEIRA TURMA, DJe 13/04/2016; REsp 1501187/RJ, QUARTA TURMA, DJe 03/03/2015; REsp 1694405/RJ, TERCEIRA TURMA, DJe 29/06/2018; REsp 1783269/MG, QUARTA TURMA, DJe 18/02/2022)

Tais parâmetros realçam a importância do papel do Poder Judiciário na árdua tarefa de tutelar o direito de imagem na atual realidade social brasileira, mormente quando em confronto com outros valores de igualmente assegurados pela Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu parâmetros fundamentais para normas privadas, fazendo surgir o Direito Civil Constitucional, que busca a validade interpretativa de suas matérias no texto maior.

Assim, passou-se à compreensão de que não mais existem um Direito Civil voltado a questões meramente patrimoniais e sem qualquer vinculação aos demais ramos do direito, porquanto integra o todo do arcabouço legislativo pátrio.

E o Direito Civil Constitucional assumiu relevante papel na tutela dos direitos da personalidade, mormente para assegurar a inviolabilidade da imagem – que fora alavancado como direito fundamental e vinculado à dignidade da pessoa humana – numa sociedade cada vez mais influenciada pelos meios de comunicação.

E não poucas vezes o embate entre o direito de informação e o direito de imagem é dirimido pelo Poder Judiciário, que busca no princípio da ponderação de valores o equilíbrio necessário ao convívio harmônico das liberdades fundamentais.

Sucedem que a modernidade e os novos padrões comportamentais da sociedade fazem exsurgir situações não previstas na letra fria da lei, exigindo do operador do direito uma análise criteriosa do caso concreto e soluções que visam resguardar a dignidade da pessoa humana.

Tais contornos jurisprudenciais podem ser verificados em diversos casos nos quais há publicação da imagem do titular e, mediante análise das circunstâncias fáticas, decide-se acerca da regularidade ou não da divulgação realizada.

Por derradeiro, ressalta-se que mesmo quando a publicação é realizada por meio da rede mundial de computadores, o Judiciário tem fixado verdadeiras regras de conduta a fim de assegurar que não haja desrespeito às normas constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.402.104**. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Juliana Knust Sampaio. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 27 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=35373912&sReg=201201547156&sData=20140618&sTipo=5&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.323.754**. Embargante: Google Brasil Internet Ltda. Embargado: Grasielle Salme Leal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 17 de outubro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30383483&num_registro=201200057484&data=20131106&tipo=5&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 270.730**. Recorrente: Maitê Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Relator para acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=229976&nreg=200000783994&dt=20010507&formato=PDF>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.024.276**. Recorrente: Editora Abril S/A. Recorrido: Valéria Cristina Alves Bezerra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5464779&sReg=200800145070&sData=20091022&sTipo=5&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.403.749**. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Robson de Oliveira Pereira. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 22 de outubro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=31571748&sReg=201302026186&sData=20140325&sTipo=5&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 403**, Segunda Seção. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Brasília, DF, 28 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Mana Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Volume I – Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; *et. al.* **Curso de direito constitucional** – 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009, p. 136/138

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 2008.001.14793**, 6ª Câmara Cível. Apelante: Luana Elidia Afonso Piovani e Carlos Eduardo Bouças Dolabella Filho. Apelado: Tv Ômega Ltda. Relator: Francisco de Assis Pessanha. Rio de Janeiro, 04 de junho de 2008. Disponível em:
<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200800114793>>.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Embargos infringentes nº 0011236.18.1998.8.19.0000**, Secretaria do 2º Grupo de Câmaras Cíveis. Apelante: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Apelada: Maitê Proença Gallo. Relato: Wilson Marques. Rio de Janeiro, 29 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=199900500250>>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 9076246-40.2007.8.26.0000**, 1ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Terezinha Maria Machado. Apelado: Editora Itatiba Ltda. São Paulo, 23 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?jsessionid=02FDA086F24802A50DF55F8595638CD.A.cpo6?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=9076246-40.2007&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=9076246-40.2007.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=>>>

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil : volume único**. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A POSSIBILIDADE DE DANOS MORAIS NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

LARISSA ROMERO DE SOUZA:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Pós-graduada em Direito Processual Penal pela FASUL Educacional. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela FASUL Educacional. São Gabriel do Oeste-MS.⁹⁶

Resumo: O presente artigo pretende abordar e analisar as modificações no direito de família, enfatizando as possibilidades de concessão de danos morais provenientes da Síndrome da Alienação Parental, que se torna cada vez mais comum no cotidiano forense. O dano moral resultante da alienação parental, além de ser um tema polêmico, é pouco abordado no âmbito do direito de família. Devido a lesão advinda da prática de alienação parental causar danos morais muitas vezes identificáveis, e muito tempo após a ocorrência do fato, o referido dano moral deveria ser analisado como violação ao direito fundamental da pessoa em desenvolvimento, levando em consideração a responsabilidade dos pais que exercem a autoridade parental. O tema é de suma importância para a sociedade, e sua imperiosidade encontra-se corroborada pela Lei nº 12.318/2010, que regulamentou aspectos jurídicos da Síndrome da Alienação Parental. O objetivo do artigo, portanto, é elencar o que é e quais são as consequências jurídicas quando uma criança sofre Alienação Parental, sobretudo, baseando-se no Direito de Família e nos Direitos da Criança e Adolescente.

Palavras-chave: Família; Alienação parental; Dano moral.

Abstract: This article aims to address and analyze changes in family law, emphasizing the possibilities of granting moral damages arising from Parental Alienation Syndrome, which is becoming increasingly common in everyday forensic practice. The moral damage resulting from parental alienation, in addition to being a controversial topic, is little addressed in the scope of family law. Due to the injury arising from the practice of parental alienation causing moral damage that is often identifiable, and long after the occurrence of the fact, said moral damage should be analyzed as a violation of the fundamental right of the developing person, taking into account the responsibility of the parents who exercise parental authority. The topic is of utmost importance for society, and its imperativeness is corroborated by Law No. 12.318/2010, which regulated legal aspects of Parental Alienation

⁹⁶ E-mail: larissaromeromju@hotmail.com

Syndrome. The objective of the article, therefore, is to list what it is and what the legal consequences are when a child suffers from Parental Alienation, above all, based on Family Law and the Rights of Children and Adolescents.

Keywords: Family; Parental alienation; Moral damage.

1. INTRODUÇÃO

A família é a base de toda sociedade, e no decorrer do tempo, foi a instituição que mais sofreu com as modificações, em detrimento da constante evolução social, econômica e política. Considerando o passado não tão distante, os modelos familiares foram alterados para dar espaço as novas formas de estruturas parentais, como famílias reestruturadas de casais que se separaram e constituíram novas famílias, famílias formadas por uniões homoafetivas e as famílias monoparentais, surgindo uma pluralidade de modelos familiares.

Com a evolução das estruturas familiares, também adveio consequências, e novos problemas sociais começaram a surgir, principalmente no que concerne as rupturas conjugais e formações de novas famílias, desencadeando novos problemas psicológicos na sociedade, visto que muitos cônjuges, após a separação do relacionamento afetivo, passaram a desenvolver formas de afastar os filhos da convivência dos ex-cônjuges e minar o relacionamento dos filhos com eles, como forma de afronta ou punição pela separação conjugal, o que se enquadra na situação de alienação parental.

Durante um bom tempo, apesar da recorrência dos casos, somente em 2010, com o advento da Lei n. 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, o qual passou a resguardar o direito de convivência familiar, e conforme a lei preconiza, quem dificulta a convivência estará cometendo alienação parental.

Os casos mais frequentes da Alienação Parental estão associados a situações em que a ruptura da vida conjugal gera, em um dos genitores, uma tendência vingativa muito grande. Quando um dos cônjuges não consegue superar o luto da separação, desencadeando um processo de destruição, vingança, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge que utiliza, como instrumento de vingança, o filho, que passa a desenvolver um verdadeiro sentimento de rejeição em relação ao genitor alienado.

Procura-se, ainda, enfatizar ao longo do artigo a possibilidade de indenização a título de dano moral decorrente de tais condutas. Para essas situações, se estabelece como premissa a reflexão sobre a possibilidade de responsabilização civil do alienante frente ao

alienado e ao menor, ensejando assim a indenização por danos morais, visto que a possibilidade de aplicação desta responsabilidade tem sido cada vez mais discutida pela doutrina e jurisprudência, ficando o questionamento se seria possível a indenização por danos morais ao filho e ao alienado. De construção doutrinária e jurisprudencial, ainda recente, sinaliza para uma responsabilização do alienante que comete verdadeiro crime vez que é direito de toda criança e adolescente a garantia ao desenvolvimento saudável, ao convívio familiar e a participação de ambos os genitores em sua vida.

Busca-se, assim, despertar a atenção para o aumento da síndrome da alienação parental, vez que tem sido cada vez mais vista nas relações familiares, e, portanto, é de grande necessidade compreender o que vem a ser referida síndrome, bem como as suas consequências na vida das vítimas, ante ao frequente número de divórcios no país.

2. CONCEITO DE FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR

Inicialmente, impende destacar que em seus arts. 1.630 e 1.638, o Código Civil de 2002 trouxe ao ordenamento jurídico o "Poder Familiar", além do último Capítulo de seu Título I que trata dos Direitos Pessoais relativos ao Direito de Família (Livro IV da Parte Especial).

A palavra família é derivada do latim, tendo origem no termo "famulus", que significava "criado ou servidor". Inicialmente remetia a um conjunto de empregados de um só senhor e mais tarde, a palavra família passou a ser empregada para o grupo de pessoas que, unidas por laços de consanguinidade, viviam na mesma casa unidas por um único chefe, o pai de família.

Etimologicamente falando, retrata a realidade que as mulheres viviam em outra época, sendo submetidas à todas as ordens que os maridos davam, como se fossem seus donos, e os filhos, pertenciam aos pais, a quem deviam respeito e obediência. O sentimento de posse e a questão do poder estão, portanto, intrinsecamente ligadas a origem e evolução do grupo familiar, visto que, atualmente esse conceito etimológico está ultrapassado, servindo apenas de demonstração para a ideia de agrupamento.

No que se refere ao conceito de família, aduzem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que:

O conceito de família mudou significativamente nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou socioafetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. (2009, p.08)

Para o Direito Brasileiro, o que se entende por família sempre foi aquela constituída de pai, mãe e filhos, unidos por um casamento regulamentado pelo Estado e procedente de uma cerimônia religiosa. Somente com o advento da Constituição Federal de 1998 que o referido conceito foi ampliado, pois o Estado passou a reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226).

Atualmente o conceito de família é mais abrangido, visto que engloba pessoas que se unem por terem laços afetivos umas com as outras, independente de sexo, cor, raça, etnia ou ligação biológica, portanto, em decorrência dessas mudanças, foram inseridos na sociedade novos costumes, hábitos, culturas, e conseqüentemente novas famílias, como as monoparentais, advindas por união estável, e também as uniões homoafetivas, e nesse sentido, prelecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (Não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade. (2009, p. 09)

O poder familiar é um dever dos pais para com os filhos menores de 18 anos e não mais uma relação onde só impera a autoridade patriarcal, o Estado impõe o dever que os pais possuem em cuidar e proteger seus filhos menores, para que cresçam saudáveis fisicamente e emocionalmente, e se tornem adultos saudáveis e equilibrados, preparados para a vida adulta, ressaltando-se ainda, que essa responsabilidade é de ambos os pais.

Ainda que as famílias se dissolvam, o poder familiar deve continuar sendo exercido tanto pelo pai quanto pela mãe, visto que o poder familiar não se vincula mais ao estado civil dos pais e sim, baseia-se na relação entre pai e filho ou mãe e filho. Nesse sentido, leciona Venosa:

Nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio, O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também a união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurando ao outro o direito de visitas. (2010, p. 305)

Assertivamente, em decorrência das rupturas dos relacionamentos tanto o pai quanto a mãe continuam a exercer o poder familiar sobre os seus filhos menores, assim, o

poder familiar não se desfaz com a dissolução da união ou divórcio. Ademais, com os rompimentos das uniões, um dos cônjuges ou conviventes, deverão regularizar a guarda dos filhos menores, podendo ser a guarda unilateral ou compartilhada, geralmente o que é melhor para o menor, dessa forma, o pai ou a mãe que permanecer com a guarda exercerá de maneira mais preponderante o poder familiar, pois o filho estará constantemente sob seus cuidados. No entanto, aquele que não detiver a guarda, não perderá o poder familiar, bem como possui o direito de visitar o filho e fiscalizar o exercício da guarda do outro.

Acerca da guarda, pontua Maria Berenice Dias:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Os filhos, querendo ou não participam dos conflitos e se submetem a entraves inerentes à dissolução do laço amoroso dos sofrendo consequências desse desenlace. (...). Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar a cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais. (2006, p. 358)

Para possibilitar a convivência mútua do filho com os pais o mais aconselhável é a guarda compartilhada, pois dificulta veementemente a ocorrência do fenômeno da alienação parental. Com consonância com este pensamento aponta Analícia Martins de Sousa:

A guarda compartilhada pode servir como recurso a impedir, ou pelo menos dificultar, o estabelecimento de alianças entre a criança com um dos pais, uma vez que a mesma não conviveria exclusivamente com um deles. Ela circula livremente entre suas duas residências, fortalecendo, assim, os vínculos parentais por meio da ampla convivência. (2010, p. 48)

Todavia, é sabido que ainda prevalece a guarda unilateral, e diante do crescente número de divórcio e dissolução de uniões, começaram a surgir várias consequências relacionadas aos filhos de pais separados, pois muitos casais, após o rompimento da união, não conseguem superar o fim do relacionamento, a perda, o abandono do outro cônjuge e desenvolvem a alienação parental com o filho em comum.

3. ALIENAÇÃO PARENTAL

Inicialmente, cabe conceituar o instituto da alienação parental quando o genitor, ora alienante, que, via de regra, é aquele que detém a guarda do filho por expressa determinação judicial ou por acordo consensual – realiza um processo de afastamento do outro genitor da vida do filho, por meio de variadas atitudes mesquinhas, com intuito de prejudicar a relação parental ali existente.

Na maioria dos casos em que há a ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue superar a separação, e acaba usando a criança como uma forma de se vingar do ex cônjuge/companheiro. Dessa forma, o alienante começa a introduzir, psicologicamente, falsas memórias e contar inverdades na cabeça do filho, que passa a rejeitar o pai ou a mãe, quem estiver sendo o alvo da alienação. Nada mais é do que uma “lavagem cerebral” feita com a finalidade de prejudicar a imagem do ex cônjuge perante o filho.

A criança ou o adolescente, na maioria das vezes, acredita no guardião, criando antipatia e até certo medo da outra parte, pois o filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor, ocorrendo, dessa forma, uma grande desmoralização do outro genitor, fazendo com que o filho perca o vínculo de confiança que existia naquela relação, pois as crianças são facilmente manipuláveis em alguns momentos da vida.

Cabe ressaltar que a Constituição Federal em seu artigo 227, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, acolheram o princípio da proteção integral ao menor, e sendo assim, estabelece explicitamente que a convivência dos filhos com os pais não é um direito e sim um dever. Ainda, defende que o afastamento de pais e filhos pode incorrer em inúmeras sequelas de ordem emocional comprometendo o seu bom desenvolvimento. Porém, o sentimento que o alienante nutre no menor é o sentimento de raiva, dor e abandono com relação ao genitor alienado o que pode vir a deixar reflexos permanentes em sua vida, e o faz sem pensar nas consequências que a criança terá que arcar quando adulta.

Embora a referência neste artigo, como sendo um dos genitores o alienante, ressalta-se que é dito na própria Lei 12.318 em seu artigo 2º, que o alienante pode ser pessoa diversa da mãe e do pai, podendo ser sujeitos ativos de conduta alienante, também os avós ou aqueles que possuem a guarda ou vigilância do menor, no momento da prática alienante.

A Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, conhecida como a Lei da alienação parental teve origem por meio do Projeto de Lei 4.053/2008, apresentado na Câmara dos Deputados pelo Deputado Régis de Oliveira, que após aprovação da Comissão de

Constituição e Justiça do Senado em 07/07/2010, foi sancionada pelo Presidente da República em agosto de 2010.

De acordo com o que aduz o parágrafo único do artigo 2º da referida Lei, nesse processo de enfraquecimento de convivência e construção de falsas memórias, o alienante pode adotar diversos comportamentos dos mais variados graus de seriedade, como, por exemplo, não lembrar o outro genitor sobre datas ou eventos importantes em relação ao filho, fazer chantagens de cunho emocional, enaltecendo apenas suas ações para denegrir a imagem do alienado, em em casos mais graves, podendo chegar à imputar ao alienado a prática de atos de abuso sexual tendo como vítima a criança/adolescente.

Impende destacar que, não obstante as formas de alienação parental supramencionadas sejam as mais frequentes, vem se tornando cada vez mais comum uma espécie de alienação parental disfarçada, sobretudo, no rompimento conjugal entre casais em que há considerável diferença econômica entre os genitores, se utilizando de condições financeiras superiores para ganhar a admiração da criança com presentes ou experiências que apenas quem possui de renda alta poderia realizar.

Ademais, tem-se que o guardião também é, via de regra, o genitor alimentante, e não é raro que tal genitor, tente “comprar” a criança/adolescente, oferecendo-lhe um padrão de vida que jamais conseguiria ter na companhia do outro genitor. Não se tratando de um comportamento afetivo com a intenção de proporcionar bem-estar ao filho, mas sim de uma forma indireta de tentar tirar a criança da convivência do outro genitor, que cada vez mais preferirá ficar com o genitor alienante do que com o alienado, visto que esse não lhe proporciona tantas comodidades, tal prática é igualmente reprovável, considerando, sobretudo, a vulnerabilidade da criança/adolescente, enquanto indivíduo em formação.

A Lei de Alienação Parental visou, independentemente da efetiva constatação da presença da Síndrome de Alienação Parental, a eliminar a presença e coibir as práticas lesivas ao menor, bem como evitar os prejuízos surgidos, até da mera constatação da possibilidade da incidência do instituto.

Portanto, observa-se que a alienação parental é um instituto extremamente sério, que pode levar a consequências desastrosas à vida de uma criança e ou adolescente, desta forma, apesar de parte da doutrina sustentar a incidência do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, para defender a impropriedade da manifestação estatal em editar a Lei de Alienação Parental, é um posicionamento que não merece prosperar, visto que o poder judiciário não pode simplesmente fechar os olhos para algo tão grave que envolve pessoas em formação, que serão o futuro do país, não se pode compactuar com o comportamentos de genitores que, em verdade, não zelam pela

adequada formação psicológica de seus filhos, mas, somente, os utilizam como instrumento para atingir o outro cônjuge, por não suportar a mágoa da separação em seus relacionamentos conjugais.

4. A POSSIBILIDADE DE DANOS MORAIS POR ALIENAÇÃO PARENTAL

A conhecida frase: “Não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor”, por muito tempo foi utilizada pela doutrina e jurisprudência para negar a indenização por danos morais pelo abandono afetivo. Ainda hoje é um tema polêmico, porém o cenário começou a mudar em 2012, quando o Superior Tribunal de Justiça reconheceu essa possibilidade no julgamento do REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

Ocorre que não se pode confundir a alienação parental com o abandono afetivo. Pelo contrário, o abandono é uma espécie de omissão por parte dos pais, que não dão a devida atenção e carinho para o menor, enquanto a alienação parental se configura como uma prática ativa do alienador, configurando-se como um ato ilícito, culpável, gerador de dano, constituindo os elementos mínimos e necessários para configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Neste cenário, salienta Conrado Paulino da Rosa, Dimas Messias de Carvalho e Douglas Philips Freitas, que o que se espera com o advento da Lei de Alienação Parental, é que a fixação de danos morais decorrentes do “abuso moral” ou “abuso afetivo”, advindos da prática alienante se torne pacífica diante da doutrina e jurisprudência, permitindo tanto ao menor como ao genitor alienado, o direito de tal pleito, pois aqui, não se trata de indenizar o desamor, mas de buscar a compensação pela prática ilícita (senão abusiva) de atos de alienação parental.

Insta observar que essa afirmação advém da própria Lei de Alienação Parental, que em seu artigo 3º estabelece que “fere direito fundamental da criança ou do adolescente”, ou seja, constitui ato ilícito, gerando o dever de indenizar. No artigo 6º da mesma lei, está a complementação, afirmando que todas as medidas descritas na nova legislação não excluem a “responsabilidade civil.”

Diante disso, não restam dúvidas de que a prática da alienação parental gera dano moral, não só ao menor quanto ao genitor alienado. No mesmo sentido:

[... essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a

convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência materna ou paterna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana.]

Todavia, mesmo com a possibilidade de responsabilizar quem realiza a alienação, quem será mais prejudicado é o filho, que em razão de sua pouca idade está em posição vulnerável e de defasagem, não podendo se defender, pois está em uma situação de dependência e à mercê do genitor alienador, sobretudo, não se deve esquecer o genitor alienado, que sem o convívio do filho também se torna vítima. Sendo o poder familiar um instituto de proteção, cabe aos pais desempenhar esse papel mediante a representação desses interesses pessoais do filho. Sendo assim, quando esse poder familiar é exercido de forma irregular, ocorre o verdadeiro abuso de direito, podendo, assim, os pais responderem por negligência ou desídia.

O direito de convivência entre pais e filhos é garantido constitucionalmente no artigo 227 da CF/88 e, portanto, deve ser preservado, sendo papel do Estado intervir quando exista impossibilidade da família em fazê-lo.

Havendo a negligência na relação entre pais e filhos pode o Estado exigir o cumprimento das obrigações pelos pais, aplicando até mesmo a extinção do poder familiar. Em recente julgado a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) decidiu, por unanimidade de votos, que a criança deve morar com a mãe, deferindo assim a guarda unilateral a genitora, após comprovação que o pai praticava alienação parental.

Grande parte da doutrina, que defende a não incidência do dano moral em relações familiares, sustenta que é a alegação da conhecida "indústria do dano moral", ou seja, que qualquer contratempo familiar enseje uma ação indenizatória. Porém, a preocupação não vem de hoje, visto que desde que o dano moral foi constitucionalizado surgiu a possibilidade de que tudo fosse enquadrado como dano moral, ocorrendo assim uma enxurrada de processos fazendo com que o judiciário ficasse cada vez mais abarrotado de ações, banalizando o instituto de certa forma.

Ademais, como aduziram Conrado Paulino da Rosa, Dimas Messias de Carvalho e Douglas Philips Freitas, o tempo mostrou que a jurisprudência soube distinguir aquilo que merece indenização e o que não passa de mero dissabor, ocorrendo o mesmo com o abuso efetivo, motivo pelo qual não se buscará monetizar o afeto, nem fomentar a vingança de filhos contra pais ou entre ex-cônjuges ou companheiros, mas, corroborar os danos causados com decisões pautadas na razoabilidade, havendo concessões de indenizações para compensar a prática ilícita advinda da alienação e punir/dissuadir o alienante da reiteração de atos dessa espécie.

Dessa forma, mesmo antes da Lei de Alienação Parental o abuso afetivo já vinha ensejando reparação por danos morais, como é possível perceber da decisão abaixo:

DANO MORAL. CALÚNIA. Acusação de prática de crime sexual pelo autor contra seus filhos. [...] ausência de provas da veracidade da imputação. Ocorrência de abalo moral. Dever de indenizar.

Pela simples leitura da ementa citada, é possível perceber que se trata de clara prática de alienação parental, mesmo que na referida época ainda não fosse conhecida com essa nomenclatura, visto que há expressa previsão no artigo 2º da Lei 12.318/10, a hipótese de apresentar falsa denúncia contra genitor, como causa exemplificativa de Alienação parental.

Em recente caso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 1.159.242, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi (DJE de 09.05.2012), implementou a condenação de genitor por falta de dever de cuidado, ressaltando-se, na ocasião, que amar é faculdade, mas cuidar do filho, seja biológico ou adotivo, é dever. Assim, a Turma decidiu que é possível a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. Para a ministra, porém, não há porque excluir os danos decorrentes das relações familiares dos ilícitos civis em geral.

A Ministra sustentou:

“Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar - sentimentos e emoções -, negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família.”

Sabidamente, a relatora fez uma interpretação técnica e sistemática do Código Civil e da Constituição Federal, apontando que o tema dos danos morais é tratado de forma ampla e irrestrita, regulando, inclusive, “os intrincados meandros das relações familiares”, nada impedindo a apreciação com base em vínculos objetivos, para os quais há previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas, como no caso da relação de pais e filhos, cabendo ao julgador, diante dos casos concretos, ponderar também do dano moral, como ocorre no material, a necessidade do demandante e a possibilidade do réu na situação fática posta em juízo, mas sem nunca deixar de prestar efetividade à norma constitucional de proteção dos menores.

Posto que, uma vez externada pelo Estado-juiz a prática de ato de alienação parental, com reconhecimento do fato objetivo, comprovando-se a interferência na formação e desenvolvimento psicológico do filho, gera evidência de violação ao direito fundamental da criança/adolescente e compromete a formação saudável da sua personalidade e, também, o direito do próprio genitor alienado, de conviver de forma harmônica com o filho mesmo estando separado do outro genitor, sendo outra vítima da conduta do alienador.

Restando evidente o dano moral, o abalo, a angústia, e sendo possível identificar o resultado danoso na compreensão de que existe *in re ipsa*, ou seja, que deriva do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*, fica demonstrado o dano moral de forma que gera uma presunção natural, *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum. Exemplifica o professor Cavalieri, citando a prova da perda de um filho, v.g., quando não há de se exigir a prova do sofrimento.

Diante de todo exposto, será que não restaria evidente o dano moral *in re ipsa* ao filho e genitor vítimas de ato de alienação parental praticado pelo alienador?! A resposta é afirmativa.

Assertivamente, em muitas das situações, a condenação pelo dano moral não será a medida mais recomendável, visto que as outras sanções estampadas no art. 6º da Lei de Alienação Parental poderão garantir maior rapidez e efetividade quando se pensa em penalizar o alienador, até porque, como aduz Frederick Gondin, a rapidez na alteração de uma guarda ou visitação, de logo, já poderá gerar no alienador a consciência de que não mais terá controle sobre a situação, o que poderá fazer com que acate a ordem judicial. Entretanto, em casos singulares, desde que provocado, o Judiciário não se deverá furtar de aplicar a sanção, cumulativa ou isoladamente, de maneira também a se reprimir a prática da agressão moral que gerou dano irreparável de convivência ao filho e ao genitor alienados.

Diante disso, é possível perceber que tanto na doutrina como na jurisprudência, existe a possibilidade de danos morais nos casos de alienação parental, síndrome essa que deve ser combatida de todas as formas, visto que é um mal que tem se alastrado pela sociedade trazendo consequências devastadoras para crianças e adolescentes.

CONCLUSÃO

O artigo se prestou apenas a relatar algumas considerações sobre o tema. Não sendo possível aqui esgotar o assunto, o qual, como já visto, tem fundamento no Direito de Família, Direito da Criança e do Adolescente e, ainda, no Direito Constitucional, estando

o princípio da dignidade da pessoa humana intimamente ligado com a questão tratada no presente artigo.

Conclui-se, portanto, que o instituto da alienação parental é um distúrbio proveniente de famílias reestruturadas e que só muito recentemente o ordenamento jurídico brasileiro firmou esse conceito, tendo em vista a edição da Lei de alienação Parental no ano de 2010. O dano moral como consequência deste processo é assunto polêmico, recente e divergente.

O objetivo de demonstrar a possibilidade do dano moral quando ocorre a alienação parental, é, para que se possa identificar o dano ocorrido pela alienação parental e buscar medidas que possam coibir o mesmo. Conforme se explana no presente artigo, o ressarcimento do dano moral sofrido pela alienação parental deve levar em conta os critérios de tutela de dignidade de cada pessoa, de forma distinta, não devendo ser levado em consideração o nível econômico da vítima e considerando cada caso como único, devendo ser analisado de forma minuciosa todas as circunstâncias do caso.

O que se pode afirmar é que, as pessoas que são vítimas da alienação parental possivelmente não serão mais as mesmas, visto que a visão que terão dos modelos familiares será distorcida, e por uma pessoa de sua confiança, cabendo à sociedade, à família e ao Poder Judiciário se integrar no sentido de minimizar os efeitos sofridos.

A alienação parental e a patologia que lhe acompanha, qual seja a Síndrome da Alienação Parental, representam mais um dos tantos males que a intolerância produz na sociedade moderna, pois diante de cenários de término dos relacionamentos amorosos, devem os ex-cônjuges ou ex-companheiros reconstruírem suas vidas de forma saudável, visando, prioritariamente, o bem-estar de seus filhos. Porém, infelizmente, não é dessa forma que acontece na prática, visto que muitos casais demonstram explicitamente suas mágoas e rancores aos filhos, e acabam por anular a felicidade de seus filhos a favor de uma iludida vingança dirigida ao ex-parceiro.

Quando é percebida a ocorrência da alienação parental, deve o Poder Judiciário, agora com muito mais propriedade tendo em vista os ditames da Lei nº. 12.318/2010, intervir no seio das relações familiares, buscando a solução que melhor conduza o direito à convivência familiar ao princípio do melhor interesse da criança/adolescente.

Por fim, como apontado no decorrer do presente artigo, ainda há resistência jurisprudencial quanto à possibilidade de indenização por danos morais decorrentes do abandono, hoje de forma minoritária, acreditando ser impossível monetizar o afeto e considerar ato ilícito o desamor. Todavia, as doutrinas mais sensatas afirmam que a

assistência moral é direito subjetivo dos filhos, sendo eles os principais negligenciados, e quem realmente possuem a decisão de requerer essa indenização ou não. Sendo assim, a esse direito corresponde um dever jurídico, qual seja o dever de ambos os pais darem todo suporte necessário aos filhos, com base no Princípio da Paternidade Responsável.

Cabe destacar que a compensação por danos morais não é uma finalidade buscadas pelos filhos, mas sim um meio, sendo apenas mais uma tentativa de minorar o drama das crianças que foram alienadas. O mesmo direito possui o genitor alvo do bullying familiar, ou seja, o alienado – vítima das consequências do assédio moral cometido em face do seu filho. Diante de todo o exposto, conclui-se que o combate à alienação parental é um dever de toda a sociedade, que transcende os ambientes familiares, visto que as principais vítimas da alienação familiar são crianças e adolescentes, a quem toda a sociedade deve garantir seus direitos fundamentais, com base no Princípio da Solidariedade Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: Acesso em: 20/11/2023.

_____. **Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 22 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 757411/MG**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: Acesso em: 22 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1159242/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em 22 nov. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **RC 71002402675**. Relator: Eugênio Fachini Neto. DJ 29/11/2023.

CARVALHO, de Dimas Messias; FREITAS, Douglas Philips; ROSA, da Conrado Paulino. **Dano moral & direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.126.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!** 2010. Disponível em: Acesso em 28/11/2023.

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

DIAS, Maria Berenice (Coord). **Incesto e Alienação Parental**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2013, p. 126-134.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 9 edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

FREITAS, Douglas Phillips, PELLIZZARO, Graciela. **Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GARDNER R. **Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes**. American Journal of Family Therapy. March 2002;30(2):93-115. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>. Acesso em 01/12/2023.

GUIMARÃES, Thamy Moreira. **A possibilidade de danos morais nos casos de alienação parental**. Rio de Janeiro, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade civil afetiva nas relações entre pais e filhos**. In EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Leituras Complementares de Direito Civil: Direito das Famílias. Salvador: JusPodivm, 2009.

PARIZI, Kelly Aparecida; FURLAN, Gabriel Henrique Zani. **Alienação Parental e o Dano Moral na Perspectiva do Novo Código de Processo Civil**. Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. 2015.

SOUSA, Analícia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo. Cortez, 2010.

INSEGURANÇA JURÍDICA E O SISTEMA DE INTERFERÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL: INVALIDANDO A RIGIDEZ DA NORMA CONSTITUCIONAL E A QUEBRA DA HARMONIA ENTRE OS PODERES

MARCUS VINICIUS ANTUNES:
Graduando do curso de Direito.
Faculdade da Saúde e Ecologia
Humana – FASEH ⁹⁷

FÁBIO LUÍS GUIMARÃES ⁹⁸

(orientador)

Resumo: O presente artigo busca como estudo correlacionar o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com a separação de poderes. Para isso, compreenderemos como a interferência do STF cria preceitos para insegurança jurídica, uma vez que, a Constituição Federal da República de 1988 é reconhecida por sua rigidez. Desta forma, a importância desse estudo, é apresentar a atuação dos juízes em que são respaldados por uma norma maior pois, estão a cargo não somente de prevalecer o texto normativo, mas também em assegurar esse direito. Com isso, objetivo geral do artigo, é destacar a interferência do STF perante o Poder Legislativo, trazendo consigo a quebra da harmonia entre os poderes. No entanto, como objetivo específico, pretende-se apresentar a perspectiva do atual cenário, em que está gerando insegurança jurídica. Entretanto, deve-se pontuar a previsão do STF é prevista em casos específico, fazendo-se prevalecer a lei, não atuando de fato como um legislador positivado.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Constituição Federal de 1988, Insegurança Jurídica, Organização e Separação de Poderes.

Abstract: This article seeks as a study to correlate the judicial activism practiced by the Federal Supreme Court (STF) with the separation of powers. To do this, we will understand how the STF's interference creates precepts for legal uncertainty, since the Federal Constitution of the Republic of 1988 is recognized for its rigidity. Therefore, the importance of this study is to present the performance of judges in which they are supported by a greater standard, as they are responsible not only for prevailing the normative text, but

97e-mail: vinicius-marcoos@hotmail.com

98 Orientador e Docente do Curso de Direito pela Faculdade da Saúde e Ecologia Humana – FASEH. Graduado em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialização em Administração Financeira. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas. E-mail: fabio.guimaraes@animaeducacao.com.br

also for ensuring this right. Therefore, the general objective of the article is to highlight the STF's interference with the Legislative Branch, bringing with it the breakdown of harmony between the powers. However, as a specific objective, we intend to present the perspective of the current scenario, which is generating legal uncertainty. However, it should be noted that the STF's prediction is provided for in specific cases, making the law prevail, not actually acting as a positive legislator.

Keywords: Judicial Activism, Federal Constitution of 1988, Legal Insecurity, Organization and Separation of Powers.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da Origem do Ativismo Judicial. 2.1 Ativismo Judicial, conceitos e consequências. 2.2 Judicialização e Ativismo Judicial. 3. O Ativismo Judicial Frente ao Brasil. 3.1 Da rigidez Constitucional. 4. Princípio da Separação de Poderes. 5. Da Delimitação de Funções. 5.1 Do Poder Legislativo. 5.1.2 Funções Típicas. 5.1.3 Funções Atípicas. 5.2 Poder Executivo. 5.2.1 Função Típica. 5.2.2. Função Atípica. 5.3 Do Poder Judiciário. 5.3.1 Função Típica. 5.3.2. Função Atípica. 6. Casos de Ativismo Judicial. 6.3 Prisão do Deputado Daniel Silveira. 6.4 Execução da pena em 2º Instância. 7. Conclusão. Referencias.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca como estudo correlacionar o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com a separação de poderes. Para isso, busca compreender como a interferência do STF cria preceitos para insegurança jurídica, uma vez que, a Constituição Federal da República de 1988 é destacada por sua rigidez.

Desta forma, a importância desse estudo, é apresentar a atuação dos juízes em que são respaldados por uma norma maior pois, estão a cargo não somente de prevalecer o texto normativo, mas também em assegurar esse direito.

Com isso, objetivo geral do artigo, é destacar a interferência do STF perante o Poder Legislativo, trazendo consigo a quebra da harmonia entre os poderes.

No entanto, como objetivo específico, pretende-se apresentar a perspectiva do atual cenário, em que está gerando insegurança jurídica. Entretanto, deve-se pontuar a previsão do STF é prevista em casos específico, fazendo-se prevalecer a lei, não atuando de fato como um legislador positivado.

Portanto, a pesquisa foi estruturada em fazer um breve histórico linear na construção e separação dos poderes, apresentar a rigidez na norma constitucional, atribuir as funções típicas e atípicas entre os poderes aqui destacados, e por fim destacar como o ativismo

judicial quebra todo esse paradigma apresentando casos em que o STF de certa forma participou como “Legislador”.

2. DA ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

É possível encontrar na corrente histórica, que o termo Ativismo Judicial, surgiu após a grande segunda Guerra Mundial, na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) perante a Organização Das Nações Unidas (ONU), em 1948. Fato que, este termo somente veio a público nos Estados Unidos, por um jornalista americano, conhecido e denominado por ser ativista, Arthur M. Schlesinger Jr, em 1947. 99

Publicada a matéria na revista *Fortune*. Em seu artigo, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016)¹⁰⁰, o descreve por ter aprofundado na matéria, na qual defendia a importância em saber as questões que dividem os juizes da Suprema Corte Norte-Americana, isso porque “suas decisões ajudam a molda a nação por anos”.

O Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, destaca a forma do ativismo judicial na Suprema Corte Americana, no qual o define:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora –, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

99 SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947.

100 Mestre e Doutorando em Direito Público – UERJ. Professor UCAM/FDC. Assessor de Ministro do STF. 1 ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 250, Rio de Janeiro, FGV, 2009, p. 5.

constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, 2023, p. 163).

Portanto, criado esse preceito, definido pela associação a uma participação mais ampla do Judiciário na esfera dos demais poderes, cumpre ressaltar como o ativismo judicial tem ampliado sua forma de ingressar nos poderes, acarretando consigo a insegurança jurídica.

2.1 Ativismos judicial, conceito e consequências

O termo ativismo judicial conceitua-se por uma análise expansiva do preceito normativo diante do caso concreto. Essa interpretação no caso, ato em que juízes do Poder Judiciário atravessam a linha da democracia na interferência do Poder Legislativo, acarreta consigo inúmeras consequências, dentre elas: quebra da harmonia entre os poderes, atribuição da função atípica sem a devida previsão, insegurança jurídica e a principal, que norteia todo o ordenamento jurídico, a quebra da rigidez constitucional.

Para o Ministro BARROSO (2023) "a ideia do ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes". Diante da definição trazida pelo ministro, o professor BULOS (2023) destaca como consequência esse ato, "os ativistas judiciais, também chamados de juízes legisladores ou legisladores positivos, ao invés de decidirem conflitos, que é a tarefa típica que lhes compete exercer, praticam atos inerentes ao ofício de Deputados e Senadores".

Neste mesmo viés, Vicente Paulo, caracteriza o ativismo da seguinte forma:

O termo ativismo caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal. (ALMEIDA, 2016).

Com isso, a face negativa do ativismo consiste em assumir algo de diferente da sua função originária, Carlos Alexandre Campos aduz que:

Ante a omissão legislativa, o STF tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias que caberiam ao Legislativo regulamentar. Por vezes, o STF não se limita a declarar a omissão legislativa, indo além do que a dogmática legalista tradicional

convencionou ser o papel do Judiciário, qual seja, a subsunção do fato à norma, e ante a imposição de obrigações aos outros poderes e aos administrados em geral, a doutrina diz que há intromissão indevida do Judiciário nos demais Poderes da República, ferindo os princípios da separação dos poderes, a democracia e o estado democrático de direito. (CAMPOS, 2004, pag. 322).

Decorrente essa atuação expansiva inferindo a separação dos poderes, outro fator relevante dessa consequência é a representação do povo. A constituição define em seu texto normativo, que todo poder emana do povo, sendo exercido por meio dos seus representantes eleitos¹⁰¹. A representação refere-se ao Deputados e Senadores, ou seja, quando o ativismo judicial é praticado, não cabe um juiz a representação do povo, pois está ferindo um preceito constitucional e ainda mais, tirando toda legitimidade do povo nas garantias fundamentais.

Desta forma, menciona Geórgia Lage Carmona:

A crítica se funda na alegação de que o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgir-se contra os atos instituídos pelos poderes eleitos pelo povo. Assim, o Poder Judiciário, com seus membros não eleitos, não poderia demudar ou arrear leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. Este poder não teria legitimidade para isso. É o que se chama de desafio contramajoritário, interferindo diretamente no poder regulatório e ferindo o princípio da separação dos poderes. Ou seja, onde estaria, a sua legitimidade para proscrever decisões daqueles que desempenham mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? (CARMONA, 2015).

Nesse prisma, a sociedade fica totalmente coagida e a mercê de uma insegurança jurídica, pois aqui não há garantia de que o judiciário dará voz aos preceitos normativos demandados pela constituição, estão a mero subjetividade na interferência da esfera dos demais poderes, criando novas formas de entendimento abusivo.

Ressalta, Eva Gomes (2015 apud STRECK 2004):

101 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.

Ativismo é quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.

Portanto, demonstra-se que os juízes do Supremo Tribunal, não tem legitimidade democrática para, em suas decisões. Desta feita, fica intitulado o contramajoritarismo¹⁰², no qual define-se em ora o poder Judiciário atua de forma positiva, em interpretar as normas e princípios atribuindo juízo de valor, ora como legislador negativo, na invalidação de atos e leis dos demais poderes eleitos democraticamente.

2.2 Judicialização e ativismo judicial

O termo de Judicialização e Ativismo Judicial estão intimamente ligados, mas se diferem em seus conceitos. Neste tópico visa apresentar como ocorre a judicialização perante a Constituição Federal. Demonstrada seu conceito, trataremos a fundo o ativismo judicial, tema principal deste artigo.

A judicialização, consiste da participação do judiciário na vida política e social. BARROSO, descreve como:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente

¹⁰² O termo countermajoritarian difficulty foi utilizado ineditamente por Alexander Bickel, na obra *The least dangerous branch*. Trata-se, em tese, da impossibilidade de tribunais ou órgãos não eleitos democraticamente invalidarem decisões de órgãos eleitos por eleições populares.

relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2012, p. 24).

Desta forma, Barroso afirma que estes termos decorrem de origens diferentes que não são gerados pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado e já o ativismo é a atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpreta a constituição, expandido o seu alcance.

3. O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO BRASIL

O ativismo Judicial vem sendo utilizado pelo poder Judiciário para suprir lacunas face a ausência ou inércia legislativa, destaca Celso de Melo (2008). Desta forma, o judiciário atua de forma positiva, no qual ocorre a criação de determinadas regras jurídicas visando suprir o Poder Legislativo, no cumprimento de determinada matéria¹⁰³.

Para Bulos (pág. 222) ¹⁰⁴ o define como um “ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fosse os próprios membros do Poder Legislativo, passando a criar comandos normativos, via sentenças judiciais”. Sendo assim, grande parte da doutrina, como Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso defende esse comportamento ativo do Supremo Tribunal Federal (STF). Ocorre que, ao atuar de tal forma que não seja em casos específicos, e atuando de forma desenfreada estaria invalidando a rigidez da norma Constitucional, em que pese violando o sistema de separação de poderes, no qual foi dado a cada órgão, o tirando das suas funções típicas e atuando de forma atípica.

¹⁰³ Segundo Celso de Mello, o Supremo “não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos três Poderes da República”, desempenhando as suas funções institucionais “de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição”.

¹⁰⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Ficou conhecido por suas obras de Direito Constitucional e pareceres jurídicos, que se tornaram fonte de referência na doutrina e influenciaram a jurisprudência brasileira. Conferencista no Brasil e no exterior, desenvolveu teses no Direito Público contemporâneo, inseridas em publicações de sua autoria a exemplo da Constituição Federal Anotada (São Paulo: Saraiva, 2000. 1466 p.) e do Curso de Direito Constitucional (São Paulo: Saraiva, 2007. 1385 p.). Produziu também um manual para a graduação universitária, chamado Direito Constitucional ao Alcance de Todos (São Paulo: Saraiva, 2009. 648 p.). Defende a perspectiva de que o constitucionalista é um clínico geral, porque enfrenta uma disciplina-síntese, que se conecta com todos os setores da vida

Nessa mesma ótica e seguindo com a definição do ativismo judicial, Bulos (2023) trabalha em seu capítulo, o qual o define em: “Ativismo Judicial: perigoso veículo de fraude à Constituição”, vejamos:

O ativismo judicial é uma ultrapassagem das linhas demarcatórias da função judiciária, pois o juiz desborda o núcleo essencial da jurisdição. Em vez de dizer o direito nos conflitos de interesse, passa a criar comandos normativos, via sentenças judiciais, indo muito além da criatividade natural que permeia o múnus judicante. Por meio do ativismo judicial, o Poder Judiciário passa a ser um órgão incontrolável, cujos membros podem até invocar a “doutrina das questões políticas”, para, de modo descomensurado, desbordarem as raias da função jurisdicional, proferindo sentenças estapafúrdias, baseadas em interpretações desarrazoadas, construções e manipulações contrárias ao dever ser das normas constitucionais. O ativismo judicial, portanto, abusa da interpretação, da construção e da manipulação, propiciando fraudes constitucionais, e, não raro, mutações inconstitucionais. (BULOS, 2023, p. 222).

A Constituição é bem clara e objetiva ao traçar as linhas da jurisdição de cada poder. Quando os juízes atuam de forma a criar novos preceitos legislativos, proferindo sentenças judiciais sem a devida observância das garantias e direitos fundamentais, de fato sim estão acima da norma constituição, em que tese cumpre destacar a CF/88 está no topo da pirâmide, qualquer ato contrário estaria quebrando a sua rigidez.

Nas palavras do ilustre ministro do STF, Luis Roberto Barroso, vem a tecer algumas observações aos atos. Mas a contraponto defende que esses atos de investiduras praticado pelos juízes não infirmam o seu papel.

O modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão. Ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação. (BAROSSO, 2023, p. 164).

No mesmo viés, o Ilustre Ministro (STF), Alexandre de Moraes, destaca.

Não há dúvidas de que a eficácia máxima das normas constitucionais exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, devemos autorizar a

atuação subjetiva do Poder Judiciário (Luís Roberto Barroso), mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um superlegislador, pois imune de qualquer controle, que não seja a própria autocontenção (judicial restraint), ou, devemos restringi-lo, para que não se configure flagrante desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, usurpando. (MORAES, 2023, p. 890).

Portanto, fica demonstrado, que a aplicação do ativismo judicial implica na soberba de um preceito nada formal, pretensioso e direcionado aos anseios daqueles que deveriam assegurar a norma constitucional.

3.1 Da rigidez constitucional

Na doutrina é possível encontrar que os legisladores fomentam que a CF/88 é caracterizada por ser uma norma super-rígida ou apenas rígida. Essa característica é destinada a forma do processo legislativo e das chamadas cláusulas pétreas.

Este princípio visa estabelecer os direitos e garantias fundamentais, uma vez que a CF/88 trata alguns desses princípios como cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser modificadas ou complementadas.

Bulos (2023) o destaca que estas vantagens são indiscutíveis, “uma vez que no plano jurídico formal, essa incidência proíbe reformas constitucionais inoportunas, assegurando a estabilidade da constituição.

Cumprir destacar, no que se refere a rigidez constitucional, destaca-se que todas as demais normas jurídicas são demandadas pela Constituição Federal, havendo confronto da norma constitucional com as demais normas, deverá prevalecer a norma constitucional, ou seja, não recai aqui o princípio da lei mais benéfica ou lei posterior benéfica¹⁰⁵, ou seja, lei posterior em confronto com a Constituição será definida como inconstitucional e deverá prevalecer a CF/88.

4. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O poder tratado aqui, incumbe a um poder político ou poder estatal, ou seja, no qual o Estado com sua força normativa o define como regras e limites impostos para determinado fim.

¹⁰⁵ Princípio da lei mais benéfica, ou seja, havendo conflito entre duas normas ou mais vigente, e sendo elas aplicável ao caso, deverá seguir aquela mais benéfica. Mas quando decorre de uma norma infraconstitucional, ou seja, abaixo da constituição, frasar-se aplicação da Constituição.

Aristóteles em sua obra "A Política", afirmou a existência de três funções distintas, na qual era ditada pelo poder soberano; A função Legislativa, a função de Executar (Executivo) e a função Judicial (Judiciário). Portanto, Aristóteles definiu essas funções distintas, mas demandada pelo poder do Soberano.

No que tange a esse panorama, Montesquieu, aprimorou sob o pensamento de Aristóteles, no qual em sua obra "O espírito das leis", destaca que cada poder tem sua função típica, atuando de forma autônoma e independente, ou seja, a divisão dos poderes sem que haja interferência demandada pelo soberano.

Tese em que a teoria Montesquiana foi adotada e estabelecidas em várias constituições, como a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787 e na Revolução Francesa em 1789, em que estabeleceu não somente a adoção do modelo tripartite, mas também a garantias e dimensão dos direitos: liberdade, igualdade e fraternidade.¹⁰⁶ Grande marco em que podemos encontrar todos esses direitos já previstos na Constituição Federal de 1988, CF/88.

Já no Brasil, na constituição Império em 1824, delimitada foi a organização e separação dos poderes. Havendo os poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. E por que delimitada? O poder Moderado era exclusivamente do Imperador, no qual tinha plenos poderes de adotar e interferir nos demais poderes, ou seja, essa delimitação era um limite imposto e restrito.

Deste modo, após a consolidação do Estado Democrático de Direito, em que constitui a presente CF/88, esta adotou a teoria Tripartite da Separação de Poderes.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A tripartição foi delineada pelo binômio, independência e harmonia, demonstrando que não possibilita a delegação de funções, ou seja, a impossibilidade simultânea das funções. Ademais, o Estado, acarreta um poder pautado na soberania interna e externa, em que, José Afonso da Silva (2001), ressalta que o poder é dividido em três: unidade; indivisibilidade e indelebilidade.

¹⁰⁶ Grande marco da história na evolução dos direitos, em que tese foram conquistados na Revolução Francesa em 1787, trazendo consigo o slogan, (*Liberté, Égalité Et Fraternité*), e posteriormente veio a ser instituído na DUDH em 1948, distribuído em seus artigos. Direitos em que foram subdividido em: 1ª dimensão, liberdade, direitos civis e políticos; 2ª dimensão, direitos econômicos, sócias e culturais; 3ª dimensão, direitos individuais.

Desta forma, podemos compreender que o poder é único, quando a CF/88, define a separação e organização, decorre na repartição de funções, na qual são atribuídas aos órgãos independentes e harmônicos, mais ainda, são órgãos especializados. Portanto, é “caracterizado na divisão funcional do poder Político do Estado, em que cada função estatal básica seria atribuída a um órgão definido ou especializado, recebendo a denominação de acordo com a destinação que lhe é dada”.

Feito esses apontamentos, relevante agora destacar como decorre a funcionalidade da separação dos poderes, correlacionando o sistema de freios e contrapesos e na delimitação das funções aos respectivos órgãos.

5. DA DELIMITAÇÃO DE FUNÇÕES

Para corroborar com o assunto, e seguir a linha teórica, apresentaremos aqui descrevendo o quanto a CF/88 preocupou-se em delinear as matérias em que cada poder é destinado no uso de suas atribuições. Sendo assim, a função típica de cada poder é delimitada cuja sua função imediata ou primaria.

Este tópico, visa delinear e mapear como ocorre a distribuições de funções, sem que seja aprofundado na matéria estrutural de cada poder.

5.1 Do Poder Legislativo

Na classificação Montesquiana, o poder Legislativo é o primeiro poder dos Estados, no qual a função típica é a criação das leis, preleciona BULOS, “certo é que o Poder Legislativo incumbe produzir a lei, com suas características universais, tanto intrínsecas como extrínsecas”. Cabe ainda ao Poder Legislativo, como funções atípicas, a administrativa e de julgar. Na primeira, decorre quando da provimento a cargos, promovendo seus servidores, organizando sua estrutura interna. Julga na avaliação de atos de improbidade cometidos pelo Presidente da República e nos crimes de responsabilidade.

O Poder Legislativo encontra-se estruturado nos artigos 44 a 75 da CF/88, sendo esse poder disposto na forma bicameral, ou seja, dividido em Congresso Nacional e Senado Federal.

BULOS 2023, destaca e conceitua o sistema bicameralismo.

O bicameralismo proporciona um desdobramento maior da atividade legislativa, dividindo-a em duas etapas: uma na Câmara Baixa, composta por deputados, outra, na Câmara Alta, formada por senadores. Assim, a elaboração da lei seria mais racional, porque haveria a participação do Senado — Câmara Alta mais conservadora e

madura. O bicameralismo proporciona um desdobramento maior da atividade legislativa, dividindo-a em duas etapas: uma na Câmara Baixa, composta por deputados, outra, na Câmara Alta, formada por senadores. Assim, a elaboração da lei seria mais racional, porque haveria a participação do Senado — Câmara Alta mais conservadora e madura. (BULOS, 2023, p.580).

CF/88 adotou como princípio o bicameralismo igual, descrito no caput do art. 44, vejamos:

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Portanto, significa que na criação de determinar norma, deve-se passar por ambas as casas, na qual funcionam separadamente.

5.1.2 Funções Típicas

Conforme mencionado, cumpre ao poder legislativo a função típica de legislar, mas cabe ainda, a fiscalização contábil, financeira, orçamentaria e patrimonial, bem como a fiscalização dos atos do Poder Executivo¹⁰⁷.

Desta feita, em seu sentido amplo, cumpre ao poder legislativo como sua principal função legislando, elaborando, discutindo e elaborando leis.

5.1.3 Funções Atípicas

As funções atípicas, correspondem aos atos em que o poder atua de forma executiva ou jurisdicional.

A função atípica executiva, corresponde a forma de organização, decorre no preenchimento de seus cargos, sendo aqueles não eletivos, concessão de férias e licenças aos funcionários, ato esse típico da função do Poder Executivo.

¹⁰⁷ CF/88: Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional; X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

Já em a função atípica de natureza jurisdicional, o Senado Federal julga o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade¹⁰⁸.

5.2 Poder Executivo

Conforme o sistema adota perante a Constituição Federal, em que houve o plebiscito¹⁰⁹, destacado em seu art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹¹⁰, por este ter adotado o sistema presidencialista, as funções de Chefe de Governo e Chefe de Estado é exercida pela mesma pessoa, o Presidente da República.

O sistema presidencialista adotado no Brasil, teve forte influência pela experiência norte americana. Preleciona Pedro Lenza (2023, pag. 362) "criação norte-americana; eleição do Presidente da República pelo povo, para mandato determinado; ampla liberdade para escolher os Ministros de Estado, que o auxiliam e podem ser exonerados ad nutum, a qualquer tempo".

O Poder Executivo, encontra-se disciplinado nos termos do Art. 76 a 91 da Constituição Federal, sendo exercido pelo presidente da República e auxiliares pelos Ministro de Estado.

Portanto, para classificar as funções típicas e atípicas, fomenta Pedro Lenza (2023), o órgão executivo em sua função típica, pratica atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos da administração. Atipicamente, o Executivo legisla.

5.2.1 Função típica

Cumpra ao Poder Executivo com função principal e típica os atos de chefiar o Estado, chefe de Governo e chefiar atos da administração.

Sendo assim, concomitantemente, a função do Executivo é a administração em consonância com leis aprovadas pelo Poder Legislativo.

5.2.2 Função atípica

¹⁰⁸ CF/88. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - Processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles

¹⁰⁹ Plebiscito: Na criação de uma lei, constitui-se primeiro a consulta do povo, em que poderá aprovar ou rejeitar aquilo que é proposto.

¹¹⁰ Artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: "No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema De governo (parlamentarismo o presidencialismo) que devem vigorar no país."

As funções atípicas geridas pelo Poder Judiciário podem ocorrer de duas formas, que correspondem as de natureza legislativa e jurisdicional.

Na função atípica legislativa, é importante destacar a criação das Medidas Provisórias – MP.

Já na função atípica Jurisdicional, ocorre quando o Poder Executivo “julga”, na apreciação de defesas e recursos administrativos.

5.3 Do Poder Judiciário

Por fim, seguindo a classificação na separação dos poderes, vale destacar a função estatal, como sua função típica e atípica determinada ao Poder Judiciário.

Cumprir destacar, que o Poder Judiciário destinado ao foco deste artigo, corresponde ao Supremo Tribunal Federal, e não aos demais órgãos, (Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Militar, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior de Justiça).

Em sua função imediata ou primária, cumpre ao Judiciário o poder de julgar, respaldado em na aplicação da lei nos casos concretos, que ao final estará produzindo coisa julgada, sendo ela formal ou material. Já como função secundária ou atípica, é quando atua praticando atos de natureza legislativa, a título de exemplo estabelecendo regimento interno de seus tribunais.

O Poder Judiciário, encontra-se disciplinado nos artigos 92 a 126 da CF/88.

A seguir, será apresentado o detalhamento das funções típicas e atípicas.

5.3.1 Função típica

A função principal do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, nos casos concretos em sua existência. O Ato de julgar, podemos delinear essa função ao Poder Judiciário, no qual tende a respeitar princípios e características da função jurisdicional, sejam elas: Lide, Imparcialidade e o devido Processo Legal.

Pedro Lenza conceitua a jurisdição, vejamos:

Podemos conceituar a jurisdição como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo

que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada) ". (LENZA, 2023, pag. 391).

Agrupados os preceitos que antecedem a atividade jurisdicional, cabe aos magistrados, fazer prevalecer a lei sem que ocorra os abusos, trazendo consigo os limites impostos pela constituição. Portanto, a função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado em obediência ao devido processo legal e aos seus princípios corolários – contraditórios, ampla defesa, isonomia, pois o devido processo assegura garantias constitucionais às partes, assim como regula o exercício da função Jurisdicional. Sendo assim, não há margem de faculdade, poder ou discricionariedade para órgão jurisdicional no exercício da função jurisdicional, uma vez que está vinculado à principiologia do processo.

5.3.2 Função atípica

As funções atípicas do Poder Judiciário decorrem de duas formas; na forma Executiva e Legislativa.

Decorre da forma Legislativa a criação em que o poder judiciário tem de estabelecer seu regimento interno.

Já na forma Executiva, é atribuída ao Poder Judiciário, a administração de seus serviços, tais como:

6 CASOS DE ATIVISMO JUDICIAL

Decorrido as fundamentações, frasear-se apresentar dois casos recentes que gerou grandes repercussões, demonstrando que esse fenômeno vem crescendo cada vez mais no Brasil.

6.1 Prisão do Deputado Daniel Silveira

O Deputado Daniel Silveira, foi preso em flagrante pela Polícia Federal-PF111, em que cumpriu o mandado expedido pelo então Ministro do STF, Alexandre de Moraes. Notório

111 Política e Administração pública. Deputado Daniel Silveira é preso por ordem do ministro Alexandre de Moraes. Plenário do STF deve decidir hoje se mantém a prisão, que foi motivada por vídeo divulgado pelo deputado. 17/02/2021 - 10:02. Acervo Câmara dos Deputados. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/728380-deputado-daniel-silveira-e-presos-por-ordem-do-ministro-alexandre-de-moraes/>>.

apresentar, que a prisão do deputado veio em meio ao inquérito para apurar ataques a suprema corte e aos seus ministros, Inquérito das *Fake News*¹¹².

Seguindo aos fatos. Questionável se torna quando o mesmo órgão que inaugura o inquérito, fiscaliza, tende a investigar, apurar e acusar, neste caso há a existência da imparcialidade? Notoriamente vê que este princípio se tornou ineficaz. Apresentado anteriormente nas palavras do professor BULOS, em que definia no ato em que os juízes criam pautas legislativas, atuando como se fosse os próprios membros do Poder Legislativo. Ou seja, cria-se o comando via sentença judicial, atuando de fato como um legislador positivado.

Lado outro, destaca a CF/88, em que assegura aos membros do Congresso Nacional, Deputados e Senadores que não podem ser presos, salvo quando em caso de flagrante de crime inafiançável.

Desta forma, assim prevê a CF/88 em seu Art. 53.

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

No art. 5 e incisos, a CF/88 estabelecem quais crimes são inafiançáveis, vejamos:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por

¹¹² Inquérito das Fake News, ou Inquérito 4781, é um inquérito aberto pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para investigar a existência de notícias falsas, denúncias caluniosas, ameaças e roubos de publicação sem os devidos direitos autorais, infrações que podem configurar calúnia, difamação e injúria contra os membros da Suprema Corte e seus familiares. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-nov-27/inquerito-fake-news-stf-relacao-justica/>>.

eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Verifique-se que a Constituição não prevê nenhum outro crime inafiançável, a não ser aqueles descritos nela, que dentre seus preceitos normativos o Deputado tem como princípio estabelecido sua imunidade material e formal.

Desta forma, ao criar um preceito normativo que seja muito mais abrangente do que a constituição prevê, quebrando toda a sua rigidez normativa, fica evidenciado que as tratativas que se originam do ativismo judicial, é criada por mérito desejo pessoal.

Portanto, fica visível a quebra da harmonia entre os poderes vigente ao ativismo judicial, pois o mesmo órgão que cria a norma e o julga, traz consigo uma insegurança jurídica, demonstrando a invalidez da norma constitucional.

6.2 Execução da pena em 2º instância

Outro caso que teve bastante repercussão, foi a discussão da possibilidade da execução da pena após a condenação em instância superior. Esse debate, por diversas vezes foi pauta em julgamentos anteriores pelo Supremo, mas no ano de 2019 a Suprema Corte tornou a discutir o tema. 113

Antes mesmo de expor os fatos, não cumpre aqui destacar a fim os resultados dos debates, mas sim frisar o quanto essa repercussão contrariou a constituição até que chegasse ao fim.

A constituição estabelece que ninguém será julgado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹¹⁴. Em 2009, esse não era o entendimento do Supremo, no qual declarou a inconstitucionalidade do inciso LVII do Art. 5º da CF/88. O plenário

113 Prisão em 2ª instância. STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5. Por maioria apertada, ministros finalizaram polêmico julgamento sobre execução antecipada da pena. Da Redação, quinta-feira, 7 de novembro de 2019. Atualizado em 8 de novembro de 2019 14:20. <https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5>.

114 Art. 5º CF/88. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

concedeu o HC 84.078, 115 em que permitia a um condenado pelo TJ/MG que recorresse em liberdade. Em análise, podemos identificar o quanto os Ministros do STF foram omissos a constituição, ou seja, essa atividade expansiva na interpretação da CF/88 gerou uma grande insegurança jurídica.

Pelas palavras do Professor mestre e doutor em Direito Público Hudson Couto Ferreira de Freitas, colabora com o assunto em que tese apresenta a interpretação e discussão do tema 116.

Em primeiro lugar, não há como se sustentar, no âmbito de uma hermenêutica principiológica e concretista, que se faça interpretação literal, de artigo isolado, em códigos, leis ou na própria Constituição. Em outros termos, não se mostra adequada uma interpretação feita de forma puramente abstrata e, assim, discricionária, sem nenhuma lógica ou racionalidade sistêmica e principiológica. (FREITAS, 2019).

Desta feita, fica demonstrada o quanto o entendimento expansivo de um preceito normativo constitucional o invalida por análises de cunho entendimento abstrato. Na mesma linha, FREITAS (2019), o define o trânsito em julgado perante ao caso concreto.

O trânsito em julgado ocorre, ao longo da realidade do caso concreto em julgamento, por meio do devido processo legal que, por sua vez, consolida-se, manifesta-se e se realiza por meio do duplo grau de jurisdição. Portanto, há um erro evidente quando se fala em "prisão após condenação em segunda instância". Não importa se o caso concreto percorre uma, duas, três ou quatro instâncias (juiz, tribunal, Tribunal Superior, Supremo Tribunal), ou se o caso, o processo se esgotou em uma única instância, como quando as partes, por qualquer motivo, não recorrem da primeira decisão ou, por exemplo, também em casos de competência originária e de instância única, como os processos de competência originária do STF. Ora, nesse último caso,

115 HC-84.078. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade Da Chamada "Execução Antecipada Da Pena". Art. 5º, LVII, Da Constituição Do Brasil, Dignidade Da Pessoa Humana. Art. 1º, III, Da Constituição Do Brasil. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >.

116 FREITAS, Hudson Couto Ferreira de Freitas. Sobre a possibilidade de execução da pena após sentença penal condenatória, esgotado o duplo grau de jurisdição.

<https://www.migalhas.com.br/depeso/314112/sobre-a-possibilidade-de-execucao-da-pena-apos-sentenca-penal-condenatoria--esgotado-o-duplo-grau-de-jurisdicao>.

onde está a "segunda instância"? Mas, veja, mesmo aqui há o duplo grau de jurisdição, uma vez que cabe recurso, p. ex., de uma primeira decisão de uma turma, ao pleno. (FREITAS, 2019).

No entanto, o que realmente importa a existência do duplo grau de jurisdição, é saber se os limites impostos pela constituição serão respeitados, como a fim, se o devido processo legal é garantido.

Em se tratando de insegurança jurídica, em fevereiro de 2016 este tema voltou a ser debate no Supremo, no qual o plenário alterou a jurisprudência, afirmando ser possível a prisão em segunda instância decida pelo HC-126.292117, presidida pelo Ministro Teori Zavascki. Desta forma, os próprios ministros passaram a decidir de forma distintas monocraticamente.

Após a decisão do ministro, o STF voltou a debater sobre o HC-126.292118, em tema: STF muda Jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância.

Por fim, demonstrado o curso dos debates e insegurança jurídica entre os próprios ministros, fica a crítica que, ao tratarmos de uma norma constitucional considera clausula pétrea, não há espaço para nenhuma interpretação expansiva além daquela determinada pela constituição.

7 CONCLUSÃO

A presente pesquisa crítica ao Ativismo Judicial, ressalta o quanto perigoso e fraudulento é ao assumir essa frente como uma nova perspectiva de entendimento da interpretação constitucional. Ao criar esse preceito expansivo de interpretação, deve-se observar como demonstrado no presente artigo o desequilíbrio na separação dos poderes.

117 Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional Da Presunção De Inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória Confirmada Por Tribunal De Segundo Grau De Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.

118 O STF julgou nesta quarta-feira, 17, o HC 126.292, que discute a legitimidade de ato do TJ/SP 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. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/234107/julgamento-historico--stf-muda-jurisprudencia-e-permite-prisao-a-partir-da-decisao-de-segunda-instancia>.

No tocante ao princípio da separação dos poderes, conclui-se que há uma desarmonia entre o Judiciário e o Legislativo. A constituição é bem clara e objetiva delegar funções e preservar as intuições como fonte segura de direitos. Na atuação do Judiciário, este consolidou-se a quebra da rigidez constitucional ao inferir os limites impostos, pois, ao atuar e justificar a expansividade da interpretação da norma, aqui não há segurança jurídica, uma vez que não tem legitimidade, ou como demonstrado não é sua função primária e nem decorre de uma função atípica.

Ressalta-se que o STF é o guardião da Constituição, nele incumbe garantir e resguardar a preservação das garantias fundamentais e assegurar os direitos. Ao agir ativamente como um legislador “legitimado” não há aqui uma segurança jurídica, pois ao criar esse preceito do Ativismo Judicial, essa atitude quebra todo o paradigma de um sistema de garantias, no qual desmoraliza a rigidez constitucional, invalida atos daqueles que estão a carga da representação do povo e constitui uma nova temática.

Portanto, o ativismo judicial, tornou-se uma realidade no sistema brasileiro, mas justificado por uma teoria de criação do novo conceito constituição, no qual em sua função originária compete em decidirem conflitos, praticam atos de investiduras dos Senadores e Deputados, por fim a crítica se sustenta em que o Judiciário não tem legitimidade democrática.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo. Ativismo judicial. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em: 22 nov. 2023.

ARISTÓTELES, A Política. Tradução: Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Vega Universidade/Ciências Sociais e Políticas. São Paulo, 1998.

BARROSO, Luís R. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Disponível em: Minha Biblioteca, (11ª edição). Editora Saraiva, 2023.

BARROSO, L. R. (2012). Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN) THESIS, 5(1), 23–32. Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/743>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BULOS, Uadi L. Curso de direito constitucional. Disponível em: Minha Biblioteca, (16ª edição). Editora Saraiva, 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 322.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 60, abril /jun. 2016.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário? Âmbito Jurídico, Rio Grande, 05 abr.2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-proposito-do-ativismo-judicial-super-poder-judiciario>.

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 165-179, jan/mar. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p165

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. Doutor e Mestre em Direito Público Pela Puc-Mg. Professor De Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Eleitoral, Direitos Humanos e Hermenêutica Jurídica. 2019. <https://www.migalhas.com.br/autor/hudson-couto-ferreira-de-freitas>.

GOMES, Eva. "As duas faces" do ativismo judicial. Pernambuco, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/as-duas-faces-do-ativismojudicial/214075682>>.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. (Coleção esquematizado®). Disponível em: Minha Biblioteca, (27ª edição). Editora Saraiva, 2023.

MELLO, Celso de. Celso de Melo. Defende o Ativismo Judicial do Supremo e pesquisas científicas. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2008. Disponível em: <https://www.direitodoestado.com.br/noticias/ministro-celso-de-mello-defende-ativismo-judicial-do-stf>.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de, 1689-1755. O espírito das leis/Montesquieii; apresentação Renato Jaime Ribeiro; tradução Cristina Muracho. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Paidéia).

MORAES, Alexandre D. Direito Constitucional. Disponível em: Minha Biblioteca, (39ª edição). Grupo GEN, 2023.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 73/212.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed., r e v. e Atual.; São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

A (IN)EFICÁCIA DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO PRELIMINARES EM PROCESSOS BANCÁRIOS E O IMPACTO NEGATIVO NA CELERIDADE DO TRÂMITE PROCESSUAL

ANDRÉ MELLO BASTOS:
graduando em Direito pela
Faculdade de Saúde e Ecologia
Humana - FASEH¹¹⁹

FÁBIO LUÍS GUIMARÃES

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo científico explora a ineficácia das audiências de conciliação preliminares nos processos bancários no Brasil, com foco na Comarca de Vespasiano, destacando o Art. 334, §4º, inciso I do CPC/2015. Este estudo busca analisar a problemática dessas audiências, frequentemente infrutíferas devido à ausência de acordos nas conciliações que envolvem instituições bancárias, comprometendo os princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII, Constituição de 1988). Foram feitos levantamentos que indicam a dispensabilidade e a necessidade dessas audiências, explorando a possibilidade de resolver procedimentos bancários de forma pré-processual para promover a resolução de conflitos antes de ações judiciais. Quatro pesquisas de campo foram conduzidas: duas no CEJUSC para avaliar a taxa de sucesso em audiências preliminares e a de acordos pré-processuais; outra em agências bancárias, investigando o interesse real das instituições bancárias na resolução pré-processual; e a última envolvendo indivíduos relacionados a processos bancários. O artigo conclui que a audiência de conciliação preliminar em processos bancários torna-se dispensável quando não há o interesse em conciliar de um dos envolvidos.

Palavras-Chave: Audiências de conciliação. Ineficácia. Procedimentos Bancários. Pesquisas de campo.

ABSTRACT: This scientific article explores the ineffectiveness of preliminary conciliation hearings in banking processes in Brazil, focusing on the Vespasiano Judicial District and highlighting Article 334, §4, item I of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 (CPC/2015). The study aims to analyze the challenges of these hearings, often unproductive due to the absence of agreements in conciliations involving banking institutions, compromising the constitutional principles of expeditiousness and reasonable duration of the process (Article

119 E-mail: andrembastos11@gmail.com

5, LXXVIII, Constitution of 1988). Surveys were conducted indicating the dispensability and necessity of these hearings, exploring the possibility of resolving banking procedures in a pre-trial manner to promote conflict resolution before legal actions. Four field surveys were conducted: two at the Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship (CEJUSC) to assess the success rate in preliminary hearings and pre-trial agreements; another in bank branches, investigating the real interest of banking institutions in pre-trial resolution; and the last involving individuals related to banking processes. The article concludes that the preliminary conciliation hearing in banking processes becomes dispensable when there is no mutual interest in conciliation from one of the parties involved.

Keywords: Conciliation hearings. Ineffectiveness. Banking procedures. Field research.

1 INTRODUÇÃO

O advento do Código de Processo Civil (CPC), Lei 13.105 de 16 de março de 2015, trouxe consigo alterações significativas com o intuito de promover a conciliação como um meio eficaz de resolução de conflitos. A audiência de conciliação se tornou o primeiro ato processual após a citação em procedimentos que admitem a autocomposição, com o objetivo de solucionar o litígio de uma maneira célere.

Porém, é possível observar que no Brasil existem diversos procedimentos relacionados a ações bancárias. A pesquisa em questão propõe explorar a problemática das audiências de conciliação preliminares, especificamente na comarca de Vespasiano, onde os resultados, majoritariamente, não culminam em acordos. Situação esta atribuída a falta de receptividade das instituições em considerar propostas de acordo ou dialogarem em relação às propostas da outra parte. Esta carência em resolver o processo em uma audiência conciliatória, compromete a observância dos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, conforme estipulado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988.

Observa-se que, no cenário em que uma das partes não tem interesse em participar da audiência, o artigo 334, §4º, inciso I, estipula que ela deve manifestar expressamente nos autos do processo; caso contrário, será compelida a participar. Segundo Junior (2023, p. 278) "A participação na conciliação, contudo, pode ser compulsória, notadamente na modalidade judicial, nos termos do art. 334 do CPC, que impõe ao juiz a determinação da audiência." O entrave se configura quando uma das partes não manifesta o desinteresse nos autos do processo, mas não está disposta a conciliar. No entanto, a audiência será designada conforme o artigo estabelecido.

Todavia, é importante ressaltar a efetividade das audiências de conciliação em diferentes tipos de ações judiciais, o que não ocorre em processos envolvendo instituições financeiras. Este artigo busca avaliar se a não designação de audiências de conciliação na fase inicial dos procedimentos processuais bancários teria um impacto substancial no desenvolvimento do processo, e através desta análise, se seria possível uma resolução destes procedimentos no setor pré-processual, para que as partes resolvam o conflito antes de judicializar a demanda.

A problemática que norteou este estudo surge da imposição para a participação na audiência, conforme estabelecida pelo artigo 334, §4º, inciso I, mesmo quando não há interesse de uma das partes em participar, uma vez que a conciliação se fundamenta em um de seus princípios basilares, que é a autonomia da vontade das partes, conforme disposto no art. 166 no NCPC/15. Este princípio pressupõe a afirmação de que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação” (§ 2º do art. 2º da Lei 13.140/2015).

Partindo-se do pressuposto de que a obrigatoriedade da audiência de conciliação pode resultar em um atraso processual desnecessário, comprometendo os princípios da celeridade e razoável duração do procedimento, a análise se concentrará nos dispositivos legais pertinentes, como os artigos 334, §4º, inciso I do CPC, e o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República. Além disso, conduziram-se pesquisas de campo para coletar dados concretos que contribuem para a verificação da efetividade real dessas audiências no contexto jurídico, mais especificamente nos processos envolvendo instituições bancárias.

Para obter dados relevantes e contextualizados, foram conduzidas quatro pesquisas de campo quantitativas e distintas. Duas delas foram realizadas no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), com o objetivo de verificar a taxa de sucesso nas audiências de conciliação processuais e pré-processuais.

A segunda parte da pesquisa concentrou-se em agências bancárias. Neste contexto, buscou-se investigar o grau de conhecimento e envolvimento dos profissionais bancários em relação ao conceito do setor pré-processual e questões como a disposição dos agentes bancários em participar de audiências no setor pré-processual para tratar com os clientes sobre dívidas de inadimplências.

Após a pesquisa com profissionais bancários, conduziu-se um estudo de campo com indivíduos que estão ou estiveram no outro polo da lide em ações bancárias, avaliando seu conhecimento, experiência e disposição em resolver questões conflituosas com os bancos no setor pré-processual.

2 AS INOVAÇÕES AUTOCOMPOSITIVAS ADVINDAS DO CPC/15

Visando o propósito de aprimorar o sistema processual civil brasileiro, surgiu o CPC/2015, instituído pela Lei 13.105, datada de 16 de março de 2015, e que passou a vigorar a partir de 18 de março de 2016.

O CPC/15 introduziu várias inovações autocompositivas, que estimulam a resolução de descentendimentos por meio do diálogo entre as partes envolvidas. Uma das principais mudanças consiste na realização de uma sessão de conciliação no início do procedimento, visando realizar um acordo entre as partes sem a exigência prévia da contestação pela parte requerida. Neste sentido: “porquanto na maioria das vezes a peça de defesa apenas acirra os ânimos e instiga o prolongamento do litígio”. (DONIZETTI, 2018, p. 306)

No Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 331, que dispunha de Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, já era tratado sobre a audiência de conciliação, entretanto, esta só era designada após a apresentação da contestação pela parte requerida.

A sessão de conciliação destaca-se pelo papel mais ativo desempenhado pelo conciliador, cuja responsabilidade não reside na resolução direta do conflito, mas sim em apresentar sugestões para a sua solução. Essa abordagem é comumente adotada quando as partes envolvidas não possuem histórico de vínculo. Nos trâmites destes procedimentos, é benéfico que uma terceira pessoa estranha à lide e capacitada para tal, proponha alternativas para a resolução do conflito. Através destas propostas, juntamente com outras sugestões que possam surgir durante a audiência, as partes têm a oportunidade de alcançar um consenso e resolver a situação.

O uso dessa audiência/sessão inaugural do CPC/2015 não deve se limitar à busca da solução autocompositiva no aspecto material do litígio [...] [...] será possível o dimensionamento material do conflito ou, caso ele não seja viável, o gerenciamento processual do caso mediante a negociação processual. Esta última hipótese, quando bem patrocinada, pode evitar inúmeros percalços em decorrência das especificidades do litígio. (JR., Humberto, 2016, p. 264)

Estabelece, de fato, o §2º do artigo 3º do NCPC/15, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”. Dentro deste cenário, o artigo art. 334 do CPC/2015 representa um marco significativo em que a conciliação é reforçada, tornando-se uma fase processual importante nos procedimentos comuns cíveis, tal como nas ações de família, em que essa previsão é regulamentada pelos artigos 694 e 695 do CPC/2015.

Adicionalmente, o CPC/15 também contempla a opção de mediação, um método de resolução de conflitos em que um terceiro imparcial auxilia as partes a reestabelecerem um diálogo, e conseqüentemente, alcançarem um entendimento. Outra inovação significativa é a instauração dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), unidades do Poder Judiciário incumbidas de promover a conciliação, a mediação e outros meios de solucionar conflitos. Sob esse prisma, “Tanto na mediação como na conciliação o terceiro imparcial irá colaborar para que os envolvidos dialoguem e tornem-se aptos a identificar os interesses sobre os quais podem transacionar.” (SALLES, 2021, p. 225).

Em relação à distinção no papel desempenhado de um mediador e um conciliador, na conciliação, um terceiro estranho à lide assume uma abordagem imparcial, participando de uma maneira ativa, com a capacidade de sugerir propostas de acordo. Por outro lado, na mediação, a ênfase recai sobre a investigação mais aprofundada do conflito, das emoções e do relacionamento entre as partes.

A mediação e a conciliação também já são usadas para a solução de conflitos de variada natureza, dos cíveis aos trabalhistas e, inclusive, derivações no processo penal.¹³ A negociação, que sempre esteve presente na advocacia, foi sistematizada e ganha crescente espaço nos cursos de mediação e na formação jurídica. (SALLES, 2021, p. 35)

Assim, conclui-se que os métodos autocompositivos têm ganhado maior relevância, transformando-se em uma fase processual significativa nos procedimentos cíveis.

2.1 Audiência de Conciliação Obrigatória Art 334 do CPC

Como visto, a conciliação representa um método alternativo para a resolução de litígios, envolvendo as partes e seus advogados que, na presença de um terceiro, deliberam sobre os elementos presentes no processo em questão. Nesse sentido, estabelece Carlos Alberto de Salles:

Embora a negociação, a conciliação e a mediação sejam diversas e não se pautem em regras muito rígidas de sequência e forma, os métodos que visam um acordo geralmente adotam as seguintes etapas:

Estabelecimento da relação: etapas preparatórias de aproximação das partes;

Condução da negociação: identificação da controvérsia; debate das soluções;

Exercício culminante da vontade: o acordo em si.

Como não são regras de procedimento no sentido formal, mas etapas preparatórias das tentativas de acordo, não estão consagradas em texto legal. Resultam de sistematização teórica baseada em observação empírica.

- As etapas descritas pela referencial obra de FISHER, URY & PATTON, 1981 para chegar a um acordo são um bom exemplo de "procedimentos" informais e não vinculantes da negociação – que, segundo os especialistas, são aplicáveis aos mecanismos consensuais de modo geral. (SALLES, 2021, p. 49).

As audiências que envolvem instituições bancárias podem ocorrer por diversas razões, como práticas de empréstimos com juros abusivos por parte dos bancos, falha na proteção dos dados do cliente contra fraudes, violações contratuais tanto por parte dos clientes como dos bancos, fraudes, cobranças indevidas ou manipulação de taxas de juros, bem como ajuizamento de processos contra clientes por inadimplência, entre outras situações.

No entanto, a eficácia da audiência de conciliação é comprometida quando uma das partes não manifesta interesse em buscar um acordo ou um diálogo em relação a propositura da ação. Em muitos casos, é frequente que em processos bancários as partes não apresentem propostas ou alternativas para encerrar a lide antes mesmo da fase de contestação, não aproveitando o momento oportuno para realizar uma negociação. Esse cenário resulta em processos prolongados, causando atrasos em outras ações judiciais, já que ocupam espaço nas pautas de audiências designadas e demandam semanas para a sua realização.

Neste sentido, é possível observar o seguinte relatório analítico propositivo encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que teve como objetivo investigar os fatores que levam à eficácia da conciliação e a mediação, como também forma de gestão dos procedimentos da Justiça Estadual de primeiro grau:

Porém, é muito notável as diferenças quanto à natureza da pessoa: pessoas jurídicas, em regra são mais difíceis de finalizar um processo em acordo. As mais citadas foram os bancos, o poder público e as

concessionárias de serviço público. Os entrevistados são quase unânimes ao mencionar que não é possível fazer acordo com bancos, pois estes enviam prepostos sem poder de negociação. No estado do Ceará, foi determinada a imposição de multa para a ausência da parte na audiência. Os entrevistados relataram ser ainda pior, pois a parte comparece e faz uma oferta inaceitável apenas para não receber a multa - ²⁰⁴ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mediação e conciliação avaliadas empiricamente, jurimetria para proposição de ações eficientes. (CNJ, p. 145: 2019).

O princípio da celeridade processual, que será abordado ao decorrer do artigo, se caracteriza por um procedimento desprovido de demoras jurisdicionais desnecessárias. Contudo, a imposição da audiência de conciliação sem o interesse de um dos polos da lide, pode resultar em atrasos injustificados no curso do processo. Assim, a audiência, na forma como se configura, assume predominantemente uma natureza formal, carecendo da capacidade de gerar resultados concretos e significativos. Isso ocorre porque é essencial para o êxito na conciliação que o interesse seja mutuamente compartilhado pelos envolvidos.

Pontue-se que o sistema de autocomposição inaugural dependerá do interesse de apenas uma das partes, eis que para a inoccorrência da sessão de conciliação do 334 será necessário que o autor na exordial (art. 319,VII) diga de seu desinteresse e o réu, com dez dias de antecedência, contados da data da audiência, faça o mesmo mediante simples petição. (JR., Humberto, p. 261, 2016)

Em síntese, a conciliação destaca-se por se tratar de um importante método alternativo para a resolução de litígios, entretanto, em determinadas situações, ela pode se tornar uma formalidade, gerando atrasos desnecessários no processo. Isso fica evidente no relatório analítico propositivo encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nos casos envolvendo instituições bancárias, a ausência de apresentação de propostas de acordo, com a justificativa de falta de autonomia para transigir por parte dos representantes, levanta o questionamento de se estas deveriam manifestar nos autos a falta de interesse em participar da audiência, visando à transparência e eficiência do processo conciliatório.

3 A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL NO CPC/15

No cenário jurídico brasileiro, os princípios constitucionais desempenham um papel fundamental na moldagem e aplicação das leis, especialmente em processos envolvendo instituições bancárias.

Dentre esses princípios destacam-se o contraditório, o devido processo legal, o juiz natural, a imparcialidade, a isonomia, a ampla defesa, a fundamentação das decisões judiciais, a publicidade, a inafastabilidade de jurisdição, o duplo grau de jurisdição, a licitude da prova, a gratuidade da justiça, a efetividade, a duração razoável do processo e a celeridade.

O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004, garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem sua celeridade.

Neste contexto, o foco de análise concentra-se nos princípios da celeridade e razoável duração do processo no contexto do CPC/15, com ênfase nas ações bancárias, no qual as audiências preliminares de conciliação são frequentemente designadas, porém, dificilmente resultam em acordo.

Em relação ao princípio da duração razoável do processo, segundo Rafael Ribeiro Albuquerque Adrião:

Esse princípio garante às partes o direito de ter seus processos analisados e julgados no tempo correto, evitando, assim, uma demora jurisdicional desnecessária, que prejudica as partes. A razoável duração do processo não quer dizer que todo processo deve ser julgado rapidamente, mas, sim, que ele deve ser julgado dentro do tempo razoável, considerando a complexidade do processo e todos os trâmites que vão ocorrer na fase instrutória (ADRIÃO, Rafael R., A., p. 57, 2018)

Portanto, embora permeado pela subjetividade em relação a um prazo razoável, exige que o processo transcorra no tempo necessário para resolver o conflito, garantindo a observância do devido processo legal. O CPC/2015 trouxe alterações significativas para promover a conciliação como meio eficaz de solução de conflitos, mas é crucial examinar a eficácia dessas audiências em procedimentos bancários, muitas vezes sem acordos.

Quanto ao princípio da celeridade, este surge como uma extensão do princípio da razoável duração do processo, oferecendo uma interpretação mais objetiva e traduzindo-se em um processo livre de procedimentos desnecessários, alinhado com o princípio da

economia processual. Em outras palavras, a celeridade implica a condução do processo de forma ágil, garantindo a realização dos procedimentos essenciais para a prestação jurisdicional eficaz.

4 CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC) E O SETOR PRÉ-PROCESSUAL

O CPC/15, por meio do seu artigo 165, estabeleceu a instituição CEJUSC, com o propósito de desenvolver e auxiliar o Poder Judiciário, viabilizando a marcação das audiências de conciliação em prazos adequados, evitando assim comprometer a eficácia do procedimento.

Os CEJUSCs desempenham um papel essencial no panorama judiciário, oferecendo métodos alternativos processuais e pré-processuais de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a justiça restaurativa. Além disso, essas unidades também se dedicam à orientação e promoção dos direitos dos cidadãos, contribuindo para a construção de uma sociedade pacífica e justa.

Criados em 2010 pela Resolução 125 do CNJ, entretanto, foi em 2015, com a promulgação do CPC/15 e da Lei de Mediação (Lei Nº 13.140, de 26 de junho de 2015), que essas unidades ganharam ainda mais respaldo legal e destaque em sua atuação. Diariamente, os CEJUSCs conduzem sessões de conciliações e mediações processuais e pré-processuais, empregando diversas técnicas alternativas para a solução de conflitos.

A busca por alternativas ao modelo tradicional, no qual um terceiro, o juiz, decide pelas partes, tem levado o setor judiciário a promover a pacificação social. A conciliação, mediação e justiça restaurativa incentivam os envolvidos a dialogarem e encontrarem a melhor solução para o litígio, por meio da negociação de interesses. Essa abordagem proativa visa não apenas resolver desentendimentos, mas resgatar laços e manter relações, promovendo o diálogo e o equilíbrio social.

O CEJUSC também emprega o método de resolução de conflitos por meio de uma reclamação pré-processual. Esta consiste em uma demanda formulada pela parte interessada, objetivando a realização de uma audiência de conciliação antes mesmo da propositura de uma ação judicial. O procedimento ocorre por meio de uma carta-convite, convidando a outra parte para participar de uma audiência de conciliação, embora sua presença não seja obrigatória. Essa abordagem se configura como uma alternativa para o cidadão ou empresas resolverem um conflito específico sem a necessidade de um processo judicial. Ao optar pelo CEJUSC, as partes têm a oportunidade de encontrar soluções de uma maneira eficaz e colaborativa.

Importante ressaltar que um acordo realizado no setor pré-processual, pode ser homologado pelo juiz, conferindo-lhe a mesma força e validade de uma sentença judicial. Assim, os CEJUSCs se consolidam como instrumentos valiosos na construção de uma justiça mais acessível, eficiente e centrada na resolução pacífica de conflitos.

De acordo com o levantamento realizado pelo CNJ por meio do relatório da Justiça em Números, percebe-se uma evolução significativa no cenário dos CEJUSCs de Minas Gerais ao longo dos anos de 2020, 2021 e 2022. Entretanto, também observa-se uma tendência de crescimentos no número de novos casos por cem mil habitantes no estado.

Em 2020, contabilizava-se a presença de 212 CEJUSCs, no entanto, neste mesmo ano, o relatório destacou a ocorrência de 6.133 novos processos judiciais na justiça estadual para cada 100 mil habitantes.

No ano subsequente, 2021, observou-se um aumento considerável para 285 CEJUSCs, reforçando a importância dos Centros na resolução de litígios. Nesse período, a carga processual continuou a crescer, registrando-se 6.265 casos novos por 100.000 habitantes na justiça estadual.

Em 2022, o número de CEJUSCs atingiu 299, evidenciando uma expansão contínua. Neste mesmo ano, o relatório destacou um aumento expressivo na carga processual, totalizando 7.303 novos processos na justiça estadual para cada 100 mil habitantes.

Esse contexto revela não apenas o crescimento quantitativo dos CEJUSCs, mas também uma crescente demanda de processos judiciais. Neste sentido, observa-se que a realização de audiências desprovidas de interesse das partes apenas contribui para agravar a sobrecarga nas pautas de audiências, intensificando a já existente morosidade processual.

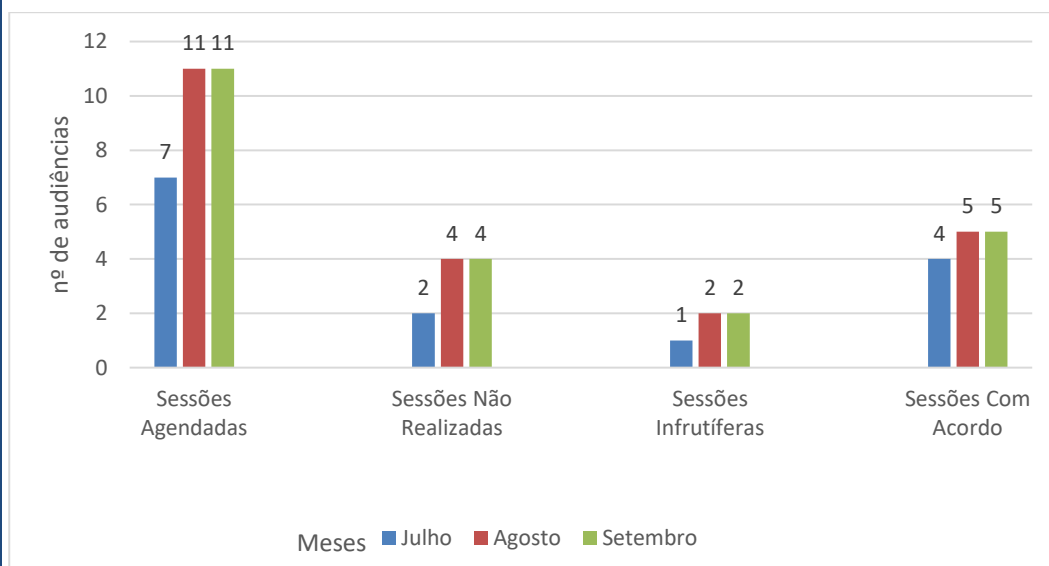
5 ESTUDO DA EFICÁCIA DAS AUDIÊNCIAS CONCILIATÓRIAS NO CEJUSC DE VESPASIANO

Conforme mencionado anteriormente, realizaram-se duas pesquisas de campo quantitativas no CEJUSC de Vespasiano através do sistema Processo Judicial Eletrônico (PJE), uma no contexto processual e outra no pré-processual, abordando as ações cíveis e de família. Apesar de as ações de família não serem o foco central deste artigo, as audiências relacionadas a esse tipo de processo foram avaliadas com o propósito de verificar a efetividade das audiências de conciliação em outras categorias processuais, além da abordada como tema principal do presente artigo.

A escolha por concentrar a análise nos dados referentes aos meses de julho, agosto e setembro de 2023 foi realizada com o intuito de oferecer uma abordagem mais atual. Após a coleta dos dados obtidos pelo sistema PJE, realizou-se a tabulação e análise dos resultados dos procedimentos cíveis e de família. Essa análise abrangeu o índice de acordo nos procedimentos pré-processuais e processuais, o índice de realização de audiências, bem como outros indicadores relevantes.

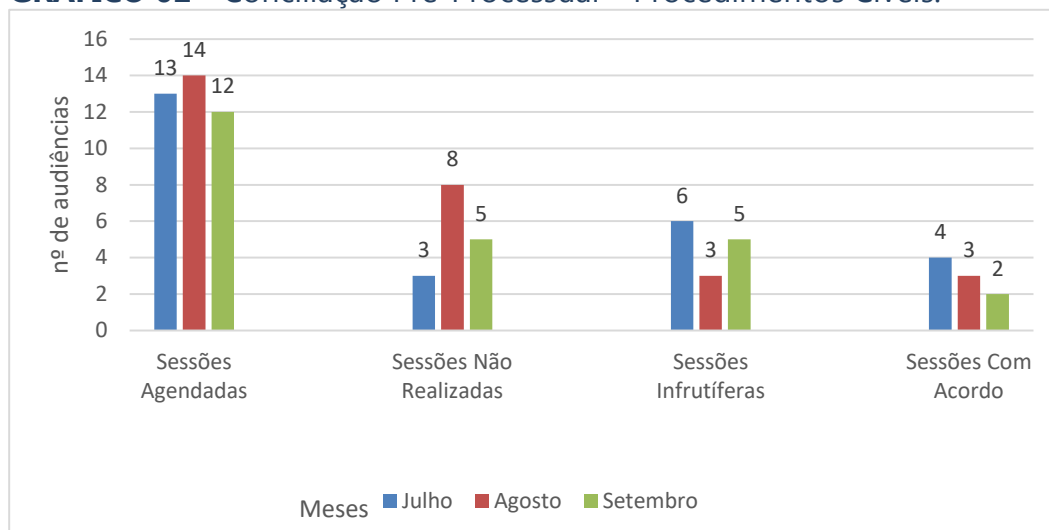
Os Gráficos 01 e 02 a seguir apresentam informações específicas sobre os procedimentos pré-processuais de família e cíveis, respectivamente. Essas informações incluem a taxa de sessões agendadas, aquelas que não foram realizadas, as que não resultaram em acordo e as que culminaram na formalização de acordos.

GRÁFICO 01 - Conciliação Pré-Processual - Família.



Fonte: Elaboração própria (2023).

GRÁFICO 02 - Conciliação Pré-Processual – Procedimentos Cíveis.



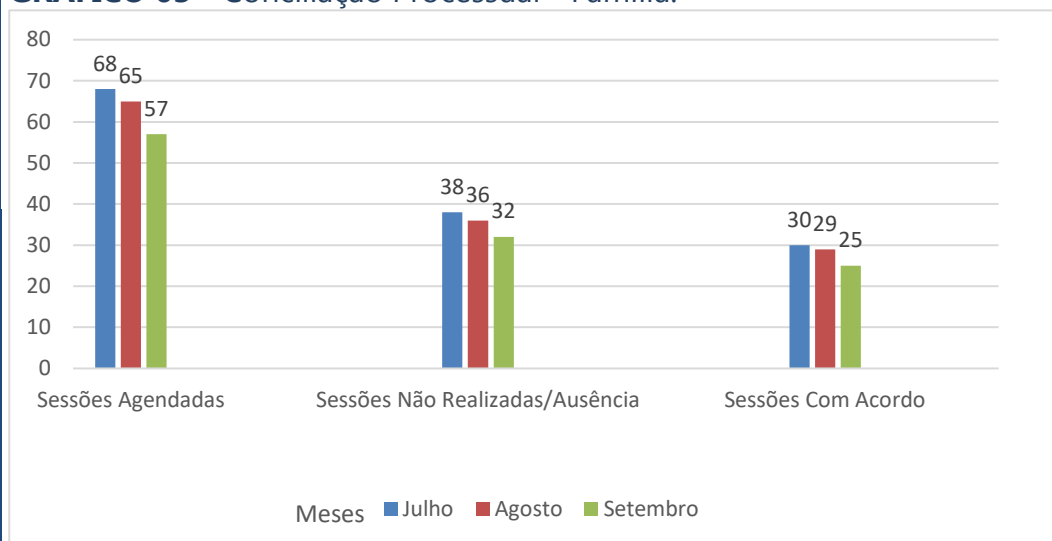
Fonte: Elaboração própria (2023).

Percebe-se que nos procedimentos de família no ambiente pré-processual, o índice de acordo, calculado sobre as sessões realizadas, foi de 80% no mês de julho e de 71,4% nos meses de agosto e setembro. No que diz respeito aos procedimentos cíveis, a taxa de acordo foi de 40% em julho, 50% em agosto e 28,6% em setembro. Estes dados demonstram a eficácia das conciliações pré-processuais em relação aos procedimentos cíveis.

Além disso, foi conduzida uma pesquisa para avaliar os acordos nos procedimentos processuais, e buscou-se realizar um comparativo com os procedimentos cíveis, destacando-se de maneira mais específica os procedimentos relacionados às instituições financeiras.

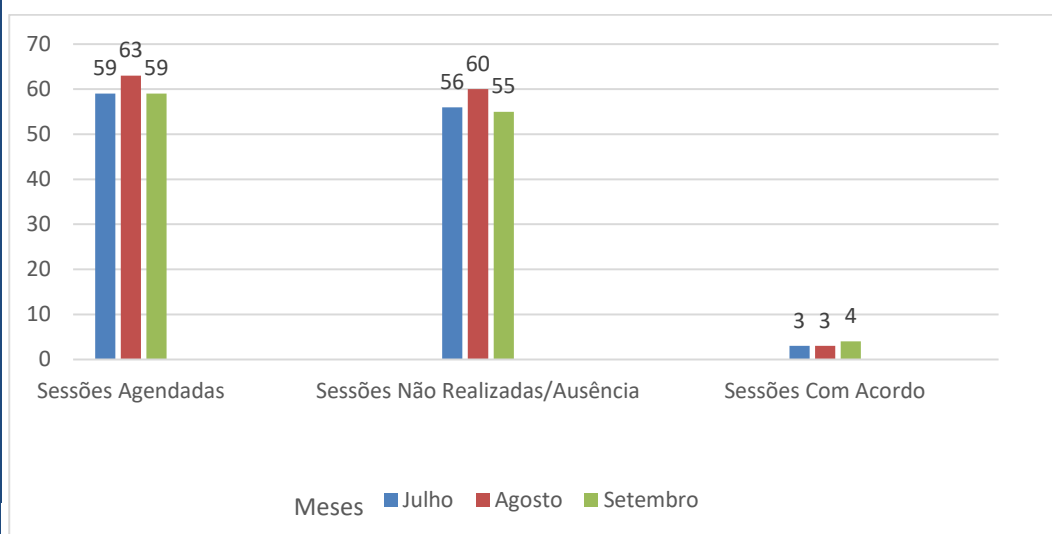
Observa-se no gráfico 03 os procedimentos relacionados a questões familiares, enquanto o Gráfico 04 aborda os procedimentos cíveis. Desta forma, foram registradas as sessões agendadas, aquelas que não foram realizadas devido à ausência de participantes ou se mostraram infrutíferas, além das sessões que resultaram na formalização de acordos.

GRÁFICO 03 - Conciliação Processual - Família.



Fonte: Elaboração própria (2023).

GRÁFICO 04 - Conciliação Processual - Cíveis.



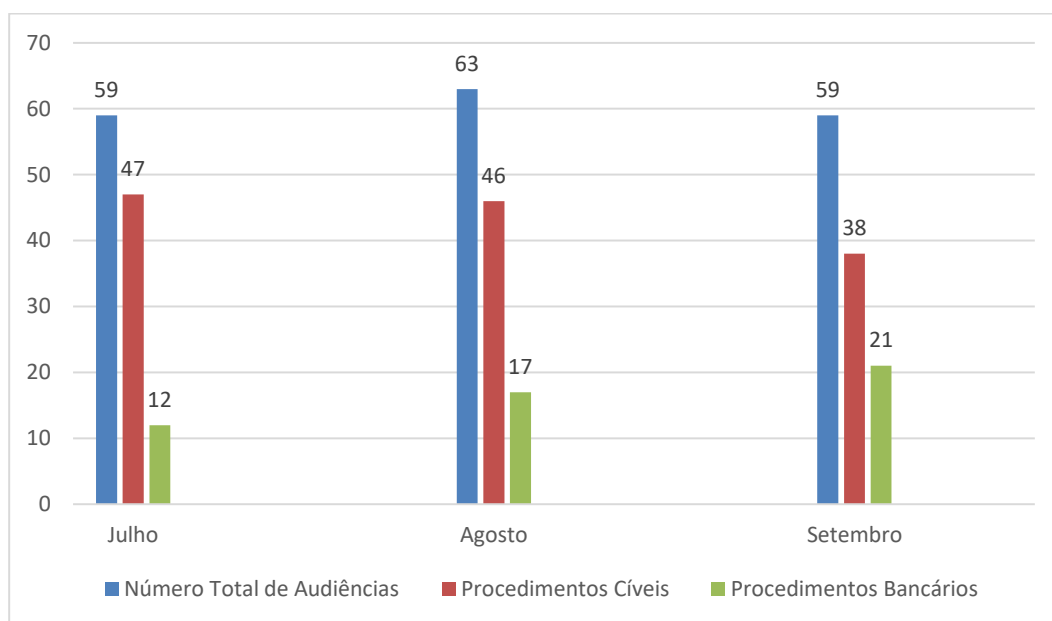
Fonte: Elaboração própria (2023).

O índice de acordo nas audiências processuais de família foi de 44,1% no mês de julho, 44,6% em agosto e 43,9% em setembro. Já nos procedimentos comuns cíveis, a taxa de acordo foi de 5,1% em julho, 5,7% em agosto e 6,8% em setembro.

Ao analisar os dados apresentados no gráfico 04, em relação aos procedimentos comuns cíveis, nota-se que, em comparação com os procedimentos de família, a taxa de acordos é significativamente baixa. Além disso, ao confrontar a taxa de acordos nos

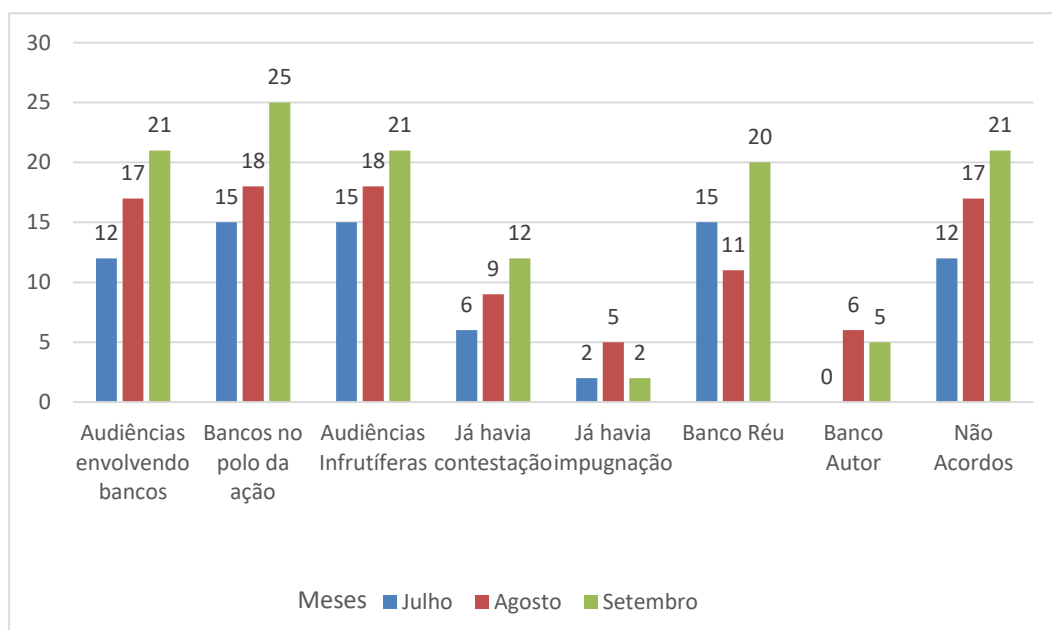
procedimentos comuns cíveis com aqueles que envolvem instituições bancárias, observa-se uma relutância em buscar composição durante as audiências preliminares nesses tipos específicos de procedimentos, como evidenciado nos gráficos 05 e 06 a seguir:

GRÁFICO 5 - Comparativo da quantidade de audiências cíveis com as bancárias



Fonte: Elaboração própria (2023).

GRÁFICO 6 - Audiências bancárias.



Fonte: Elaboração própria (2023).

Conforme apresentado no Gráfico 05, o índice de audiências bancárias foi de 20,3% em julho, 27% em agosto e 35,6% em setembro, em relação ao total de audiências de procedimentos cíveis nos respectivos meses.

Ao realizar uma análise mais aprofundada dos procedimentos bancários, observa-se, conforme o Gráfico 06, que em alguns procedimentos há a presença de mais de uma instituição financeira nos polos da lide.

Destaca-se que em diversas situações, as contestações foram apresentadas antes da data designada para a audiência de conciliação. Essa antecipação foi observada em 50% dos casos em julho, 52,9% em agosto e 57,1% em setembro. Outrossim, em alguns cenários, as impugnações também já haviam sido apresentadas, representando 16,7% em julho, 29,4% em agosto e 9,5% em setembro. Observou-se ainda a distribuição das posições processuais dos bancos, sendo que no mês de julho eles não atuaram como autores em nenhuma ação. Em agosto, foram autores em 35,3% dos casos, enquanto em setembro essa proporção diminuiu para 23,8%.

Em síntese, a análise aprofundada dos procedimentos bancários ao longo dos três meses revelou nuances significativas. Ao observar os dados apresentados nos gráficos 01, 02, 03, 04, 05 e 06, é possível concluir que as audiências de conciliação demonstram efetividade em diversos procedimentos, como os de família, tanto no setor pré-processual, quanto no processual. Adicionalmente, observa-se que as audiências relacionadas aos procedimentos cíveis pré-processuais também apresentam uma taxa satisfatória de acordos. No entanto, é fundamental ressaltar que das cinquenta audiências bancárias processuais analisadas durante este período, nenhuma resultou em acordos entre as partes, indicando a falta de efetividade na designação de audiências conciliatórias para esse tipo de procedimento.

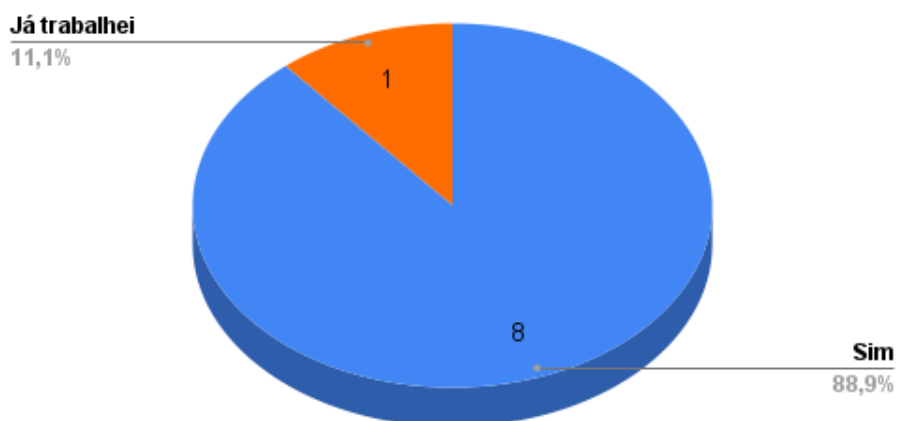
Apesar de a contestação ter sido apresentada no processo antes da audiência de conciliação em 50% dos casos em julho, 52,9% em agosto e 57,1% em setembro, a audiência não foi cancelada. Esses números sugerem que as instituições não manifestam desinteresse; no entanto, mesmo sem expressar desinteresse, não apresentam propostas de acordo e não aceitam os acordos apresentados pelas outras partes, muitas vezes devido à presença de representantes sem a autorização adequada para realizar transações. Quando têm essa autorização, muitas vezes ela é limitada, restringindo sua capacidade de negociar. Portanto, a audiência de conciliação acontece apenas para realizar o ato, traduzindo-se em um procedimento meramente formal.

6 QUESTIONÁRIO ESTRUTURADO DO ENVOLVIMENTO DOS PROFISSIONAIS BANCÁRIOS EM RELAÇÃO AO CONCEITO DO SETOR PRÉ-PROCESSUAL

Foi aplicado um questionário estruturado aos funcionários das agências bancárias de Vespasiano, incluindo o Banco Bradesco, Banco Santander, Banco Cooperativo do Brasil S.A. (Sicoob), Itaú Unibanco e Banco do Brasil, por meio de fichamento manual e do Google Forms. Além disso, também foi aplicado aos funcionários de duas agências do Banco Mercantil do Brasil na região central de Belo Horizonte.

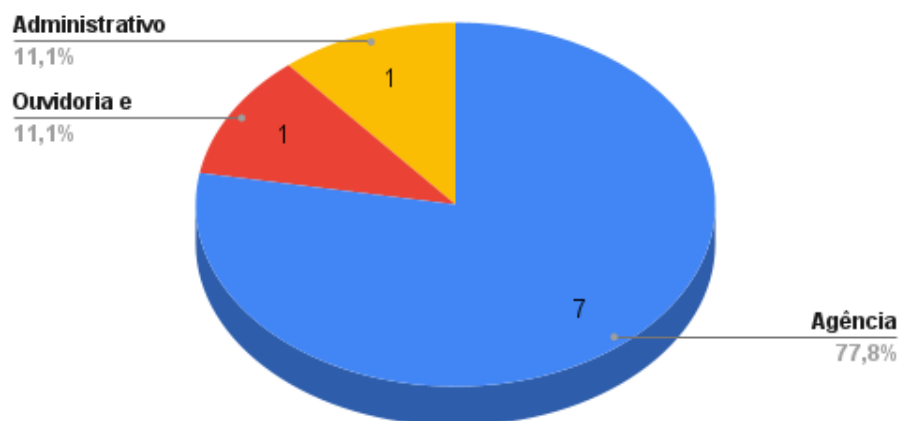
A solicitação foi para que os agentes bancários respondessem de maneira anônima e enviassem as respostas para o setor jurídico de seus respectivos bancos, para avaliar o grau de conhecimento dos entrevistados em relação ao CEJUSC e o interesse dos mesmos em participar de uma audiência pré-processual. Essa abordagem visava as opiniões reais dos respondentes, proporcionando à pesquisa dados autênticos sobre suas percepções.

Gráfico 07 - Você trabalha ou já trabalhou em alguma instituição do setor bancário?



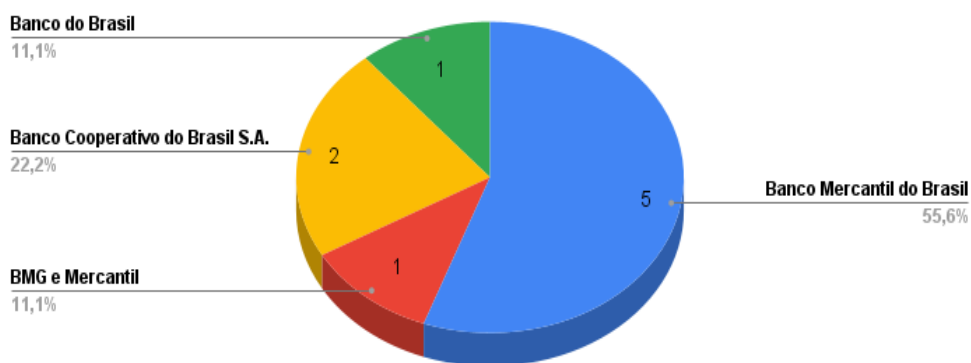
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 08 - Em qual setor você trabalha/trabalhou na instituição?



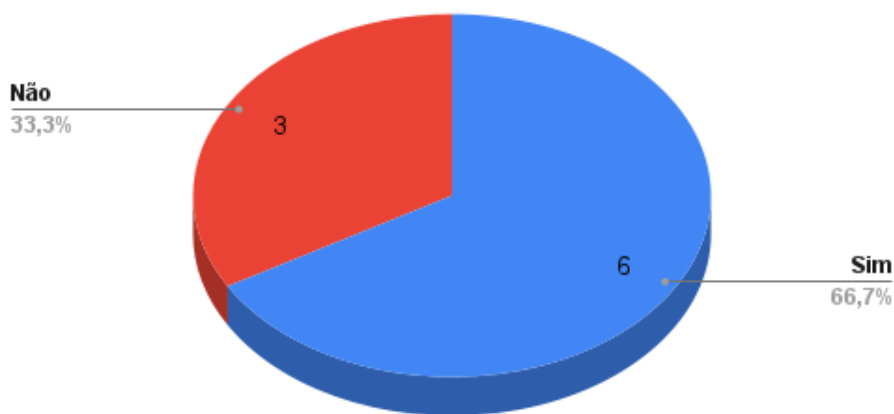
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 09 - Em qual instituição financeira você trabalha/trabalhou?



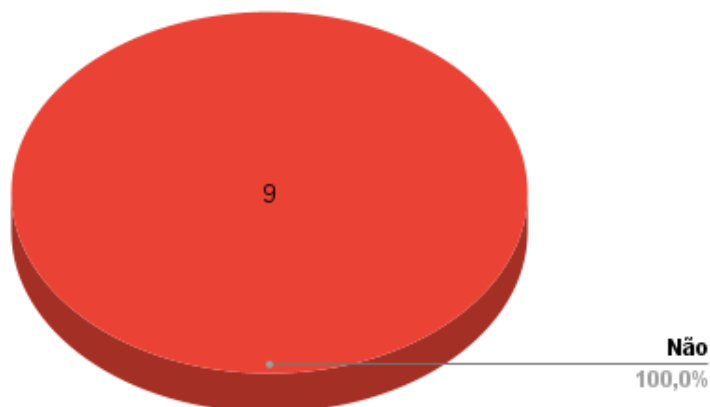
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 10 - Você está ciente da existência do CEJUSC e de seus serviços de mediação e conciliação para resolver conflitos de forma pré-processual?



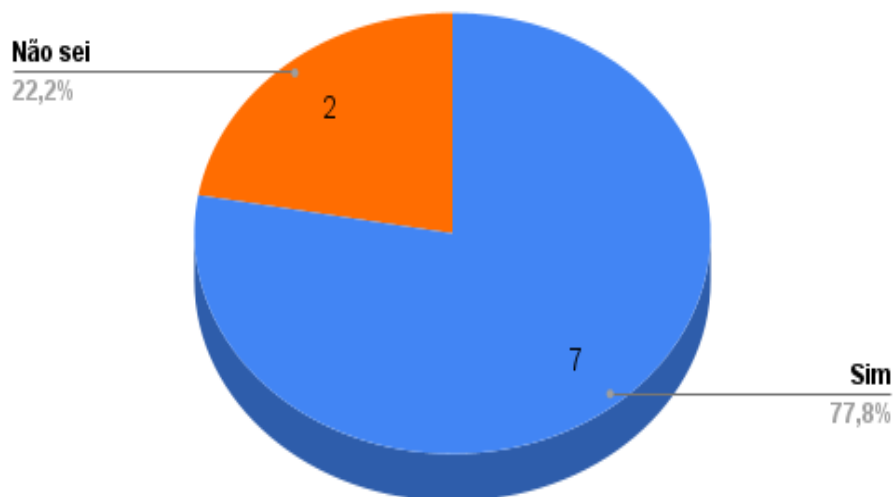
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 11 - Você já participou de algum procedimento pré-processual no CEJUSC?



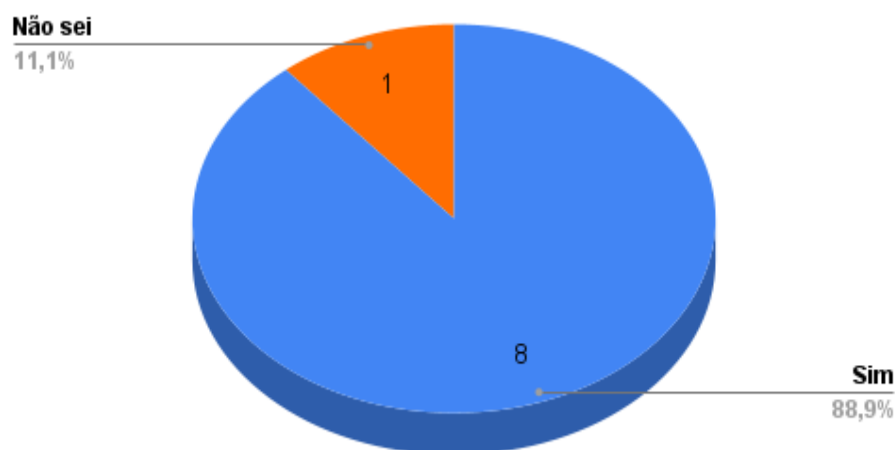
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 12 - Você sabe se o banco em que você trabalha/trabalhou tem algum procedimento interno para lidar com clientes inadimplentes antes de buscar soluções judiciais?



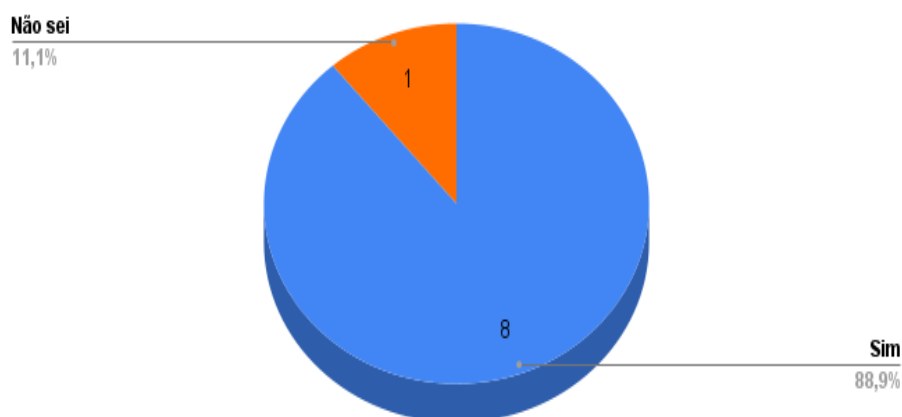
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 13 - Você acredita que a mediação e a conciliação são alternativas viáveis para resolver litígios de inadimplência?



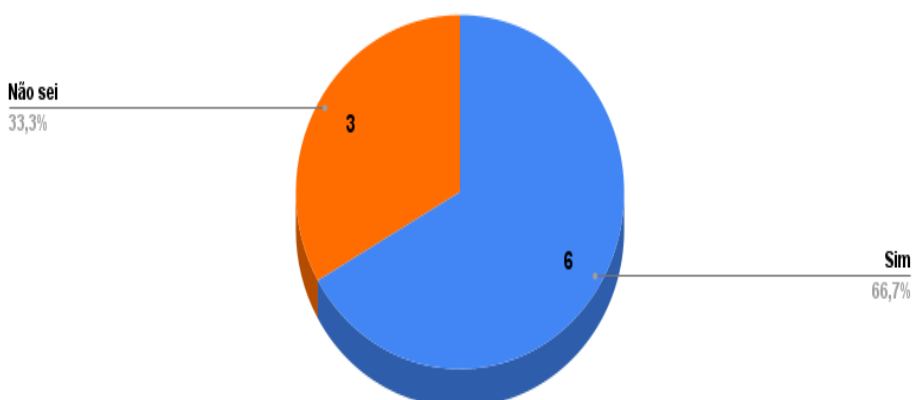
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 14 - Você acredita que a participação do banco em procedimentos pré-processuais no CEJUSC poderiam melhorar a reputação do banco e a satisfação do cliente?



Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 15 - Você acredita que o banco no qual você trabalha/trabalhou estaria disposto a participar de uma audiência no CEJUSC para tratar com os clientes sobre dívidas de inadimplências?



Fonte: Elaboração própria (2023).

Após a análise das respostas fornecidas pelos entrevistados, é possível concluir que o CEJUSC, em seu setor pré-processual, é relativamente conhecido, com um índice de 66,7%. No entanto, destaca-se que nenhum dos entrevistados participou de uma audiência pré-processual.

Com base na pesquisa realizada, a maioria dos entrevistados demonstra ter conhecimento sobre o CEJUSC. Apesar de possuírem esse conhecimento e serem favoráveis à realização das audiências de conciliação pré-processuais, quando comparados aos resultados apresentados no gráfico 06 referente às audiências bancárias processuais, os entrevistados aparentemente não têm autoridade ou poderes para negociar e chegar a um acordo durante a audiência de conciliação. Esse contraste sugere uma limitação na capacidade dos entrevistados em realizar acordos em audiências pré-processuais. Entretanto, os mesmos se mostraram receptivos à conciliação, e os dados indicam que essa poderia ser uma abordagem eficaz na resolução do conflito de forma pré-processual, especialmente ao lidar com clientes inadimplentes, antes de tomar a medida de ajuizar uma ação.

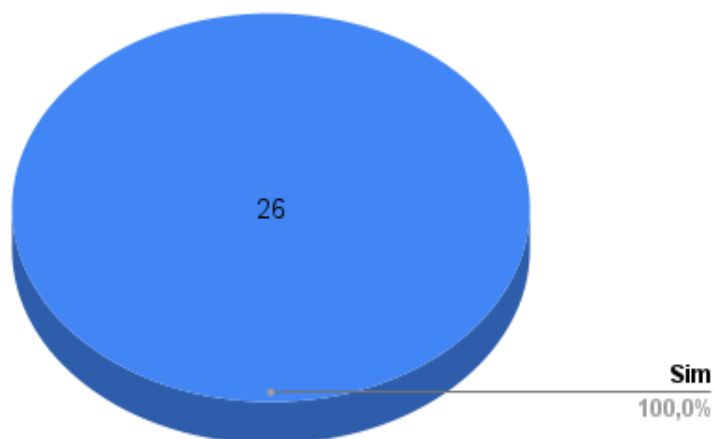
Além disso, conclui-se que nem todos os entrevistados efetivamente responderam à pesquisa. Essa constatação é evidenciada pela diferença entre o número de respostas obtidas e a quantidade de pessoas abordadas para as quais o questionário foi disponibilizado.

7 QUESTIONÁRIO ESTRUTURADO COM INDIVÍDUOS QUE ESTÃO OU ESTIVERAM NO OUTRO POLO DA LIDE EM AÇÕES BANCÁRIAS

A quarta e última pesquisa para o desenvolvimento deste artigo envolveu pessoas que estão ou já estiveram envolvidas em um processo judicial no qual uma instituição bancária figurava nos polos da lide. O autor conduziu a pesquisa pessoalmente, obtendo informações de vinte e seis participantes diretamente nos caixas eletrônicos das agências bancárias, nas portas dos bancos e no CEJUSC/Vespasiano. As informações foram coletadas após a realização de algumas audiências no CEJUSC.

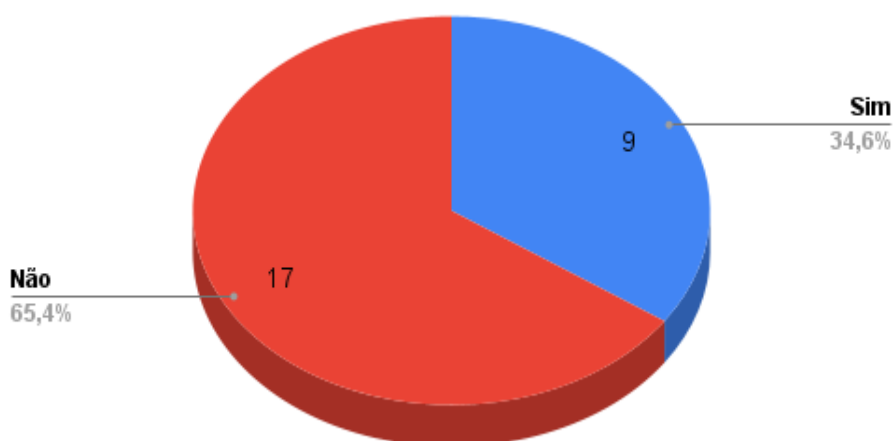
Os dados foram registrados, incluindo as informações fornecidas pelos entrevistados, tanto por meio de fichamento manual quanto pelo Google Forms, para aqueles que optaram por essa forma de resposta. Os participantes que não estavam familiarizados com o conceito de setor pré-processual foram devidamente esclarecidos antes de responderem às perguntas 19 e 20, visando garantir resultados mais precisos para a pesquisa.

Gráfico 16 - Atualmente ou em algum momento no passado, você esteve envolvido(a) em um processo judicial relacionado a uma instituição bancária?



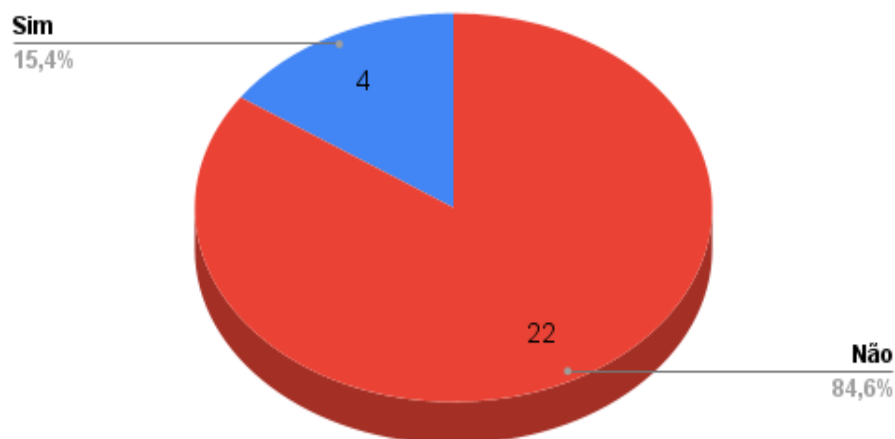
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 17 - Você está ciente da existência do CEJUSC e de seus serviços de mediação e conciliação para resolver conflitos de forma pré-processual?



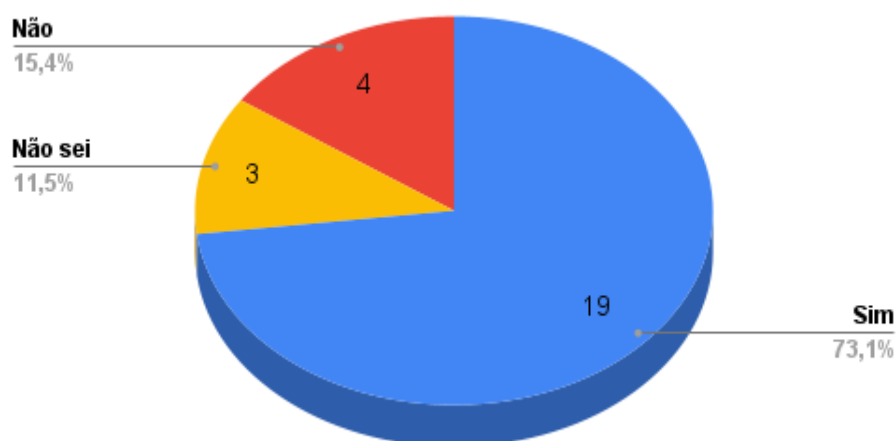
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 18 - Você já participou de algum procedimento pré-processual?



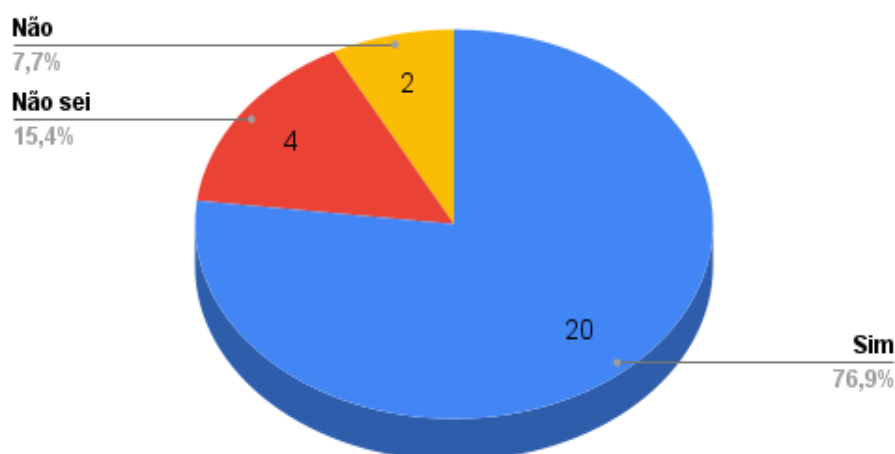
Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 19 - Você estaria disposto(a) a participar de uma audiência de conciliação pré-processual envolvendo uma instituição bancária antes de ingressar formalmente com uma ação judicial?



Fonte: Elaboração própria (2023).

Gráfico 20 - Se você fosse convidado(a) pelo banco para participar de uma audiência de conciliação pré-processual para discutir uma questão pendente, você estaria disposto(a) a comparecer?



Fonte: Elaboração própria (2023).

Após a análise dos dados, constatou-se que a maioria dos participantes (65,4%) de fato não conheciam o setor pré-processual. Dos 34,6% que tinham conhecimento, apenas 44,4% deles já haviam participado de uma audiência neste tipo de procedimento. A adesão a esse sistema para tentativas de diálogo e acordo, especialmente em questões bancárias, foi expressiva, ultrapassando os 70%, tanto para aqueles figurando no polo passivo quanto no ativo da lide.

Algumas respostas indicaram que a disposição para participar das audiências bancárias estava condicionada ao banco estar disposto a realizar um acordo ou discutir propostas para resolver o problema que motivou o conflito. Os participantes expressaram que, frequentemente, quando um problema com o banco se transforma em um processo, a instituição financeira não apresenta propostas de acordo nas audiências de conciliação preliminares. Além disso, os participantes destacaram que, sem a autorização das financeiras, os advogados e os prepostos não têm a permissão de firmar um acordo durante as audiências.

Assim, observa-se que as partes envolvendo pessoas físicas nos processos bancários, em sua maioria, são favoráveis às audiências de conciliação e à tentativa de

resolução da lide durante essas audiências. No entanto, enfrenta-se desafios ao tentar estabelecer um diálogo e chegar a um acordo com as instituições bancárias.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise aprofundada sobre a eficácia das audiências de conciliação preliminares nos procedimentos bancários, é possível destacar importantes constatações. O presente artigo teve como objetivo examinar a dinâmica das audiências de conciliação preliminares obrigatórias em procedimentos bancários, avaliando se este mecanismo está alinhado com os princípios da celeridade e razoável duração do processo. Além disso, buscou-se analisar as audiências realizadas no CEJUSC, tanto no setor pré-processual quanto processual, e verificar a taxa de acordo alcançada, a fim de avaliar a efetividade das audiências bancárias no trâmite do processo.

Diante disso, pretendeu-se analisar o disposto no Art. 334, § 4º, inciso I, reconhecendo o empenho do legislador em estimular a audiência de conciliação preliminar. Apesar de ser uma ferramenta valiosa para as partes construírem soluções, constatou-se que, em determinadas circunstâncias, como nas ações bancárias, pode contribuir para a demora processual, agravando a morosidade enfrentada pelo Poder Judiciário, não contribuindo significativamente para o desenvolvimento do processo. Essa situação contraria os princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, ocasionando um prolongamento desnecessário que apenas retarda o trâmite processual.

Logo, propõe-se que uma melhoria na efetividade do processo e no atendimento aos princípios constitucionais poderia ser alcançada por meio da revisão da redação do artigo 334, §4º, inciso I. Os dados sugerem que a não realização da audiência fosse determinada quando houvesse manifestação de desinteresse por parte de apenas um dos litigantes, interpretando o silêncio como aceitação tácita do procedimento.

Durante a condução do projeto, foram realizadas as pesquisas de campo em instituições bancárias, envolvendo agentes bancários, bem como com indivíduos que atuaram nos polos ativos e passivos de processos bancários. Importante ressaltar que nem todos os participantes optaram por participar, e algumas instituições não forneceram o retorno do questionário. Em relação às respostas obtidas, a maioria dos agentes e das pessoas entrevistadas demonstraram receptividade positiva à possibilidade de tentar resolver conflitos no setor pré-processual no CEJUSC.

Uma alternativa viável para a resolução de litígios pode ser encontrada na abordagem pré-processual, na qual as partes buscam resolver os conflitos por meio de uma reclamação pré-processual. Contudo, a eficácia desse caminho é incerta,

especialmente considerando os resultados da pesquisa processual, em que das cinquenta audiências avaliadas ao longo de três meses, nenhuma resultou na efetivação de acordos, levantando dúvidas sobre a disposição do banco em comparecer e negociar nesta instância. Entretanto, sugere-se a convocação de um um preposto, idealmente um agente bancário da agência relacionada ao problema que deu origem à ação, para atuar como representante do banco e para explorar oportunidades de acordo durante a audiência de conciliação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRIÃO, Rafael R., A. et al. **Instituições do processo civil**, Grupo A, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595024526/pageid/56>>, Acesso em: 10 de out. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jul. 2023.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. 29 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> . Acesso em: 18 jul. 2023.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597016734/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover\]/4/2/2%4051:1](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597016734/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover]/4/2/2%4051:1)>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SALLES Carlos Alberto, D. et al. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**, Grupo Gen, 2021. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640089/epubcfi/6/24\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml10\]/4/212/8/1:297\[sua%2Cis%20\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640089/epubcfi/6/24[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml10]/4/212/8/1:297[sua%2Cis%20]>)> . Acesso em: 25 ago. 2023.

JR., Humberto, T. et al. **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização**, 3ª edição, Grupo Gen, 2016. Disponível em:

<[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530970406/epubcfi/6/34\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter5\]!/4/28/1:60\[esc%2Crit\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530970406/epubcfi/6/34[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter5]!/4/28/1:60[esc%2Crit]) >. Acesso em: 25 ago. 2023.

JUNIOR, Luiz Antonio S. **Arbitragem: Mediação, Conciliação e Negociação**. Grupo GEN, 2023. Disponível em:

<[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559648191/epubcfi/6/42\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559648191/epubcfi/6/42[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20]!/4) > . Acesso em: 25 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Analítico Propositivo: Justiça Pesquisa, 2019**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>> Acesso em: 21 novembro. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>> Acesso em: 21 novembro. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2023**, 2023. Disponível em: ><https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>> Acesso em: 21 novembro. 2023.

O CRIME DE RACISMO NO BRASIL: A PENALIDADE ENTRE OS CRIMES DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

LUTHER SALVADOR DE ALMEIDA GIBBS:

graduando do curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus FAMETRO¹²⁰

RESUMO: Apesar dos avanços conquistados no combate à discriminação racial, ainda há muitos desafios para garantir a igualdade de direitos e oportunidades para todas as pessoas, independentemente da sua cor ou origem étnica. O racismo é uma forma de exclusão social que causa danos não apenas às pessoas vítimas de preconceito, mas também à sociedade como um todo, ao perpetuar desigualdades e privilégios injustos. É importante discutir e promover políticas e iniciativas que combatam o racismo e estimulem a diversidade cultural e étnica, criando uma sociedade mais justa e inclusiva.

Palavras-chave: Racismo; Injúria Racial; Combate; Crime.

ABSTRACT: Despite the progress made in combating racial discrimination, there are still many challenges to guaranteeing equal rights and opportunities for all people, regardless of their color or ethnic origin. Racism is a form of social exclusion that causes harm not only to people who are victims of prejudice, but also to society as a whole, by perpetuating inequalities and unfair privileges. It is important to discuss and promote policies and initiatives that combat racism and encourage cultural and ethnic diversity, creating a fairer and more inclusive society.

Keywords: Racism. Racial Injury. Combat. Crime.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O CONTEXTO HISTÓRICO DO RACISMO NO BRASIL. 1.1 A ORIGEM DO RACISMO NO BRASIL. 2. O RACISMO SOB A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1 DIFERENÇAS ENTRE OS TERMOS PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO E RACISMO. 2.2 O RACISMO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3. O RACISMO ATRAVÉS DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL. 3.1 SANÇÃO DA LEI 14.532, DE 2023. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

120 E-mail: luthersgibbs@gmail.com

O presente estudo propõe analisar a penalidade entre os crimes de racismo e injúria racial à luz do ordenamento jurídico vigente. Em um mundo marcado por desigualdades e injustiças sociais, o racismo se apresenta como uma das mais perversas formas de discriminação, violando direitos fundamentais do ser humano e perpetuando um ciclo de violência e exclusão. Desta forma, é crucial que o aparato jurídico esteja preparado para enfrentar tais situações, garantindo justiça e reparação às vítimas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. Ainda assim, persistem dúvidas acerca da efetividade desta norma na prática, principalmente no que tange à distinção entre os crimes de racismo e injúria racial. Este estudo tem como objetivo analisar a temática para que se possa propor soluções eficazes e sustentáveis para combater o racismo. Para tanto, buscar-se-á responder à pergunta: Quais as medidas tomadas pelo Estado para combater o racismo no Brasil? A partir disso, espera-se contribuir com reflexões acerca dos desafios na aplicação da lei e possíveis formas de superá-los.

Apesar dos avanços conquistados no combate à discriminação racial, ainda há muitos desafios para garantir a igualdade de direitos e oportunidades para todas as pessoas, independentemente da sua cor ou origem étnica. O racismo é uma forma de exclusão social que causa danos não apenas às pessoas vítimas de preconceito, mas também à sociedade como um todo, ao perpetuar desigualdades e privilégios injustos. É importante discutir e promover políticas e iniciativas que combatam o racismo e estimulem a diversidade cultural e étnica, criando uma sociedade mais justa e inclusiva.

Uma importante conquista na luta contra o racismo foi a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que tornou a injúria racial crime de racismo, em 2019. Isso significa que ofensas verbais ou ataques à honra de uma pessoa com base em sua raça, cor, etnia, religião ou nacionalidade são equiparados ao crime de racismo, que é inafiançável e imprescritível. Essa mudança na lei é fundamental para coibir a prática de ofensas racistas e garantir a proteção dos direitos das minorias étnicas e raciais. No entanto, é preciso avaliar seu impacto na prática, investigando como ela tem sido aplicada pelos órgãos de justiça e quais são as implicações dessa lei para a sociedade como um todo. A pesquisa pode trazer dados empíricos que ajudem a avaliar a efetividade dessa medida e propor ajustes na legislação, se necessário.

O estágio de desenvolvimento dos conhecimentos referentes ao tema do racismo é bastante avançado, mas ainda há muito a ser investigado. Muitos aspectos do racismo ainda não foram completamente compreendidos, como suas causas e consequências sociais, culturais e psicológicas. Além disso, há muitas lacunas de conhecimento sobre as formas de combate ao racismo que são mais efetivas e sustentáveis em longo prazo.

1 O CONTEXTO HISTÓRICO DO RACISMO NO BRASIL

O racismo no Brasil tem raízes históricas profundas, desde a época da escravidão, que deixaram um legado de desigualdade racial.

1.1 A Origem do Racismo no Brasil

Para entender o racismo no Brasil, precisamos voltar ao início, quando os portugueses introduziram na cultura brasileira a crença errônea de que as pessoas deveriam ser escravizadas, especialmente as pessoas negras trazidas pelos navios. Onde esses africanos presos sofreram crueldade, miséria, exploração, tortura e degradação humana.

Racismo é a suposição de que há raças e, em seguida, a caracterização biogênica de fenômenos puramente sociais e culturais. E também uma modalidade de dominação ou, antes, uma maneira de justificar a dominação de um grupo sobre o outro, inspirada nas diferenças fenotípicas da nossa espécie. Ignorância e interesses combinados, como se vê (SANTOS, 2010, p.12).

Portanto, o racismo surge da necessidade de estabelecer uma hierarquia na sociedade que se baseia em disposições biológicas. Como resultado, o outro adquire o poder de controlar a vida dos outros. Isso significa que essa dominação é uma das relações mais antigas entre os humanos e pode se manifestar de várias maneiras, com destaque para as étnicas e raciais.

O racismo é uma ideologia a serviço da dominação que até hoje tem contribuído para a manutenção do status quo, de forma a segregar, utilizando de diversos mecanismos de perseguição, pregação do medo, disseminação do ódio, de manutenção da ignorância, tais como a desconstrução da identidade, a criação de estereótipos negativos para denegrir a imagem dos negros. (MUNANFA, 1996 apud SANTANA, 2005).

O tráfico negro foi a base do sistema escravagista, que durou mais de mil e duzentos anos. onde os portugueses e as tribos africanas fizeram acordos para comercializar vidas negras.

Ao percorrer a costa africana no século XV, os portugueses haviam começado o tráfico de africanos, facilitado pelo contato com sociedades que, em sua maioria, já conheciam o valor mercantil do Escravo. Nas últimas décadas do século XVI, não só o comércio

negreiro estava razoavelmente montado como vinha demonstrando sua lucratividade. (FAUSTO, 1996, p. 29).

Os negros chegaram ao Brasil com muita intensidade. Quatro milhões de negros foram importados para o Brasil entre 1550 e 1855, a maioria jovens. Além disso, o discurso religioso cristão sustentava a necessidade de castigar os negros para aproximar os cristãos do cristianismo, o que justificava o escravagismo. Ao justificar as diferentes formas de violência que sofreram, eles foram considerados inocentes. Além da força exercida pela população branca através de castigos físicos que facilitavam a dominação, as longas jornadas de trabalho eram estabelecidas de forma extrema, encurtando o tempo de vida dos escravos. (FAUSTO, 1996, p. 29).

Outra justificativa religiosa era que o escravagismo era uma estrutura comum na África que só permitia que os negros fossem transferidos para outra região. Além disso, com o avanço da ciência no século XIX, várias teorias científicas aumentaram o racismo, afirmando que os negros são uma raça inferior com baixa inteligência e emoções instáveis destinadas à submissão. (FAUSTO, 1996, p. 30).

2 O RACISMO SOB A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A jurisdição brasileira considera o racismo como crime, punindo a discriminação racial com penas que variam de acordo com a gravidade da ofensa, visando a proteção dos direitos humanos e a promoção da igualdade racial.

2.1 Diferenças Entre os Termos Preconceito, Discriminação e Racismo

Para entender melhor a legislação brasileira sobre o combate ao crime de racismo, é necessário entender os termos que são frequentemente confundidos. Para começar, precisamos entender que a palavra "raça" foi utilizada para justificar a dominação de um grupo sobre outro. Depois disso, o conceito de "superioridade racial" começou a ser utilizado para justificar várias atrocidades cometidas pelos humanos. Por outro lado, devemos entender a raça a partir do ponto de vista biológico como a existência de variações genéticas que se manifestam fenotipicamente, como traços do rosto, cor da pele e estatura.

Podemos dizer que as raças são efeitos de discursos; fazem parte desses discursos sobre origem. As sociedades humanas constroem discursos sobre suas origens e sobre transmissão de essências entre gerações. Esse é o terreno próprio às identidades sociais e o seu estudo trata desses discursos de Origem. [...] O que são raças para a sociologia, portanto? São discursos sobre as origens de um grupo,

que usam termos que remetem à transmissão de traços fisionômicos, qualidades morais, intelectuais, psicológicas, etc., pelo sangue. (GUIMARÃES, 2003, p.93-107 apud ÁVILA, p.3).

Ao entender o que é raça, é possível analisar o racismo a partir da perspectiva da discriminação de um grupo de pessoas com base em suas características fenotípicas. porque eles criam uma crença de superioridade sobre os outros usando argumentos antiquados e sem base teórica. Em complemento, Bobbio, Matteucci e Pasquino (2004, p.1059 apud ÁVILA, p.7) afirma:

Com o termo Racismo se entende, não a descrição da diversidade de raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar a crença da superioridade de uma raça sob as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores.

Como resultado, o racismo é utilizado como um meio de promover a desigualdade entre grupos sociais. Portanto, a crença de que pessoas com certas características podem ser desvalorizadas e excluídas da sociedade leva a estigmas sociais contra a minoria. Isso se reflete no imaginário e no comportamento humano. Aqui devemos lembrar que a minoria não é um grupo menor ou uma população menor. Em vez disso, é um grupo de pessoas que, por vários motivos, têm dificuldade em se integrar à sociedade devido à discriminação que enfrentam. Portanto, quando falamos sobre minorias neste trabalho, estamos nos referindo a grupos que são menosprezados, como negros, índios e deficientes físicos, entre outros. Deveríamos concluir que o racismo é um tipo de preconceito. Devido ao fato de que o preconceito é um "conceito" que foi desenvolvido antes da realização dos estudos e conhecimentos necessários sobre o assunto. O preconceito pode ser de várias formas, como religioso. Afirma Santos (2010, p. 43 apud ÁVILA, p.10):

[...] preconceito é a formulação de ideia ou ideias (que por vezes alicerçam atitudes concretas), calcadas em concepções prévias que não foram objeto de reflexão devida ou que foram elaboradas a partir de ideias deturpadas. É em suma, um "pré-conceito", algo intelectualmente não maturado ou objeto de falsa racionalização.

Ao contrário, a discriminação, que surge do preconceito, é o ato de distinguir um grupo de pessoas de outras de maneira negativa ou positiva. Isso significa que conceitos estabelecidos distinguem grupos sociais. Devemos afirmar que as ações de política pública não podem ser consideradas como ações discriminatórias negativas, pois o Estado tem tentado permitir a recuperação social de grupos excluídos ao longo da história, como ocorre com o direito à saúde específico para índios e mulheres ou com a política de cotas, que é objeto de muitas discussões atuais.

2.2 O Racismo e a Constituição Federal

Devido às pressões externas que o país sofria, foram estabelecidas normas durante o período colonial para acabar com o sistema escravagista. Como mencionado anteriormente, uma das principais medidas tomadas para conceder liberdade a uma parte da população negra brasileira foram as Leis de Alforrias; no entanto, a Lei Áurea foi finalmente promulgada alguns anos depois. Por outro lado, surge a pergunta: a liberdade dos negros trouxe consigo a independência deles? Alternativamente, fornecer a liberdade às pessoas significa fornecer condições para que elas prosperem? Seria o racismo extinto?

Diante disso, é evidente que o Brasil sempre teve problemas para combater o racismo por meio de políticas públicas e legislativas. O fato é que, embora a população negra tenha recebido a liberdade civil há muitos séculos, a devastação causada pela escravidão persiste até hoje. O racismo se tornou um fardo que a sociedade tem carregado por séculos e se tornou um símbolo da ignorância e displicência da humanidade. Isso ocorre sem políticas públicas eficazes e sem legislação e cultura adequadas.

Portanto, pode-se concluir que o racismo se institucionalizou na sociedade e está presente em todo o mundo. O termo "institucionalização do racismo" refere-se ao momento em que esses crimes deixam de ser cometidos de forma individual - quando uma pessoa acha que é melhor do que outra - e passam a ser cometidos por instituições públicas ou privadas, com base em suas características raciais. Atualmente, embora um grande número de pessoas continue negando a existência do racismo, é possível ver claramente o tratamento diferenciado que as pessoas negras enfrentam, seja quando se trata de acesso à saúde, segurança pública ou emprego.

Portanto, não é difícil perceber a exigência sociocultural de medidas que combatessem o racismo. Sendo que, essa situação passou a ter uma maior ênfase a partir da década de 70, quando cortes internacionais passaram a pressionar os países para que medidas fossem tomadas e combatidas toda e qualquer forma de discriminação. Pode-se afirmar que essa situação se deu a partir da Convenção sobre a Eliminação das formas de Discriminação Racial, ocorrida em 1965, a qual foi ratificada pelo Estado Brasileiro três anos mais tarde. Tal convenção pode ser encarado como uma subdivisão acerca do Tratado

Universal dos Direitos Humanos, visto que este abrange todo e qualquer ser humano, enquanto aquele tem o intuito, unicamente, de proteger aqueles que se enquadram na minoria que sofre represálias da sociedade, seja por raça, etnia, religião ou procedência nacional.

Artigo 1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. (CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL, 1965).

Uma das primeiras coisas que o Brasil fez foi colocar o crime de racismo na Carta Magna de 1988. Como resultado, no artigo 5o do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, o legislador enfatizou a importância de combater o racismo e sua rigidez, declarando que é imprescritível e inafiançável.

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:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

Portanto, o legislador estabeleceu a criminalização dos crimes de racismo para enfatizar a promoção da igualdade, que é o fundamento do Estado Democrático que temos hoje. Além disso, permitindo que regras infraconstitucionais tomem decisões sobre o assunto e imponham punições específicas. Isso significa que, na lei maior do país, é considerado um crime de racismo; no entanto, as regras infraconstitucionais precisam definir as punições apropriadas para que possam ser aplicadas.

Em termos nacionais, a Constituição também veda o racismo [...] nos termos da lei. Tal lei seria a legislação penal específica sobre o preconceito e a discriminação. Logo, o texto constitucional, a partir de sua publicação, impôs ao Estado a elaboração de uma legislação

própria sobre o racismo, exigindo, assim, a atuação do Direito Penal sobre esse tema, por considerar a igualdade um bem jurídico fundamental a uma vida digna, passível, portanto, de tutela por parte do Direito Penal. (SANTOS, 2013B, p. 257-258 apud ÁLVARES e MARCHERI, 2016, p.153).

No entanto, é importante lembrar que as Constituições anteriores haviam estabelecido as regras para os crimes de racismo. O artigo 150, §1º da Constituição de 1967 criou o termo "preconceito de raça" para definir crimes de racismo que deveriam ser punidos por lei. No entanto, esse termo não se enquadra nas normas infraconstitucionais penais porque foi criado de forma genérica. Desde a fundação do Estado Brasileiro, este é o primeiro passo para eliminar a ignorância que estava arraigada no imaginário social (ÁLVARES e MARCHERI, 2016, p. 152). José Santos (2013B, p.214 apud ÁLVARES e MARCHERI, 2016, p.153) acrescenta que, embora existam diferenças naturais entre os seres humanos, que nunca poderemos mudar, não há motivo para nos separarmos, pois todos somos humanos por natureza. Portanto, não é difícil perceber que a grande diferença apontada é social, pois o preconceito é a propagação de ideologias preexistentes criadas por falta de discernimento intelectual e herança de um sistema escravagista.

O combate à discriminação, como dimensão 'negativa' (de viés repressor) da igualdade, pode assumir formulações mais específicas, com vistas à proteção de determinadas pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade. Assim, para além da igualdade formal, normas jurídicas de proibição podem traduzir o anseio por igualdade material. (ROTHENBURG, 2008, p.82 apud ÁLVARES e MARCHERI, 2016, p.154).

Logo, o sistema jurídico brasileiro fez pouco para combater a discriminação. A fim de construir uma sociedade igualitária, o crime ainda não foi oficialmente criminalizado. Somente a aplicação efetiva da lei e a implementação de medidas coercitivas para remover o racismo do imaginário social permitirá a verdadeira luta contra o racismo.

3 O RACISMO ATRAVÉS DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL

O fim da escravidão trouxe um ar de esperança para todos os negros em solo brasileiro. Porém, a liberdade escrita não era acompanhada da liberdade econômica ou sociocultural. Cerca de 200 anos depois, os negros ainda sofrem com as marcas do passado. Nesse sentido, como já analisado no decorrer destes capítulos anteriores promover uma liberdade utópica sem políticas públicas que permitissem exercê-la de forma correta, é o instrumento utilizado pela elite para manter o seu controle sobre as pessoas.

Skidmore (1976, p.55) demonstra bem essa situação ao verificar que por volta do século XX, o Brasil exibia uma distinção multirracial. Sendo que a cor de pele e a textura do cabelo passavam a determinar a posição pela qual esse indivíduo ocuparia na sociedade. Devemos ressaltar, ainda, que essa divisão era acompanhada do medo e da exclusão de peles escuras, sendo marginalizados e colocados em posição inferior aos demais indivíduos.

Partindo daí, podemos nos questionar, por qual razão o medo e a marginalização de um grupo de indivíduos ainda persistem séculos depois? Seria a necessidade do ser humano de sempre menosprezar alguém para se sentir superior? Ou somente uma herança desprezível que continuamos a praticar? Logo, fica claro a necessidade de políticas públicas que erradicassem qualquer forma de discriminação social. Visto que, a igualdade é um dos princípios que regem o Estado Democrático Brasileiro, previsto em legislação constitucional.

Promover políticas públicas significa afetar os cidadãos de forma significativa, sem distinção alguma, com o intuito de promover o bem-estar da sociedade e ainda realizar alterações no imaginário social – mesmo que mínimas. Situação essa que pode ser analisada, por exemplo, no direito à cotas raciais -garantida em lei federal nº 12.990/2014 juntamente com a 12.711/2012. Fazendo um breve levantamento sobre este tema é possível identificar que a população negra é a que se faz menos presente em cargos altos da sociedade, dado a dificuldade que apresentam de acessar o nível superior ou de serem aceitos em cargos altos no mercado de trabalho. Portanto, é possível identificar que promover cotas raciais apresenta o intuito de reduzir as heranças do racismo. De modo que seja possível dar uma maior chance para a minoria brasileira. Apesar de muitas discussões sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já determinou, por unanimidade, a constitucionalidade do uso de cotas raciais. Luís Roberto Barroso utilizou três argumentações (MELLO e RESENDE, 2019, p.168).

1. consonância da ação afirmativa em questão com o princípio da isonomia, uma vez que visa a assegurar igualdade material e igualdade como reconhecimento, com vistas à superação do racismo estrutural e institucional prevalecente no Brasil;
2. inviolabilidade dos princípios do concurso público e da eficiência, considerando que a reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público – passam a coexistir dois critérios distintos de preenchimento de vagas, assegurado o parâmetro mínimo de suficiência em ambos os casos; e

3. observância do princípio da proporcionalidade – afinal, são reservadas apenas 20% das vagas, quando mais de 50% da população brasileira se autodeclara negra, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (Pnad), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – e constatação de que a existência de política de cotas para o acesso de negras/os à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária. (MELLO e RESENDE, 2019, p.168).

Dado esse breve entendimento, compreender a existência do racismo em todos os âmbitos sociais é o primeiro passo para compreender a necessidade de o ordenamento jurídico combater este crime. Nesse sentido, como já analisado no capítulo anterior a Constituição Federal determinou que normas infraconstitucionais fossem criadas para combater o racismo de forma eficaz. Surgindo, assim, a Lei do Racismo (Lei nº 7716/89), com o intuito de combater toda e qualquer forma de discriminação.

A lei 9.459 de 1997 que realiza alterações na lei supracitada em conjunto com o Código Penal, afirma que praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional é crime, sendo passível de pena de reclusão de um a três anos e multa. Decisão essa que acresceu no artigo 140 do Código Penal o parágrafo 3º que trata a respeito do crime de injúria racial.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - Quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - No caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei 9.459 de 1997)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou

portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003 – Estatuto do idoso).

Devemos compreender como sendo injúria o crime cometido contra a honra da pessoa humana, ou seja, o Código Penal visa tutelar e proteger a dignidade da pessoa humana. Como bem afirma Mirabete e Fabrini (2011, p.129) o crime e injúria é a ofensa à dignidade ou decoro de alguém. Ou seja, é a manifestação do desrespeito por outrem, sendo criado um juízo de valor que ofenda a honra da vítima, do ponto de vista subjetivo. Portanto, injuriar alguém significa ferir sua honra subjetiva, de modo que atinja seus atributos morais, físicos ou intelectuais.

O parágrafo terceiro inserido pela Lei 9459/97 determinou que, além de ser tutelado o crime que ofenda a honra subjetiva da vítima, deveria ser qualificada aquela que se referisse a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Ou seja, o legislador determina uma punição mais rígida para aqueles que cometessem injúria baseada no preconceito.

Podemos afirmar então que o crime de injúria racial surge como mais um elemento de combate ao racismo? Servindo como manutenção do imaginário social para reduzir a discriminação em sociedade?

Para melhor compreender essa situação devemos demonstrar que há diferenças para o legislador no crime de injúria racial e de racismo. Neste o intuito é apresentar a diferença entre raças, colocando uma superior à outra, de modo que seja realizado a discriminação negativa contra um grupo de pessoas. Enquanto a injúria racial visa proteger a honra subjetiva da vítima. Mas, ao analisar objetivamente ambos os crimes sendo praticados na realidade é possível verificar que não há grande diferença, visto que, ao dirigir uma ofensa a alguém por conta de sua raça, imediatamente já há discriminação.

O acórdão dado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo discorda a respeito deste tema, afirmando que:

A utilização de palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com intuito de ofender a honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no §3º do art. 140 do CP, ou seja, injúria qualificada, e não o previsto no artigo 20 da lei 7716/89, que trata dos crimes de preconceito de raça ou cor (TJSP-RT 752/594 apud SANTOS, 2010, p.56).

Essa situação acaba por gerar uma dificuldade no decorrer da determinação do crime, pois a partir do momento que a pessoa fere a honra subjetiva da vítima através da depreciação de suas características fenotípicas, já não estaria praticando a discriminação racial? Pois, depreciar as características de um indivíduo já coloca em um patamar inferior ao do agressor, logo a igualdade já não é mais um princípio presente na prática do crime. Portanto, a partir do momento que o legislador afirma que ferir a honra da vítima por conta de suas características raciais não é razão para se enquadrar no crime de racismo, está reduzindo o crime e dando a oportunidade de agressores escaparem da punição correta para uma mais branda.

Ao analisar o Código de Processo Penal é possível identificar que o crime de injúria racial é realizado através da ação penal pública condicionada. Portanto, o indivíduo que sofreu a injúria deverá pedir para que o Estado tutele o seu direito. Porém, o direito deve ser realizado no prazo de seis meses, antes de cair em decadência. Por outro lado, o crime de racismo é dado por ação penal pública incondicionada, logo o Estado tem o dever de realizar todos os procedimentos, a partir do impulso oficial, para que os atos sejam cumpridos e o agressor punido conforme a lei, sendo imprescritível, conforme dispõe a Constituição Federal.

Todo prazo cujo decurso levar a extinção do direito de punir será considerado penal. Assim, por exemplo: o prazo decadencial de seis meses, a contar do conhecimento da autoria pelo ofendido ou por seu representante legal, para o oferecimento da queixa ou da representação: embora se trate de prazo para a realização de um ato processual, seu fluxo levará à extinção da punibilidade, pois sem a queixa ou a representação torna-se impossível a instauração do processo, e, por conseguinte, a satisfação da punição punitiva pelo Estado. Como não é possível dar início à persecução penal, jamais será imposta qualquer sanção ao infrator, de maneira que, de forma indireta, a decadência acarreta a extinção da punibilidade, já que a inviabiliza. (CAPEZ, 2009, p.289).

Essa situação acaba por gerar diversas controvérsias ao analisar os dispositivos legais em relação aos jurisprudenciais. Visto que, apesar de estar se praticando a discriminação a partir do momento que se fere a honra subjetiva da vítima por conta de suas características raciais, o crime de injúria preconceituosa vem como um meio para justificar uma punição mais branda, através da argumentação que a lei 7716/89 não tutela a honra subjetiva da vítima, mas tão somente o combate a discriminação. Portanto, devemos acreditar que o ato de discriminação negativa não fere a honra subjetiva ou vice versa?

O crime de injúria preconceituosa pune o agente que na prática do delito, usa elementos ligados a raça, cor, etnia, etc. A finalidade do agente, com a utilização desses meios, é atingir a honra subjetiva da vítima, bem juridicamente protegido pelo delito em questão. Ao contrário, por intermédio da legislação que definiu os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, são proibidos comportamentos discriminatórios, em regra mais graves do que a simples agressão à honra subjetiva da vítima, mas que, por outro lado, também não deixam de humilhá-la, a exemplo do que acontece quando alguém recusa, nega ou impede a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau, tendo o legislador cominado para essa infração penal, tipificada no art. 6º da Lei 7.716/89, uma pena de reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos. (GRECO, 2008, p.466-467 apud BASTOS, FERREIRA, LEMOS, SILVA E SILVA, 2013 P.88.

No que diz respeito à estratégia repressivo-punitiva para o enfrentamento da discriminação observa-se que o crime de racismo, não obstante figurar como inafiançável e imprescritível no texto constitucional, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (CF, art. 5º, XLII), os estudos recentes (SILVA JR, 2006) demonstram que a impunidade é a regra e que o mito da "democracia racial" e o racismo institucional (SALES, 2006) também dificultam, quando não inviabilizam por completo, a punição desses crimes. Nestes a ação supostamente ilícita é analisada isoladamente de seu contexto discursivo, favorecendo uma interpretação que sempre beneficia, "inconscientemente" o agente discriminador – ou porque, considerada como injúria qualificada (artigo 140,§ 3º. CP) possibilita, via de regra, a decadência, quando, na maioria das vezes, a hipótese é típica do crime de discriminação racial prevista no artigo 20 da Lei 7.716/89, que é imprescritível e cuja titularidade da ação é do Ministério Público. (FIGUEIRO, 2005 apud BASTOS, FERREIRA, LEMOS, SILVA E SILVA, 2013 P.93

O que ocorre é que o agente, o funcionário de segurança, quando faz o registro da ocorrência, ele acaba recorrendo ao ato de injúria, quando na verdade a qualificação como racismo tem uma penalidade mais dura. Então o que falta, a meu ver, é uma qualificação dos agentes públicos para tratar de atos de racismo." Para o ministro, isso "estimula" casos de preconceito (SANTOS, 2009, citado por OLIVEIRA, 2009 apud BASTOS, FERREIRA, LEMOS, SILVA E SILVA, 2013 P.93).

Podemos ver, então, que o crime de injúria racial é uma norma pela qual permite agressores a serem punidos por leis com penalidades inferiores, sendo passível, ainda da decadência por parte da vítima. Situação essa não possível no crime de racismo. Ávila (2014, p.18) destaca ainda que para se enquadrado o ato no crime de injúria racial o sujeito ativo deve apresentar o objetivo de ofender a vítima, não sendo cabível quando a intenção

era somente uma brincadeira. Portanto, indubitável a maneira pela qual o ordenamento jurídico brasileiro dá possibilidades de o racismo continuar enraizado na sociedade, dificultando sua punição e reduzindo a abrangência da discriminação.

3.1 Sanção da Lei 14.532, de 2023

Em 2023, o então presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei Nº 14.532, DE 11 DE JANEIRO DE 2023 que tornou a injúria racial em crime de racismo no país. Essa mudança legislativa representou um importante avanço na luta contra o racismo e a discriminação racial no Brasil.

A nova lei modificou o Código Penal brasileiro, estabelecendo que a injúria racial, ou seja, qualquer ofensa ou insulto dirigido a uma pessoa em função de sua cor, raça, etnia, religião ou origem, passaria a ser considerada um crime de racismo. Antes disso, a injúria racial era tratada como um crime menos grave, com penas mais brandas e pouca efetividade na punição dos agressores.

Com a nova legislação, as penas para a injúria racial passaram a ser mais severas, com possibilidade de prisão de até três anos, além de multa. O crime de racismo, por sua vez, é considerado um crime inafiançável e imprescritível, o que significa que não há prazo para a vítima denunciar e que o agressor não pode pagar fiança para responder em liberdade.

Essa lei teve uma enorme importância na luta contra o racismo, pois reforçou a proteção das vítimas e aumentou a responsabilização dos agressores. A partir do momento em que a injúria racial foi equiparada ao crime de racismo, mais pessoas passaram a denunciar os casos de racismo e mais agressores foram condenados e punidos.

Além disso, a nova legislação teve um papel fundamental na conscientização da sociedade sobre a gravidade do racismo e sobre a necessidade de combater as práticas discriminatórias. A injúria racial é um crime que causa profundos danos emocionais às vítimas e afeta a sua dignidade como ser humano. A lei de 2023 ajudou a mostrar que o racismo é uma violência estrutural que precisa ser enfrentada tanto pela justiça quanto pela sociedade civil. Garantindo assim, uma penalidade ainda mais rigorosa para todos aqueles que transgredirem esta lei.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visa expor a respeito da relação entre a injúria racial e o crime de racismo, através do ponto de vista legislativo constitucional e infraconstitucional. Inicialmente, foi verificado que o crime de racismo é uma linha de pensamento que objetiva

a divisão social entre os indivíduos, a partir de uma visão discriminatória e taxativa biológica, com o intuito de proporcionar a hierarquização entre os seres humanos. Logo, o racismo utiliza-se de aspectos fenotípicos para fundamentar crenças arcaicas e rejeitar a miscigenação que nos acompanha desde os primórdios da humanidade.

Foi analisado, que apesar das diversas lutas negras pela liberdade, no período colonial, o racismo ainda perdura na sociedade contemporânea. Principalmente, pelo fato de não ter sido assegurados direitos e meios básicos para usufruir da liberdade que lhes foi consagrado. Logo, a necessidade de sobrevivência faz com que os negros se submetessem as ordens de outros indivíduos. Situação essa que, encravou-se no imaginário social e persiste, nitidamente, até os dias atuais.

Portanto, criar políticas públicas e leis que visem o combate ao racismo e qualquer outra forma de discriminação, é fundamental para a criação de uma sociedade livre do preconceito. Logo, a partir do momento que a Constituição Federal -também conhecida como Constituição Cidadã- determina uma punição mais branda para o crime de racismo, abre portas para a luta em prol da minoria. Ressalta-se, ainda, que a Carta Magna dá a possibilidade de leis infraconstitucionais determinarem especificamente a respeito da penalidade do crime.

Por fim, é possível verificar que o crime de injúria racial, tipificado pelo Código Penal, o qual apresenta como objetividade jurídica a honra subjetiva do indivíduo, apesar de ser mais uma conquista da luta pela igualdade, acabava proporcionando certas dificuldades. Ocorre que com a nova Lei que equipara a injúria racial com o crime de racismo estamos avançando ainda mais com o combate à desigualdade.

REFERÊNCIAS

ÀVILA, Thais Coelho. Racismo e injúria racial no ordenamento jurídico brasileiro. Universidade Federal de Uberlândia: Jun/2014. 24p.

BASTOS, Carlos Frederico; **FERREIRA**, Thalline Luanna Ramalho; **LEMOS**, Anna Paula; **SILVA**, Amanda Paula; **SILVA**, Leandro Luciano da. Racismo ou injúria racial. Revista desenvolvimento social de Montes Claros Nº9 V.1, N9, 2013 (issn 2179-6807) p.81-99

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO/BRASIL DIAS, Gleidson Renato Martins; **TAVARES JUNIOR**, Paulo Roberto Faber. Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS, 2018. 267P.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

LEI NUMERO 7716/1989/BRASIL

LEI Nº 14.532, DE 11 DE JANEIRO DE 2023, R. Federativa do Brasil.

FERREIRA, Thalline Luanna Ramalho; Silva, Amanda Paula; Silva, Leandro Luciano da. Racismo ou injúria racial?. Faculdades Integradas Pitágoras de Montes Claros: Montes Claros. 31p.

FILHO, Luiz Menezes Azevedo. O ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de combate ao racismo: possibilidades e limites. Faculdade de Direito de Brasileira: Brasília, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte especial. Rio de Janeiro. Ed. Imperius:2011, v.2

MACHADO, Lívia. 128 anos de abolição da escravidão no Brasil. Jornal Estado de Minas. 13 de maio de 2016. Acessado em 20 maio de 2023. Disponível em:<
<https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/educacao/enem/2016/05/13/noticia-especial-enem,762306/128-anos-da-abolicao-da-escravidao-no-brasil.shtml>>

MELLO, Luiz; RESENDE, Ubiratan Pereira de. Concursos públicos para docentes de universidades federais na perspectiva da Lei 12990/2014: desafios à reserva de vagas para candidatas/os negras/os. Revista Sociedade e Estado. Volume 34, nº1, Janeiro/abril 2019. Acessado em 12 junho 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

PEDRO, Alessandra. Liberdade Sob Condição: Alforrias e Política de Domínio Senhorial em Campinas, 1855-1871. Campinas, SP. 2009.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; SILVA, Andrea Franco Lima e. Racismo ou Injúria Racial? Como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posiciona diante dos conflitos raciais. Revista de Estudos Empíricos em Direito. Vol.3.n.1, jan. 2016, p. 54-78

SANTOS, Elaine de Melo Lopes dos. Racismo e Injúria Racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Universidade Federal de São Carlos: São Carlos, 2010. 96p.

SKIDMORE, Thomas E. Preto no Branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro: tradução de Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976. 332p

SILVA, Ricardo Tadeu Caires. O Fim do Tráfico Atlântico de Escravos e a Política de Alforrias no Brasil. Universidade Estadual do Paraná: 2000.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte. Del Rey: 2007.

SZKLAROWSKY. Leon Fredja. Crimes de Racismo: crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Revista de Informação Legislativa. Brasília, Senado Federal. A.34. n. 135, jul-set1997.

ENTRE O AFETO E O PATRIMÔNIO: UMA ANÁLISE JURÍDICA DO CONTRATO DE NAMORO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NA CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

GUILHERME DALTON ANDRADE SIMÕES:
graduando em Direito pela Faculdade de
Saúde e Ecologia Humana- FASEH¹²¹

FÁBIO LUÍS GUIMARÃES

(orientador)

RESUMO: O artigo científico discute as diferenças entre namoro, união estável e contrato de namoro no contexto do Direito. Inicialmente, destaca-se a definição de união estável e suas características legais, contrastando com o casamento e o namoro. A pesquisa aborda também o namoro qualificado e a possibilidade de formalização por meio de um contrato, analisando a jurisprudência e princípios jurídicos envolvidos. A segurança jurídica no contrato de namoro é explorada, respeitando a autonomia de vontade, princípio fundamental do direito contratual. A análise crítica pondera sobre a invalidação do contrato de namoro, considerando argumentos como a suposta intenção de burlar a lei, enriquecimento ilícito e ocultação da realidade do relacionamento. Faz um estudo de campo que aborda a baixa taxa de conhecimento sobre o contrato de namoro, indicando uma lacuna significativa de informação. A falta de disposição dos entrevistados em firmar tal contrato destaca resistências culturais ou desconhecimento de seus benefícios legais. O estudo conclui que Diante da complexidade das relações afetivas e das transformações sociais em curso, é imperativo que o Direito evolua para abraçar a diversidade de arranjos familiares, garantindo a proteção dos direitos individuais e promovendo uma justiça que reflita a pluralidade da sociedade contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família, Contrato de Namoro, União Estável, Segurança Jurídica

ABSTRACT: This scientific article discusses the differences between dating, common-law marriage, and dating contracts in the context of legal considerations. Initially, the definition of common-law marriage and its legal characteristics are highlighted, contrasting it with formal marriage. The research also addresses qualified dating and the possibility of formalization through a contract, analyzing jurisprudence and legal principles involved. Legal certainty in the dating contract is explored, respecting the autonomy of will, a fundamental principle of contract law. The critical analysis weighs the potential invalidation of the dating contract, considering arguments such as the alleged intention to circumvent

121 E-mail: gui13261@gmail.com

the law, unjust enrichment, and concealment of the relationship's reality. The study concludes that the approach should be careful, respecting the principles of private autonomy and freedom, ensuring an individualized analysis in each case to preserve fundamental rights in the field of family law.

KEYWORDS: Family Law, Dating Agreement, Common-Law, Union Legal Principles

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as dinâmicas familiares e os modos de constituição da entidade familiar têm passado por significativas transformações, refletindo uma sociedade em constante evolução. Nesse cenário, as relações afetivas ganham destaque, proporcionando não apenas desafios pessoais, mas também demandando uma análise jurídica aprofundada para compreensão e regulamentação.

Este artigo propõe uma incursão nas fronteiras jurídicas do relacionamento afetivo, com foco especial na distinção entre namoro, união estável e no controverso contrato de namoro. A instituição familiar, ao longo da história, tem sido objeto de constante revisão e adaptação, em resposta às mudanças sociais, culturais e legais. Desde o reconhecimento do casamento como ato jurídico solene e público, até a evolução para a aceitação da união estável, a sociedade e o Direito têm buscado adaptar-se para garantir a proteção e promoção dos direitos individuais e familiares.

No âmbito da união estável, destaca-se a relevância de uma convivência pública, contínua e duradoura entre parceiros, com o objetivo de constituir família. Contudo, a crescente diversidade de formas de relacionamento desafia a rigidez das categorias legais estabelecidas, como evidenciado pelo surgimento do "namoro qualificado" e do "contrato de namoro". Estes termos, ainda que careçam de consolidação jurisprudencial, introduzem nuances importantes no debate sobre a natureza e os limites das relações afetivas no contexto legal.

Assim, esta pesquisa visa aprofundar a compreensão sobre as características distintivas do namoro, da união estável e do contrato de namoro, explorando não apenas os fundamentos legais, mas também as implicações práticas dessas categorias. A análise crítica proposta busca equacionar a intervenção estatal na esfera privada com os princípios da autonomia privada e liberdade nas relações familiares, contribuindo para um entendimento mais abrangente e contemporâneo das complexidades que envolvem o cenário jurídico das relações afetivas.

2 DIFERENÇAS ENTRE NAMORO , UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO

No âmbito da pesquisa sobre a evolução da família ao longo da história, é crucial compreender os requisitos e as características distintas entre o casamento e a união estável, a fim de discernir essas duas formas de instituição familiar.

Conforme definido por Lôbo (2018), o casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, estabelecendo a formação da família mediante a livre manifestação de vontade e reconhecimento do Estado. Ele demanda formalidades específicas, como o processo de habilitação no cartório, análise de documentos, publicidade do ato por meio de editais, presença de testemunhas e celebração por um Juiz de Paz, seguido pelo registro público.

Diversas teorias abordam a natureza jurídica do casamento, destacando-se a institucionalista, contratualista e mista, esta última reconhecendo-o como um negócio jurídico bilateral sui generis.

A união estável, regulada pelos artigos 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, e 1.723, caput, do Código Civil de 2002, é definida como a convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família. O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 4.277 e ADPF 132, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar..

Ao abordar os requisitos da união estável, destaca-se a superação da exigência da diversidade de sexo e enfatiza a importância da convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família. A coabitação não é um requisito indispensável.

Embora a constituição do casamento e da união estável ocorra de maneira distinta, ambos são reconhecidos como formas legítimas de constituir família, sem hierarquia entre eles. A principal diferença reside no marco inicial, sendo o casamento definido no momento da celebração, enquanto a união estável, desprovida de formalidades, demanda uma análise mais sensível para determinar seu início.

Em síntese, a união estável, embora compartilhe efeitos jurídicos e patrimoniais semelhantes ao casamento, se distingue por sua natureza mais flexível e desburocratizada.

Uma análise mais aprofundada revela que, embora tanto o casamento quanto a união estável compartilhem efeitos jurídicos e patrimoniais semelhantes, essas instituições se distinguem por suas características intrínsecas. Enquanto o casamento é marcado por um ato jurídico solene, público e complexo, a união estável destaca-se pela ausência de formalidades, demandando apenas a observância dos requisitos estabelecidos pela legislação.

O casamento, conforme as teorias institucionalista, contratualista e mista, é concebido como uma instituição social, um contrato especial ou um negócio jurídico bilateral sui generis. Essas perspectivas ressaltam a complexidade e a solenidade inerentes ao ato matrimonial, estabelecendo-o como um evento que transcende a esfera individual para se tornar uma construção social.

2.1 Namoro qualificado: distinções jurídicas

Há ainda a presença do denominado "namoro qualificado" embora se aproxime da união estável em termos de convivência pública, contínua e duradoura, não tem a intenção imediata de constituir uma família, sendo esse um objetivo futuro, assemelhando-se aos noivados. Vale ressaltar que, mesmo estabelecendo uma convivência amorosa pública, o namoro qualificado não se assemelha à união estável no sentido de apresentar-se publicamente como um casal casado ou companheiro de uma união estável.

Ao abordar o tema do namoro qualificado, Flávio Tartuce (2019, s/p), citando Zeno Veloso, esclarece que

"os namorados, por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam ou ainda não desejam constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, viver em comunhão de vida, no nível do que os antigos chamavam de *affeatio maritalis*." (Zeno Veloso 2009)

Quanto aos efeitos jurídicos, os autores destacam que diferentemente da união estável, no contexto do namoro, incluindo o que é referido como "namoro qualificado", não existem vínculos legais que estabeleçam direitos e deveres, especialmente em termos patrimoniais, entre os parceiros. Não há discussão, nesse sentido, sobre a aplicação de regimes de bens, obrigação alimentar, pensão, partilha de bens ou direitos sucessórios, por exemplo.

Em um julgamento do RESP, conforme relatado no Informativo de Jurisprudência número 557, a terceira turma do STJ concluiu que um mero namoro, mesmo que qualificado, não pode ser equiparado a uma união estável. O entendimento prevalecente é que a projeção de um casal de namorados em constituir uma família no futuro não deve ser interpretada como união estável, mesmo na presença de coabitação.

O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado 'namoro qualificado' –, não consubstancia mera proclamação, para o futuro,

da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social” (STJ, REsp 1.454.643/ RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 03.03.2015, DJe 10.03.2015).

2.2 A união estável no contexto jurídico: análise dos requisitos, natureza jurídica e evolução jurisprudencial

Por outro lado, a união estável, reconhecida a partir da combinação dos dispositivos constitucionais e civis, emerge como um ato-fato jurídico. Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo contribuem para a compreensão desse conceito, destacando que a união estável é uma relação fática que evolui para uma relação jurídica, sem necessidade de manifestação formal de vontade. Isso confere à união estável uma flexibilidade que contrasta com as formalidades rígidas do casamento.

A evolução jurisprudencial, exemplificada pela decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 4.277 e ADPF 132, expandiu o escopo da união estável ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Maria Berenice Dias, ao comentar essa decisão, ressalta que a discriminação com base na orientação sexual é inaceitável, uma vez que vai de encontro aos princípios constitucionais de igualdade.

No que tange aos requisitos da união estável, além da superação da diversidade de sexo, destaca-se a importância da convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família. A coabitação, embora não seja obrigatória, não deve ser confundida com encontros velados; a relação deve ser notória aos olhos da sociedade.

A análise da continuidade e durabilidade da união estável revela critérios que, embora não exijam a perpetuidade, requerem solidez e estabilidade no vínculo. Afinal, a união estável pressupõe uma convivência que transcende o efêmero, sendo necessária uma duração suficiente para demonstrar sua estabilidade.

O requisito do *Affectio Maritalis*, entendido como o desejo efetivo de constituir família, destaca-se como o aspecto mais relevante na configuração da união estável. Carlos Roberto Gonçalves enfatiza que o simples animus, o mero desejo futuro de constituir

família, não é suficiente. A união estável exige a efetiva constituição de família, diferenciando-se assim de meros namoros ou noivados.

Em relação à natureza jurídica da união estável, Maria Berenice Dias a define como um ato-fato jurídico. Esse entendimento ressalta que a união estável, ao contrário do casamento, não demanda uma manifestação formal de vontade para produzir efeitos jurídicos. A simples existência fática, quando preenchidos os requisitos legais, é suficiente para sua constituição.

Importante destacar que a convivência na união estável não implica necessariamente morar sob o mesmo teto, conforme reconhecido pela jurisprudência, especialmente pelo STF. A coabitação não é um requisito indispensável para caracterizar a união estável, possibilitando uma flexibilidade que se adequa à diversidade de arranjos familiares presentes na sociedade contemporânea.

Assim, mesmo diante das diferenças no processo de constituição, tanto o casamento quanto a união estável são reconhecidos como formas legítimas de constituir família. Não há uma hierarquia entre essas instituições, e ambas são tuteladas e protegidas pela legislação, refletindo a diversidade e a complexidade das relações familiares na contemporaneidade.

Inicialmente, é pertinente analisar a definição de união estável estabelecida no art. 1.723, caput, do Código Civil de 2002:

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

De maneira análoga, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, no art. 1º, reafirma:

"Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família."

Gagliano e Pampolha Filho destacam a historicidade da união estável, vinculando-a à natural propensão humana de não viver em solidão. Assim, a formação de uma família decorre da vontade de construir uma vida em conjunto e se reproduzir, mesmo antes do matrimônio. Isso se alinha à contemporaneidade, onde as novas gerações se desvencilham

de tradições milenares (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012). Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo

“a união estável é um ato-fato jurídico, não requerendo manifestação formal do casal. Sua validade e efeitos decorrem da situação fática e do atendimento aos requisitos. A comprovação da união estável pode ocorrer por meio de diversos elementos, como contas bancárias conjuntas, contratos de aluguel, testemunhos, apólices de seguro e até publicações em redes sociais”. (Paulo Luiz Netto Lôbo 2014)

Embora seja um ato-fato jurídico, nada impede que os conviventes formalizem a união por contrato ou escritura pública para regulamentar a relação. Caso não regulamentada, o regime de bens predominante é o da comunhão parcial, conforme o art. 1.725 do CC, com algumas exceções legais para a partilha.

O Supremo Tribunal de Justiça, no REsp 1761887/MS, enfatizou que a convivência duradoura, em tempo suficiente para demonstrar a intenção de constituir família, é essencial para o reconhecimento da união estável. Um relacionamento de dois meses, com apenas duas semanas de coabitação, não configura estabilidade necessária.

O quarto requisito, a intenção de constituir família (*affectio maritalis*), é fundamental para a configuração da união estável. Isso se reflete em elementos comportamentais da convivência, como apresentação pública do casal como se casados fossem (Euclides de Oliveira, 2003).

O entendimento do STJ, no REsp 1761887/MS, ressaltou a importância da estabilidade para configuração da união estável, exigindo um tempo razoável de relacionamento para que o casal compartilhe alegrias e tristezas, demonstre intenção de constituir família e dividir projetos de vida.

O requisito, destacado por

Fábio Ulhoa Coelho (2020), é o "Desimpedimento". A convivência estável não pode envolver pessoas casadas, evitando-se, assim, conflitos legais e equiparando-se aos impedimentos matrimoniais, como previsto no Código Civil (art. 1.521, II).

O mesmo entendimento é corroborado pela decisão do STJ, que sublinha a impossibilidade de manter simultaneamente um casamento e uma união estável, aplicando os mesmos impedimentos legais ao matrimônio.

Importante ressaltar que não há exigência legal de coabitação, permitindo que o casal constitua família em residências distintas. A configuração da união estável requer a cumulatividade dos requisitos estabelecidos no art. 1.723 do Código Civil de 2002, devido à natureza informal dessa relação.

3 DA SEGURANÇA JURÍDICA NO CONTRATO DE NAMORO, PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE E A SEGURANÇA JURÍDICA

No contexto da eficácia jurídica do contrato de namoro, é imperativo explorar o princípio da autonomia de vontade, pilar fundamental no âmbito do direito contratual. Este princípio, consagrado no artigo 421 do Código Civil, confere a toda pessoa capaz o direito de contratar conforme sua vontade, estabelecendo, assim, a base para a segurança jurídica nos contratos de natureza afetiva.

O princípio da autonomia de vontade, delineado em três aspectos – faculdade de contratar ou não, escolha do contratante e matéria do contrato – representa o poder conferido aos particulares de auto-regulamentar seus interesses. Esta autonomia, interligada ao princípio da liberdade, permite que indivíduos expressem sua vontade, sob a égide da boa-fé objetiva, resultando em contratos originados pela lei, mas adaptados à vontade das partes.

3.1 Previsão no ordenamento jurídico e a validade contratual

Apesar da ausência de jurisprudência consolidada e das divergências doutrinárias, o contrato de namoro encontra respaldo na legislação brasileira. O Código Civil, em seu artigo 104, estabelece requisitos para a validade do negócio jurídico, reforçando a importância da capacidade das partes, licitude do objeto e forma adequada.

Considerando a orientação de Marília Pedrosa Xavier, o contrato de namoro alinha-se aos preceitos da sociedade líquido-moderna, em consonância com o "amor líquido". Para garantir a segurança jurídica, as partes devem ser capazes, expressar seu consentimento livre de vícios, e estar conscientes das responsabilidades assumidas, cumprindo os requisitos gerais e específicos dos contratos.

3.2 Cláusulas e a segurança patrimonial no contrato de namoro

A celebração do contrato de namoro, documento atípico e personalíssimo, requer clareza nas cláusulas para garantir a segurança patrimonial. Ao renunciar aos direitos pessoais e patrimoniais decorrentes do relacionamento, as partes estabelecem limites ao contrato, afastando possíveis confusões patrimoniais no futuro.

Zeno Venoso destaca a legalidade do contrato de namoro, ressaltando sua utilidade na prevenção de questões delicadas. A segurança jurídica é reforçada quando as partes concordam, de forma documentada, que o relacionamento não visa constituir família, assegurando a autonomia de vontade.

Quanto a legalidade prepondera Zeno Venoso : “28 Tenho defendido a possibilidade de ser celebrado entre os interessados um “contrato de namoro”, ou seja, um documento escrito em que o homem e a mulher atestam que estão tendo um envolvimento amoroso, um relacionamento afetivo, mas que se esgota nisso, não havendo interesse ou vontade de constituir uma entidade familiar, com as graves consequências pessoais e patrimoniais desta. [...] telefonou-me o jovem professor e jurista Pablo Malheiros, dizendo que havia lido alguns autores, inclusive colegas nossos, do IBDFAM (como Maria Berenice), que não admitem a legalidade do chamado contrato de namoro. E eu respondi ao amigo Pablo que persevero no meu antigo entendimento: nada na lei veda que os interessados celebrem tal contrato. E mais: em muitos casos ele pode ser de enorme utilidade, evitando delicadas questões futuras”. (Zeno Venoso 2009)

3.3 A jurisprudência em torno do contrato de namoro e sua interpretação

Embora a jurisprudência sobre o contrato de namoro não esteja consolidada, diversos estudiosos do direito têm se debruçado sobre a matéria. Marília Pedroso Xavier destaca que o contrato de namoro está em sintonia com a sociedade líquido-moderna, refletindo os princípios do amor líquido. Contudo, a ausência de uma posição pacificada nos tribunais destaca a necessidade de uma análise mais aprofundada.

A interpretação do artigo 104 do Código Civil, que estabelece os requisitos para a validade do negócio jurídico, é crucial para entender a viabilidade do contrato de namoro. A capacidade das partes, a licitude do objeto e a forma adequada devem ser observadas, reforçando a importância de uma fundamentação jurídica sólida para garantir a segurança jurídica do contrato.

3.4 Contrato de namoro: entre a liberdade contratual e os limites legais

A liberdade contratual é um princípio norteador nos contratos de namoro, permitindo que as partes expressem sua vontade de não constituir família. No entanto, essa liberdade encontra limites na ordem pública e na função social do contrato. É crucial analisar como o contrato de namoro, embora respaldado pelo princípio da autonomia de

vontade, deve estar em conformidade com os interesses jurídicos e morais das partes envolvidas.

A forma de contratação, seja ela pública ou privada, conforme indicado por Regina Beatriz Tavares da Silva, deve ser considerada à luz do artigo 107 do Código Civil, que dispensa forma especial, a menos que a lei a exija expressamente. A segurança jurídica do contrato de namoro, portanto, está vinculada não apenas ao seu conteúdo, mas também à forma como é celebrado.

3.5 Análise do consenso frente aos princípios de autonomia privada e não intervenção

Após explorar as nuances que envolvem a união estável, o namoro qualificado, o contrato de namoro e suas peculiaridades, bem como as interpretações doutrinárias pertinentes, dedicamo-nos à análise da postura predominante diante dos princípios da autonomia privada e da não intervenção. Conforme mencionado anteriormente, a perspectiva majoritária considera o contrato de namoro inválido, alegando que este visa fraudar a lei e elidir suas consequências legais, caracterizando uma renúncia tácita a direitos pessoais. O instrumento é também interpretado como uma potencial distorção da realidade da relação do casal, podendo configurar um meio de enriquecimento ilícito.

Entretanto, ao examinarmos os princípios de autonomia privada e liberdade, entendemos que estes preconizam uma intervenção mínima do Estado na esfera familiar, priorizando a vontade das partes. Dessa forma, o Estado só deve intervir excepcionalmente, visando proteger as garantias fundamentais dos indivíduos. Torna-se crucial, portanto, a análise dos fundamentos apresentados pela doutrina predominante à luz desses princípios.

3.6 Da suposta intenção de burlar a lei imperativa e impedir seus efeitos legais

A abordagem majoritária sustenta que o contrato de namoro é inválido, pois teria o propósito de burlar dispositivos legais que regulamentam a união estável e suas implicações legais. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da presunção da inocência das partes, tornando inadequada a presunção de que o contrato busca fraudar a lei imperativa. Se não houver indícios de que o contrato foi celebrado com intuito fraudulento, deve-se presumir que seu propósito é exclusivamente o definido pelas partes.

Nessa linha de raciocínio, destaca-se que, mesmo diante de um contrato, se elementos comprovarem os requisitos da união estável, este instituto prevalecerá, não sendo possível dispor em contrário. A invalidação do contrato de namoro deve ocorrer com cautela, considerando a tênue linha que distingue a união estável do namoro

qualificado, centrando-se na intenção de constituir família, elemento diferencial na avaliação.

Portanto, o contrato de namoro só deve ser considerado inválido quando há elementos que comprovem a existência de uma união estável, respeitando-se os requisitos necessários para tal reconhecimento, incluindo a clara manifestação do animus familiae. Isso está alinhado ao princípio da autonomia privada, que preconiza mínima intervenção estatal na esfera familiar.

Almeja-se com este, assegurar as partes envolvidas que sua vontade se sobreponha a interferência estatal, em casos de que eventual término da relação, uma das partes venha a pleitear seus direitos sobre os bens do outro com a alegação de união estável. Percebe-se com isso, que o contrato de namoro busca a segurança jurídica nas relações amorosas. (BARCHET, 2018, p. 174)

3.7 Do suposto enriquecimento ilícito

Outro argumento majoritário para invalidar o contrato de namoro é sua suposta função de causar enriquecimento ilícito, especialmente quando uma das partes possui maior patrimônio. Contudo, o ordenamento jurídico, pautado na presunção de inocência, não permite presumir que as partes têm a intenção de enriquecer às custas uma da outra, especialmente em um contexto amoroso.

Embora o contrato de namoro vise à proteção patrimonial, isso não impede a partilha de bens adquiridos em comum acordo, seja por consenso ou por meio de procedimento jurídico adequado, caso haja resistência de uma das partes. A alegação de que o contrato resultaria em enriquecimento ilícito carece de fundamentação quando não há indícios dessa intenção.

Assim, prevalece a vontade manifestada pelas partes, sendo inadequada a interpretação que considera o contrato inválido por ser potencialmente uma causa de enriquecimento ilícito, quando não há evidências que sustentem tal alegação. Esse posicionamento respeita o princípio da autonomia privada e preserva a liberdade das partes de deliberar sobre seus relacionamentos e patrimônios, em conformidade com seus desejos individuais.

3.8 Da alegada intenção de esconder a realidade do relacionamento

No contexto da discussão sobre a validade do contrato de namoro, destaca-se o entendimento majoritário que atribui ao referido contrato a intenção de alterar a realidade

vivida pelas partes, obscurecendo os contornos do relacionamento. Este posicionamento se baseia na premissa de que o contrato de namoro seria um meio utilizado pelas partes para mascarar a verdadeira natureza do vínculo afetivo, buscando, assim, evitar os efeitos legais associados à união estável.

É crucial ressaltar, entretanto, que a análise desse argumento deve ser cuidadosa, especialmente quando confrontada com os princípios da autonomia privada e da liberdade, os quais fundamentam o direito de família em nosso ordenamento jurídico. Em consonância com tais princípios, a intervenção estatal na esfera privada deve ocorrer apenas em situações excepcionais, respeitando a vontade das partes, desde que não haja lesão aos direitos fundamentais.

Dessa forma, a invalidação do contrato de namoro com base na suposta intenção de ocultar a verdadeira natureza do relacionamento pode ser interpretada como uma restrição injustificada à autonomia das partes. Conforme destaca a doutrina, é essencial considerar a presunção de inocência das partes envolvidas, não presumindo má-fé na celebração do contrato, a menos que haja indícios concretos nesse sentido.

Ademais, a análise minuciosa de cada caso é imperativa, visto que a linha que separa a união estável do namoro qualificado é sutil. A invalidação do contrato de namoro deve ocorrer somente quando há elementos capazes de comprovar que o relacionamento vai além de uma simples convivência amorosa, configurando uma entidade familiar.

Nesse contexto, é imprescindível considerar que o contrato de namoro, ao estabelecer parâmetros claros para o relacionamento e proteger aspectos patrimoniais, busca proporcionar segurança jurídica aos casais que desejam manter um vínculo afetivo sem as responsabilidades jurídicas da união estável. O instrumento contratual, longe de mascarar a realidade, visa, na verdade, resguardar a autonomia privada e a liberdade das partes envolvidas.

Portanto, ao avaliar os fundamentos apresentados pelo posicionamento majoritário, é necessário ponderar sobre a possível violação aos princípios da autonomia privada e da liberdade, reforçando a importância de uma abordagem individualizada em cada análise jurídica, a fim de preservar os direitos fundamentais e garantir a efetivação desses princípios no contexto do direito de família.

Adicionalmente, é crucial destacar que a alegação de que o contrato de namoro tem como propósito fraudar a legislação imperativa e evitar seus efeitos legais deve ser examinada com cautela. O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da presunção da inocência das partes, conforme ressaltado por Xavier (2015). Portanto, presumir, sem

indícios concretos, que o contrato de namoro foi celebrado com a intenção de fraudar a lei representa uma interpretação inadequada, confrontando a presunção de inocência e a autonomia privada.

Ainda no tocante à intenção de fraudar, a análise da presença de elementos caracterizadores da união estável é essencial. A distinção entre união estável e namoro qualificado não pode ser simplista, pois ambos compartilham de atividades comuns, frequentam locais públicos e mantêm vínculos sociais. No entanto, o elemento diferencial é a intenção de constituir família, evidenciada quando o casal manifesta publicamente o desejo de compartilhar responsabilidades e construir um projeto de vida em comum.

A invalidade do contrato de namoro, portanto, deve ser decretada com prudência, levando em consideração a necessidade de comprovação robusta de que o relacionamento transcende a esfera do namoro, configurando uma verdadeira união estável. A ênfase na análise caso a caso é crucial para evitar generalizações que possam comprometer a autonomia privada e a liberdade das partes.

Outro ponto relevante é a alegação de enriquecimento ilícito, sustentada pela visão majoritária. A ideia de que o contrato de namoro, ao evitar a partilha de bens e direitos sucessórios, resulta em enriquecimento injusto é contestável.

Tepedino e Teixeira (2020) destacam que a proteção da autonomia busca resguardar os espaços existenciais mais íntimos da pessoa, tornando-se imperativo evitar interpretações que desconsiderem a presunção de inocência das partes.

Neste contexto, a análise da validade do contrato de namoro deve considerar não apenas o aspecto patrimonial, mas também o respeito à autonomia privada das partes. A liberdade de contratar e determinar os termos de um relacionamento afetivo, desde que não haja lesão aos direitos fundamentais, é um direito inalienável que merece proteção jurídica.

Diante do exposto, a abordagem crítica ao posicionamento majoritário visa resguardar os princípios fundamentais que regem o direito de família, garantindo que a intervenção estatal ocorra apenas quando estritamente necessária e preservando a autonomia, liberdade e dignidade das partes envolvidas nos contratos de namoro.

4 CRESCIMENTO DOS REGISTROS DE CONTRATOS DE NAMORO NO BRASIL

O registro de contratos de namoro no Brasil tem sido uma prática ainda pouco difundida, com números que revelam uma tendência recente de crescimento. De acordo com estatísticas do Colégio Notarial do Brasil, entre os anos de 2007 e 2015, o país

testemunhou um cenário onde, em dois anos, apenas sete contratos de namoro foram formalizados anualmente.

A partir de 2016, no entanto, houve um aumento significativo nesse registro, alcançando seu ápice em 2022, com a contabilização de 92 contratos de namoro. Esse acréscimo expressivo pode ser associado, segundo análise do Colégio Notarial do Brasil, ao período de pandemia, durante o qual muitos casais, mesmo sem a intenção de constituir família, optaram por compartilhar a mesma residência.

No ano de 2023, até o mês de maio, já foram registrados 23 contratos de namoro. Esse aumento, mesmo que moderado em comparação com o ano anterior, sugere uma continuidade na tendência de busca por formalização jurídica, possivelmente reflexo das mudanças nos arranjos familiares e convivência decorrentes das circunstâncias atípicas da pandemia.

Esses dados indicam uma crescente conscientização sobre a importância da formalização de acordos entre casais, mesmo em contextos afetivos não tradicionais. Este fenômeno pode ser interpretado como uma resposta adaptativa às transformações sociais, onde a formalização de contratos de namoro emerge como uma ferramenta jurídica para resguardar interesses individuais, especialmente em situações de convivência compartilhada, mas não necessariamente voltadas à constituição de uma entidade familiar formal.

5 CONHECIMENTO E ACEITAÇÃO DO CONTRATO DE NAMORO

A investigação empreendida neste estudo almeja lançar luz sobre um aspecto notável do cenário jurídico brasileiro: o conhecimento e a aceitação do contrato de namoro. Trata-se de uma temática que, embora possua raízes profundas nas relações afetivas contemporâneas, permanece envolta em certa obscuridade no entendimento coletivo. A relevância intrínseca deste estudo repousa na análise da percepção e receptividade dos indivíduos em relação a esse instrumento jurídico específico.

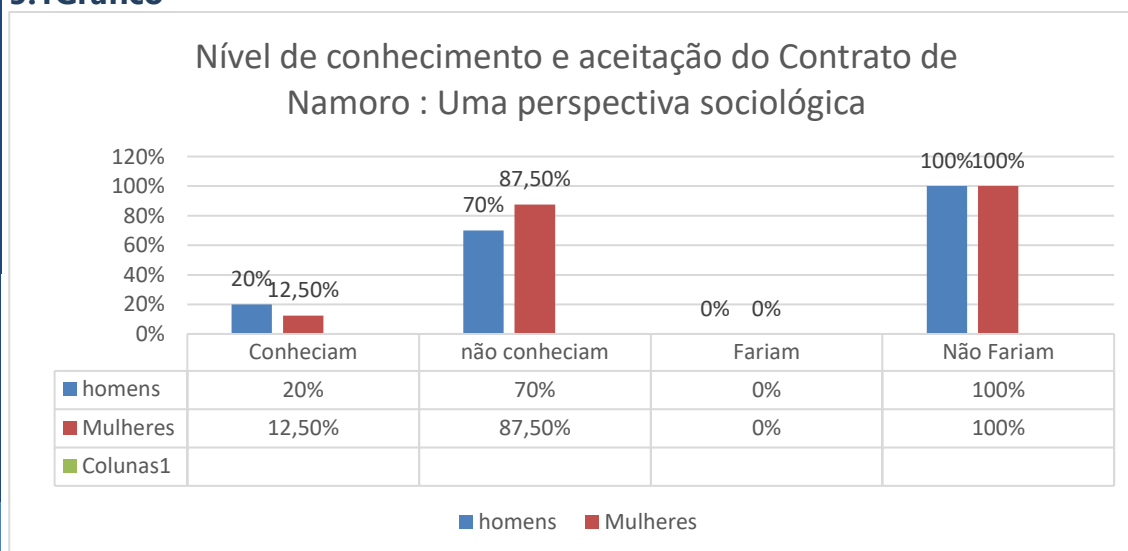
O contrato de namoro, como elemento jurídico, emerge como uma resposta adaptativa às transformações sociais, especialmente considerando os novos arranjos familiares e modos de convivência que se desdobram nas circunstâncias atípicas da pandemia. A análise das atitudes e conhecimentos relacionados a esse contrato torna-se, assim, uma ferramenta valiosa para compreender a dinâmica das relações interpessoais no contexto jurídico brasileiro.

A ausência de familiaridade com o contrato de namoro, evidenciada pela baixa taxa de conhecimento revelada no gráfico, aponta para uma lacuna significativa no entendimento coletivo sobre os mecanismos legais disponíveis para regulamentar as relações afetivas. Esta lacuna não apenas sugere uma deficiência informacional individual, mas também destaca a necessidade urgente de iniciativas educativas que busquem disseminar o conhecimento sobre esse instrumento jurídico.

Além disso, a completa ausência de disposição dos entrevistados em firmar um contrato de namoro suscita questionamentos pertinentes sobre as possíveis barreiras culturais ou, ainda, sobre um desconhecimento dos benefícios jurídicos proporcionados por esse dispositivo. Compreender os motivos subjacentes a essa resistência é crucial para desenvolver estratégias que promovam uma aceitação mais ampla e consciente do contrato de namoro como um instrumento jurídico relevante para a proteção dos direitos individuais em contextos afetivos.

Portanto, esta análise, ao se debruçar sobre o conhecimento e a aceitação do contrato de namoro, oferece um panorama inicial para a compreensão das percepções individuais e coletivas sobre esse instrumento jurídico. A partir desta perspectiva, busca-se fundamentar a importância de esforços educativos e informativos, não apenas para preencher a lacuna de conhecimento identificada, mas também para promover uma apreciação mais abrangente e esclarecida da utilidade do contrato de namoro na defesa dos direitos individuais em relacionamentos não tradicionais.

5.1 Gráfico



(Elaboração própria 2023)

Foram entrevistados 18 participantes, sendo 10 homens e 8 mulheres, com idade variando entre 23 e 55 anos. As entrevistas foram realizadas de forma anônima, garantindo a sinceridade nas respostas.

O gráfico revela uma baixa taxa de conhecimento sobre o contrato de namoro, corroborando a hipótese inicial. A maioria dos entrevistados, tanto homens quanto mulheres, não tinha conhecimento sobre a existência desse instrumento jurídico. Os dados coletados revelam uma significativa lacuna de conhecimento entre os participantes em relação ao contrato de namoro. A maioria expressiva, tanto entre homens quanto mulheres, demonstrou desconhecimento acerca da existência desse instrumento jurídico. Essa falta de familiaridade ressalta a necessidade de esforços educativos e informativos para difundir informações sobre o contrato de namoro.

Além disso, a completa ausência de disposição dos entrevistados em firmar um contrato de namoro chama a atenção para uma possível resistência cultural ou desconhecimento dos benefícios legais proporcionados por esse instrumento. Tais resultados apontam para a importância de iniciativas que esclareçam não apenas a existência do contrato, mas também suas implicações e utilidades na proteção dos direitos individuais e na definição de acordos prévios em relacionamentos afetivos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho, foi realizada uma análise aprofundada sobre as nuances jurídicas das relações afetivas, com foco na distinção entre namoro, união estável e o controverso contrato de namoro. As dinâmicas familiares, em constante evolução, têm desafiado a rigidez das categorias legais, exigindo uma abordagem crítica para compreender as complexidades do cenário jurídico contemporâneo.

Ao explorar as diferenças entre namoro, união estável e casamento, destacamos a flexibilidade e desburocratização inerentes à união estável, que, embora compartilhe efeitos jurídicos e patrimoniais similares ao casamento, apresenta-se como uma alternativa mais adaptável às transformações sociais. O surgimento do "namoro qualificado" evidencia a multiplicidade de formas de relacionamento, desafiando a clareza das categorias estabelecidas.

A análise da união estável no contexto jurídico revelou a sua natureza como um ato-fato jurídico, que, embora não exija formalidades específicas, demanda critérios como convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família. A evolução jurisprudencial, com o reconhecimento da união homoafetiva, reforça a necessidade de adaptação do Direito às transformações sociais.

No âmbito do contrato de namoro, foi explorado o princípio da autonomia de vontade como base para a segurança jurídica nos relacionamentos afetivos. Apesar da ausência de jurisprudência consolidada, o contrato de namoro encontra respaldo no ordenamento jurídico, desde que observados os requisitos para a validade do negócio jurídico. A clareza nas cláusulas é crucial para garantir a segurança patrimonial, e a sua crescente formalização, como indicam os registros, sugere uma resposta adaptativa às mudanças nos arranjos familiares.

A análise crítica da postura predominante sobre o contrato de namoro, que o considera inválido na maioria dos casos, visa resguardar os princípios fundamentais do direito de família. A autonomia privada e a liberdade contratual merecem proteção, e a intervenção estatal deve ocorrer excepcionalmente, preservando a vontade das partes.

Os dados sobre o crescimento dos registros de contratos de namoro revelam uma tendência ascendente, possivelmente influenciada pelas mudanças nos arranjos familiares durante a pandemia. A conscientização sobre a importância da formalização de acordos em contextos afetivos não tradicionais destaca a evolução das práticas jurídicas diante das transformações sociais.

No que diz respeito ao conhecimento e aceitação do contrato de namoro, os resultados das entrevistas indicam uma baixa taxa de familiaridade com o instrumento jurídico. A falta de disposição dos entrevistados em firmar tal contrato ressalta a necessidade de esforços educativos e informativos para difundir informações sobre o contrato de namoro.

Assim, diante da complexidade das relações afetivas e das transformações sociais em curso, é imperativo que o Direito evolua para abraçar a diversidade de arranjos familiares, garantindo a proteção dos direitos individuais e promovendo uma justiça que reflita a pluralidade da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARCHET, Fabiane. OS REFLEXOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO CONTRATO DE NAMORO. In: REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA, Porto Alegre/RS. Vol. 22 (set/dez 2018). p. 170/184, Dez. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Família, sucessões, volume 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil São Paulo. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias (livro eletrônico). 4.ed. em e-book baseada na 11. ed. impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. União estável. Maria Berenice Dias, 2010. Disponível em < [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_791\)3_a_uniao_estavel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_791)3_a_uniao_estavel.pdf)>. Acesso em: 16/11/2023

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6 – As famílias em perspectiva constitucional. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito Família, volume 6. São Paulo: Saraiva Educação. 2019

<https://ibdfam.org.br/noticias/10864/Dia+dos+Namorados%3A+contratos+de+namoro+ainda+s%C3%A3o+pouco+usados+no+Brasil+> (acesso em 20 de outubro de 2023)

<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=namoro+qualific> (acesso em 18 de setembro de 2023)

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> (acesso em 19 de setembro de 2023)

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. Volume 5. São Paulo: Saraiva Educação. 2018

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Anais do V Congresso de Direito de Família. Disponível em Acesso em 15 de outubro de 2023

TARTUCE, Flávio. União estável e namoro qualificado. 28 de março de 2018. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-esucessoes/277227/uniao-estavel-e-namoro-qualificado>. > Acesso em 11 de setembro de 2023

TARTUCE, Flávio Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – v. 3 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição Livro digital (E-pub).

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6 - Direito de Família. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

VELOSO, Zeno. Contrato de namoro. 28.06.2009. Disponível em < <https://www.soleis.adv.br/artigocontratodenamorozeno.htm#In%C3%ADcio>. > Acesso em 10 de junho de 2023

XAVIER, Marília Pedroso. Contrato de Namoro: amor líquido e direito de família mínimo. 2. ed. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2020. (Coleção Fórum Direito Civil e seus desafios contemporâneos, v.3). 127 p. ISBN 978-65-5518-029-9.

DIREITO E CULTURA: A LITERATURA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO.

REBECCA DA SILVA PELLEGRINO PAZ¹²²

RESUMO: A partir de um método indutivo e dialético, com análise bibliográfica e traçando relações jurídica em clássicos literários, o presente estudo foca sua atenção em como o Direito e a Literatura se relacionam. As manifestações e produções artísticas refletem a identidade de um povo, relacionar o Direito com manifestações culturais é participar da evolução da sociedade. No que tange a inexorável relação das ciências jurídicas com a literatura e com seus autores, primeiramente, e de forma sintética, serão salientadas as diferenciações entre o estudo do Direito como, da e na literatura, sendo a última ser estudada por meio de três obras: Antígona, Don Quixote e Mota Coqueiro ou a pena de morte. A escolha indutiva baseou-se no fato de que, apesar de serem destinadas a leitores diferentes, são clássicos lidos pela população mundial.

PALAVRAS CHAVES: Cultura; Literatura ; Mota Coqueiro; Jurisdicididade ; Livros

INTRODUÇÃO:

Como visto, a cultura tem relevante papel social e por isso deve ser estimulada. Contudo, sua relação com o estudo do Direito não se mantém exclusivamente no campo normativo. Saímos assim de uma visão reducionista de Direito onde o estudo de assuntos jurídicos se encontram embasados num estrito dogmatismo para uma abordagem interdisciplinar das ciências jurídicas.

É imperante hoje em dia conceder-se primazia à técnica jurídica onde se aparta do estudo do Direito tudo o que não é jurídico. Essa tecnocracia do positivismo, acarreta um atraso metodológico frente as questões relativas ao Direito postas por historiadores, sociólogos e filósofos bem como um aumento do isolacionismo dos juristas.

Temos em outras palavras um sistema (jurídico) entrando em crise, sendo necessário uma abertura para que esse absorva e seja absorvido por elementos que a priori não eram jurídicos intuito de salvar sua existência com eficácia. Essa crise fica latente quando pensamos que esse isolacionismo da ciência jurídica se não combatido fomenta situações como movimentos que pregam justiça com as próprias mãos.

A literatura nos permite acompanhar as mudanças da sociedade desde os tempos mais remotos, demonstrando a presença de preocupações com as temáticas jurídico-sociais, cada uma a sua época. Imbuídos, na maioria das vezes, oficialmente de opiniões, a obra é criada também a partir da experiência social do autor, desse modo, percebemos a mentalidade da época não só por sua história mas também pelos (des)créditos que seus autores obtiveram. Tem-se assim em mãos toda essa complexidade do objeto literário, e,

122 E-mail: pellegrinorebecca@gmail.com

com isso, desenvolve-se um entendimento filosófico e jurídico, capaz de captar as características e peculiaridades intrínsecas na arte literária.

Para uma melhor análise a literatura pode ser dividida em romance histórico exemplificado pelo texto da peça *Antígona*, romance de tese onde destaca-se *Mota Coqueiro ou a Pena de Morte*, bem como crônicas que apesar de não fidedignas à época representavam por meio de criação fictícias as transações que ocorriam na época como *Don Quixote de la Mancha*.

A relação com o Direito torna-se mais acessível quando prestamos mais atenção na vida do autor (especialmente o período vivido) uma vez que em grande parte dos livros as questões abordadas no enredo estavam em evidência na época.

1 DIREITO E CULTURA, UMA VISÃO CONSTITUCIONAL

1.1 CONCEITO(S) DE CULTURA

É necessário para que cheguemos ao conceito de cultura adotado por nossa constituição nos acautelar de não nos limitarmos a um conceito muito estrito de cultura, a considerando apenas criação artística e cultural. No entanto, não devemos optar por um conceito onde tudo é absorvido pelo cultural para que a proteção constitucional não se esvazie ficando sem parâmetro de incidência.

Para uma primeira conceituação devemos nos voltar para o dualismo metodológico derivado da filosofia Kantiana onde era contraposto realidade (mundo do ser) e valor (mundo do dever ser) que com o passar dos tempos foi encarado por Radbruch como falso. Defendeu o jusfilósofo que os valores encontram-se penetrados na realidade. Desse modo, entre a categoria de natureza e de ideal seria necessário dar lugar à categoria da cultura.

Carlos Cossio para conduzir sua conceituação de cultura utiliza como referência os bens culturais. Divide-os entre mundanais e egológicos, aqui os primeiros seriam a vida humana objetivada e os subsequentes a conduta humana.³ E José Afonso da Silva busca essa diferenciação para defender que os bens culturais protegidos por nosso ordenamento constitucional não seriam os egológicos. Defende o autor que o que é protegido se encaixa no campo dos mundanais, seja como bens culturais de natureza material ou imaterial, forma de expressão, modos de criar, fazer ou viver, ou documentos, obras artísticas e etc., esses seriam para o autor os bens referidos pelos arts. 216 e 216-A da Constituição.

Muito difundida, é a concepção antropológica, vista de três formas, segundo a qual cultura deve ser encarada como “um conjunto integral, constituído pelos utensílios e bens consumidos, pelo corpo de normas que rege os diversos grupos sociais, pelas ideias, artesanatos e costumes” como conjunto complexo que inclui conhecimento, crença arte e moral, lei e costumes e várias aptidões adquiridas pela sociedade, como o referido autor afirma em seu livro ser o que defende Luiz Gonzaga de Mello.⁵ José Afonso da Silva acredita ser a melhor concepção aquela defendida por Robert Taylorum, onde essa seria conceituada como um sistema de hábitos que são compartilhados por membros de uma sociedade vez que essa se encaixa a ideia do autor brasileiro de que a cultura é caracterizada por traços de conexão e complementariedade.

Temos ainda a concepção filosófica de cultura, onde essa seria a vida humana objetivada, valores espirituais que impregnam objetos da natureza de sentidos detendo interdependência com a natureza, assim essa seria, para os pensadores que se filiam a essa visão, um fato a três dimensões onde aos objetos físicos se conferem significações que partem de sujeitos que estendem, entre si, uma teia de inter-relações sociais. Analisado esses dois requisitos, cabe acrescentar que, embora historicamente tenha sido creditado ao Direito constitucional norte-americano o título de ter sido o primeiro a dispor sobre a supremacia da Constituição, outras sociedades, em momento diverso, também o fizeram.

Por fim, devemos apresentar aquele que possui especial relevância para compreensão da conceituação constitucional da cultura, a concepção semiótica de cultura. Tal conceito baseia-se nos ensinamentos de Clifford Geertz e visa ter a utilidade de comprovar que o homem é um animal inseridos em tramas de significações que ele mesmo teceu, sendo a cultura nossa urdidura e o seu estudo uma busca por significações.⁸ Ela seria desse jeito, signos interpretáveis. Tal conceito se alinha ao pensamento de Marilena Chauí onde cultura seria uma ordem simbólica por cujo o intermédio homens determinados exprimem de maneira determinada suas relações com a natureza, entre si e com o poder bem como a maneira que interpretam essas relações.

Claro está que, segundo tal visão, a cultura seria um sistema de significações onde se tem acesso por via de compreensão de seus elementos, assim como o Direito, para o qual efetivo conhecimento apenas se consegue mediante interpretação de seus signos.

Utilizaremos um conceito de cultura baseado no supramencionado mas um pouco mais amplo, onde esse sistema de significações se mostra como qualquer produção humana ou não (não devemos esquecer que detemos bens culturais naturais) que permita compreensão daquilo que se propõe fazer, mesmo que seja apenas o divertimento ou a mera admiração. Sendo assim não apenas a literatura e o cinema mas também as novelas devem ser vistas como produtos culturais, especialmente na sociedade brasileira que preza pela oralidade e onde a fonte de entretenimento e aprendizado mais popular é a televisão.

Os dois vieses de ordenação constitucional cultural

Essa coalizão de sistemas resulta em dois vieses de ordenação constitucional, dois sistemas de significações. O primeiro diz respeito às próprias normas jurídico-constitucionais depositárias de valores, como a garantia de acesso à cultura, liberdade de criação entre outras. Já o segundo viés se refere à própria matéria normatizada, qual seja a cultura, traduzida no patrimônio cultural brasileiro, obras, objetos, documentos, o modo de fazer artístico...

Dessa forma entende-se que se do ponto de vista antropológico todo objeto por exemplo é cultura. Porém, para a nossa constituição, o mesmo apenas deve ser protegido como manifestação cultural se houver significação para o referencial de sociedade brasileira.

Saliente-se, por fim, que a configuração constitucional do conceito sofreu influência de Darcy Ribeiro, e apesar deste diferenciar processo civilizatório de cultura, o ordenamento constitucional entende tal processo como arte da cultura tendo a proteção dos Direitos sociais também aqui integrada.

Resta acentuar que ações culturais afirmativas diretas por parte do Estado se mostram essenciais não apenas porque a cultura é um Direito social mas também para que se concretize a promoção de um diálogo cultural imprescindível à democracia, uma vez que é nessa que a liberdade encontra campo de expansão.

2.1.1 Direito na, como e da Literatura

Ponto importante para a mudança de paradigma no estudo da relação de conexão entre Direito e Artes foi o que se deu por meio do movimento intitulado Law and Literature Movement.¹⁴ Fundado por John Henry, Benjamim Nathan Cardozo e James Boyd White por esse movimento essa relação poderia ser estudada sob três diferentes formas de abordagem: Direito na Literatura, Direito como Literatura e Direito da Literatura.

Essa tríade embora relacione o Direito com a Literatura o faz sob sensíveis diferenças. A visão feita a partir do estudo do Direito como Literatura destaca a linguagem como ponto convergente, encarando uma peça jurídica também como objeto literário e tendo em vista de que o impacto da narrativa pode resvalar diretamente na decisão final do processo, como salienta Ronald Dworkin:

Quanto ao Direito da Literatura esse é o mais afeto à norma do Direito em si, uma vez que se preocupa com as questões referentes à proteção das normas literárias. Temos

aqui a questão dos Direitos autorais, delitos que podem incidir sobre autor/editora e as questões relacionadas a liberdade de expressão. Regulamentando a livre iniciativa literária, prescrevendo regras de conduta para os atores do mercado literário.¹⁶

No que tange a abordagem (na), como destaca Germano Schwatz (2004, p.125/140) estuda as formas sob as quais o fenômeno jurídico é representado no mundo literário e será sobre essa que voltaremos nossos olhos ilustrando o Direito na Literatura através das obras: *Antígona*, *Mota Coqueiro* e *a Pena de Morte* e *Don Quixote*.

2.2 ANTÍGONA 2.2.1 **O autor**

Sófocles, foi um dramaturgo grego, teria escrito 123 tragédias, das quais apenas sete sobreviveram. Dentre essas sete, três foram dedicadas ao “Ciclo de Édipo”, foi esse autor que mudou a maneira de se contar uma história ao acrescentar o terceiro protagonista. Participou ativamente da vida política de Atenas, exercendo o cargo de general em uma das mais importantes batalhas atenienses: a batalha de Samos em 441 a.C.

Estamos, assim, diante de um autor acostumado com o poder, membro da classe dominante e familiarizado com as normas jurídicas. Apesar de pertencer “a ponta do triângulo” não se mostrava um eremita isolado, logo traduz muito do pensamento da população bem como suas obras detinham grande influência social.

2.2.2 **A obra**

Por serem filhos de Édipo, logo irmãos de Ismena e Antígona, seus dois filhos homens teriam o Direito de assumir o trono que era ocupado pelo tio Creonte enquanto ainda fossem menores. Ficara acordado que os irmãos enquanto maiores se revezariam no poder, o que teve início por Etéocles (cujo pensamento se alinhava a Creonte).

No entanto quando da transferência de rei, Etéocles se recusa a sair, o que faz com que Polinices procure apoio em cidades vizinhas e declare guerra ao irmão. Ambos são mortos em combate e Creonte se impões no poder. Nesse momento Creonte expede decreto determinando que Eteócles seria honrado enquanto Polinices seria desgraçado, ficando impedido de ser sepultado e sendo deixado para ser devorado pelos animais.

Antígona e Ismena, irmãs dos mortos, se encontravam fora dos portões de Tebas e quando da notícia sobre o que ocorreria ao corpo de Polinices, Antígona se prontifica a enterrá-lo independentemente da lei imposta por Creonte.

Creonte, que havia conseguido apoio do Coro dos anciões de Tebas (sobre o edito do corpo de Polinices), é informado por um sentinela que o corpo havia sido sepultado.

Furioso, Creonte ordena que o sentinela encontre o corpo, caso contrário o próprio sentinela seria executado em seu lugar. O sentinela, então, descobre que foi Antígona e a leva presa. Antígona é interrogada e assume seu feito, argumentando com Creonte que a proibição de sepultar seu irmão era imoral, em contrapartida da moralidade de seu ato, enterrando o próprio irmão.

Herão, filho de Creonte e noivo de Antígona, embora parecendo apoiar o pai, tenta persuadi-lo a poupar a noiva, o que gera uma discussão entre os dois, fazendo com que Herão saísse e jurasse nunca mais ver Creonte.

Quando Creonte decide libertar Antígona já era tarde demais e um mensageiro o informa de que seu filho havia se matado juntamente com a noiva, o que gera desespero de sua esposa que se suicida.

2.2.3 Abordagem jurídica

Na obra os espectadores se viam diante de um conflito cujo o cerne da questão girava em torno da ideia de justiça. Antígona se colocava ao lado de uma justiça moral, uma justiça natural, não convencional mas eterna, ideal e invariável, por outro lado Creonte defendia extremamente a necessidade de obediência à justiça que era expressa por seus decretos.¹⁷

A posição de Antígona fincava-se na ideia de que o sepultamento devia ser feito, de que seria imoral privar alguém de um sepultamento digno, saliente-se aqui que naquela época sepultar de forma honrosa consistia em impor fogo no corpo e depois preservar os ossos em unguentos aromáticos, como no Funeral de Aquiles. Insistia em seu *jus sepulchri* (Direito de sepultar) uma vez que o ato de sepultar mais do que um ato higiênico, constituía-se em uma afirmação da identidade e do significado daquela pessoa para a família e para a sociedade. Outrossim, além do argumento teológico de que seria moral tal atitude porque seguia o que os Deuses apoiavam Antígona insere também um argumento temporal alegando que a ordem natural do sepultamento é eterna, imutável e anterior a Creonte.

Por outro lado, temos Creonte que primeiramente, e nos cumpre destacar isso, tentou salvar a sobrinha, entretanto sem violar a lei fornecendo-lhe a possibilidade de negar-lhe autoria ou de alegar ignorância sobre o decreto (ambas propostas recusadas por Antígona). Porém esse agia sempre tendo em vista que ele era o Estado e de que a lei formal emanada por ele independia de qualquer adequação social.

Logo, há aqui o clássico embate entre o jusnaturalismo e o positivismo sendo esse representado por Creonte e aquele por Antígona. O jusnaturalismo em poucas palavras pregava um ideário de que o justo era o que era moral, defendendo que o Direito independe da vontade humana. Tal Direito existiria para essa corrente antes mesmo do homem e estaria acima das leis feitas por esses, o que refletiria no fato de que o Direito seria algo natural e teria como pressupostos os valores do ser humano, e a busca de um ideal de justiça. O Direito natural seria universal, imutável e inviolável, é a lei imposta pela natureza à todos aqueles que se encontravam em um estado de natureza.

Já o positivismo legalista, representado por Creonte se traduziria na existência apenas do Direito e conseqüentemente da justiça através de normas positivadas, ou seja, normas emanadas pelo Estado com poder coercivo. Normas expressas formalmente e que tinham como pressupostos o próprio ordenamento estatal.

Por fim, não podemos olvidar de outra lição jurídica presente na obra que reside na discussão entre Creonte e seu filho. Esse põe em xeque a legitimidade de um comandante que toma atitudes que não vão de encontro ao que defende a população. Nesse ponto, nota-se uma crítica aos governos ditatoriais.

2.3 DON QUIXOTE DE LA MANCHA

2.3.1 O autor

Escritor espanhol, filho de um modesto cirurgião, Miguel de Cervantes (Alcalá de Henares, 1547-Madrid, 1616) estudou em Valladolid e em Sevilla. Em Madrid foi discípulo de López de Hoyos e pajem do cardeal Acquaviva na Itália. Viveu numa Espanha onde imperava a Monarquia Absolutista e que passava pelo Século do Ouro, seja pelo florescimento das artes e da ciência, seja pelo bem precioso retirado pela Espanha de suas colônias espalhadas pelo mundo.

Cumpramos destacar que escritores estrangeiros como Ramiro de Maetú e Luis Rosado, como salientado no Programa Direito e Literatura apresentado por Lenio Luis Streck, sustentam que Cervantes detinha um conhecimento aprofundado das ciências jurídicas.

conhecimento não é demonstrado apenas em Don Quixote mas também em O Velho Ciumento e a Senhora Cornélia, por exemplo. Nessas obras o autor demonstra notório conhecimento da relação jurídica que envolvia o matrimônio e a morte civil.

2.3.2 A obra

O livro conta a história de um fidalgo que vive em La Mancha, região central da Espanha. Assíduo leitor das obras de cavalaria, é influenciado pelo mundo que descobre nos livros e passa a acreditar piamente no que lia. Seduzido pelo heroísmo medieval, ele resolve converter-se em um cavaleiro andante e se igualar aos seus personagens favoritos, se auto intitula Dom Quixote de La Mancha.

Ele resolve, então, sair pelo mundo para propagar a justiça e lutar pela República dos desvalidos montado em seu Rocinante, cavalo fraco e que sofre bastante durante suas aventuras. Como qualquer cavaleiro, Dom Quixote, precisando de uma dama a quem honrar, elege uma mulher (julga-se ser uma prostituta) que só conhece de vista e a idealiza como donzela Dulcinéia.

Passa por diversas situações que beiram, muitas vezes, ao ridículo e outras que o autor, fazendo uso da paródia e ironia, mostra ao leitor que o protagonista é humano e mais frágil do que parece. Exemplo disso dá-se quando, após um dia inteiro de caminhada sob o sol, o recém-cavaleiro se depara com uma estalagem, que em sua mente perturbada se converte em um castelo; ou até mesmo quando ao investir contra o grupo de comerciantes, os vê como adversários, cai do Rocinante e tem seu corpo moído por pauladas.

Inclusive é nesse momento que um conhecido da aldeia encontra o cavaleiro ferido e o leva de volta a sua casa. Seguindo os conselhos do padre Tomás e do barbeiro Nicolau, a ama e a sobrinha resolvem queimar todos os livros de cavalaria e lacrar as portas da biblioteca.

No entanto, contrariando o esperado por todos, Dom Quixote, pensando que o ato se tratava de uma magia de algum feiticeiro, resolve voltar à aventura. Convencendo um lavrador de acompanhá-lo em troca de uma terra para governar, o cavaleiro segue com suas aventuras cavaleirísticas.

Sancho, ao fim do livro, tenta levar o cavaleiro de volta a casa para agradar a sobrinha do protagonista, por quem tinha interesse. Disfarçado de cavaleiro da lua cheia desafia o cavaleiro da triste figura, apostando que quem perder o combate colocaria fim à vida de cavaleiro andante. Sansão vence e o fidalgo volta ao lar, já desiludido com a cavalaria. Dom Quixote renuncia aos romances que tanto gostara e, recuperando a razão, morre como um piedoso cristão.

2.3.3 Abordagem jurídica

Essa obra é uma verdadeira aula de Direito em virtude de diversos tópicos jurídicos que aborda. Aqui é possível que se aprenda sobre a ciência jurídica sem que os olhos fiquem presos a massificada doutrina.

Um ponto que merece destaque na obra é o fazer justiça com as próprias mãos. Por não haver um Estado perfeitamente organizado como o conhecemos atualmente, e até mesmo ainda por uma herança medieval, comum era o sujeito querer resolver seus problemas por si só. Exercer a autotutela, impondo a força física frente às dificuldades encontradas. Ressalta-se que essa falta de estruturação do Estado fica marcada quando nos damos conta de que o objetivo do nosso herói era fazer justiça na República dos Desvalidos.

Observando, enquanto pela estrada passava, o conflito entre um amo e seu criado, que era açoitado, o cavaleiro percebe a hipossuficiência do criado na relação que testemunhara e resolve interceder a seu favor. Dom Quixote, nessa ocasião, assume papel de um juiz trabalhista e resolve aquele pleito de forma a que não mais aquela relação deveria continuar uma vez que em seu pensamento sempre pairava a ideia de que ninguém deveria escravizar outrem, uma vez que o natural seria a liberdade. Não podemos olvidar que a obra deve ser vista como uma ode à liberdade uma vez que o autor sabia, e muito bem, o que era ser privado dessa.

Com o avançar da história, o cavaleiro depara-se com gigantes (já que assim quer enxergar), que se revelam apenas moinhos de ventos. Travando, o que era de se esperar uma batalha com os moinhos, leva a melhor, mesmo que sendo lançado longe pela roupa enroscada em uma de suas pás.

Os moinhos de vento do Direito contemporâneo na área penal podem ser retratados pela ideia de Direito Penal do inimigo frente a expansão dos Direitos Humanos. Apesar de defender a manutenção das garantias fundamentais aos presos esse é muitas vezes rechaçado em prol de um ideário de sociedade que bebe num que de Medieval e se volta a atacar aquilo que não se quer ver.

Apesar de se mostrar em processo de falência esse Direito Penal do Inimigo ainda é visto e empregado especialmente por aquele que pode ser visto como vento desse moinho, a

mídia. Não são raros os casos onde se utiliza da liberdade de expressão para se extravasar o chamado discurso do ódio, colocando como inimigos minorias.¹⁹

Contudo na maioria das vezes essas minorias não passam de maiorias ignoradas, fazendo uma intertextualidade aqui é mister que se destaque o caso do ônibus 174, Sandro,

homem que invadiu o ônibus carioca que fazia a linha 174 e demonstrou uma sucessão de erros policiais que levaram a morte de uma refém e do homem, nada mais era do que um sobrevivente da Chacina da Candelária.

Voltando aos moinhos, outro gigante do Direito contemporâneo é a sua própria essência que está em constante amplitude e crescimento diretamente proporcional ao desenvolvimento latente da sociedade. O avanço do Direito é, muitas vezes, uma realidade que não se quer aceitar. E, quando preso na dogmática tradicional, a ciência jurídica não é vista em sua essência, realmente como são, mas sim, gigantes brutos e intocáveis, ainda que exista um simples moinho de vento em seu âmago.

Nos parece de caráter fundamental o trecho onde Sancho Pansa, que representa exatamente a realidade da história, aquele que tinha seus pés “fincados ao chão” vê um grupo de ladrões dividindo o produto do roubo e exclama: “é tão boa coisa a justiça, que é necessária até entre os ladrões”.

Nesse trecho podemos observar que em tom desprezioso aquele simples camponês tão dogmático vê pela primeira vez um exemplo de igualdade material. Uma vez que apesar de defender o cumprimento a lei, identificava como justiça algo que nunca tinha visto ou seja a materialização da igualdade.

O que se tinha antes era um ideário de justiça que ficava atrelado apenas ao formalismo, uma igualdade perante a lei. Igualdade essa que por exemplo no Brasil historicamente atingia apenas homens brancos, livres e com posses, passando apenas para os homens e apenas na história recente atingindo as mulheres. Ou seja, se demoramos tanto tempo a se ter regulamentada a igualdade formal no Brasil será que com a material seria diferente?

Obviamente que não é por isso que embora nossa Constituição nos coloque como iguais, materialmente muita diferença ainda existe no que tange o gozo de Direitos entre os diferentes. Ressalta-se que tendo em vista que a igualdade material segue a ideia de tratar os iguais de maneira igual e os diferentes de maneira diferente na medida de sua desigualdade hoje em dia na busca de concretizá-la começamos a ter ações afirmativas, as quais não parece se aqui o melhor lugar para abordá-las, no Brasil.

Isto posto, fica evidente que a obra não é a segunda mais vendida do mundo por um modismo qualquer uma vez que nos demonstra ensinamentos jurídicos fundamentais, tais como a liberdade e a igualdade no âmbito do Direito do Trabalho, tratando o camponês desigualmente na medida de sua desigualdade ou no âmbito do entusiasmo causado naquele que representa a realidade ou seja, aquele que, em tese, já estaria

acostumado com essa. Sem olvidar contudo críticas atuais à maneira como os processos, especialmente os da seara penal são conduzidos e a visão de dignidade humana que se tem perante os desafortunados economicamente.

2.4 MOTA COQUEIRO OU A PENA DE MORTE

2.4.1 O autor

O autor da obra é José do Patrocínio Filho nasceu em Campos residindo no Rio de Janeiro do final do século XIX falecendo no início do XX, ou seja, viveu sob a égide de um Brasil colonial e escravista. Filho de um vigário e uma escrava, Patrocínio cresceu livre entre os escravos da fazenda do pai, apesar de nunca ter sido reconhecido pelo pai. Ferrenho crítico da escravidão, ele não se limitou a escrever, também preparou e auxiliou a fuga de escravos e coordenou campanhas de angariação de fundos para adquirir alforrias, com a promoção de espetáculos ao vivo, comícios em teatros, manifestações em praça pública, etc.²¹

Quando voltou de uma visita a Campos em 1885, trouxe a mãe, idosa e doente, que viria a falecer no final desse mesmo ano. O sepultamento transformou-se em um ato político em favor da abolição, tendo comparecido personalidades como as do ministro Rodolfo Dantas, o jurista Rui Barbosa e os futuros presidentes Campos Sales e Prudente de Moraes.

Em 1887 escreveu Mota Coqueiro ou a Pena de Morte, livro pelo qual até hoje é conhecido quando se aborda o fim da pena de morte no Brasil.

2.4.2 A obra

O livro baseia-se em fatos reais ocorridos em 1855, quando o fazendeiro conhecido como a Fera de Macabú de nome Manoel da Mota Coqueiro foi condenado a morte pelo assassinato de uma família inteira de colonos que moravam em sua terra. Ficando viva apenas a filha dos assassinados que ele tinha engravidado.

Como o povo que ali vivia não morria de afeto pelo fazendeiro ele foi acusado pelo crime. Fugiu mas foi capturado, passando por um processo irregular. Não obteve a graça do Imperador e foi executado.

2.4.3 Abordagem jurídica

Estamos diante de um romance de tese, aquele que como destaca Silviano Santiago tem por função óbvia o desmascaramento de uma situação que é encoberta pela

ignorância e preconceito, pelo atraso cultural e pela incapacidade de visão de um determinado grupo.²⁴

Apesar da linguagem imparcial, Patrocínio tem um objetivo claro ao escrever essa obra que é defender sua ideia de abolição definitiva das execuções penais como castigos extremos que não permitem revisão e reparação dos erros. Cumpre destacar que apesar da história ser verdadeira Herculano nunca existiu ou seja, apesar da atmosfera dar a entender que Motta Coqueiro era inocente nada se provou em contrário. Porém, diante do tom jornalístico que o autor confere ao final do texto, estando ausentes as tantas figuras de linguagem que ele utilizou no início, muitos consideram com se Herculano realmente tivesse existido.

A vista disso, é claro que a obra nos faz questionar a pena de morte questionamento esse que se mostra extremamente atual se pensarmos que atualmente, a pena capital ainda é estabelecida, por diversos países, em todo o mundo, como Estados Unidos, China, Indonésia²⁵ Irã, entre outros

A questão da adoção da pena de morte no Brasil para casos além dos crimes de guerra é sempre trazida à pauta de discussões quando algum crime bárbaro é praticado e noticiado. Porém a adoção da pena capital é incompatível com o ordenamento vigente não só no que tange a nossa Constituição, mas também devido aos inúmeros Tratados ratificados e na sua maioria sem cláusula de denúncia.

Destaca-se que quando a Constituição Federal admite a pena de morte em tempo de guerra, é porque a situação exige para garantia de defesa, exceto no caso de guerra, a pena capital é proibida em nosso ordenamento.

Tampouco através de Emenda Constitucional esta vedação poderia ser alterada, tendo em vista que ela se encontra prevista no art. 5º, ou seja, no artigo em que está previsto as garantias e Direitos fundamentais e conforme o art. 60, § 4º da Constituição Federal, estes Direitos e garantias são cláusulas pétreas do nosso ordenamento jurídico, não sendo passíveis de modificação que concerne a aboli-los ou restringi-los.²⁷

Aqueles que já tiveram o prazer de ler O Último Dia de um Condenado de Victor Hugo, rapidamente fazem relação com essa obra após ler Motta Coqueiro ou a Pena de Morte, especialmente no que tange a crítica ao sistema penal, que, para, supostamente, "reprimir" o crime, se utiliza da via mais fácil: a eliminação dos ditos delinquentes.

Em seu livro, Victor Hugo se posiciona claramente em defesa a uma maneira de repressão que não é imediatista, mas de certo é mais eficaz: a readaptação do preso à

sociedade de forma a demonstrar que ele tem condições de viver sem que seja necessário praticar crimes.

Além disso, a obra também encara (e critica) a condenação tida como um show para a sociedade, a qual é brilhantemente caracterizada por Victor Hugo como uma horrível multidão sedenta de sangue. Neste aspecto, merece ser ressaltado o trecho em que o personagem nota a praça onde será executado: “Comerciantes de sangue humano gritavam a plenos pulmões: “Quem quer lugares? Enchi-me de raiva contra este povo”. Diferença não houve na condenação de Mota Coqueiro:

Portanto, através de um romance de tese, aparentemente imparcial, fortes críticas à Pena de Morte são realizadas. Não sabemos se influenciado ou não por Victor Hugo também fica evidente a desaprovação à espetacularização dessa forma de violência à dignidade humana. Quando analisamos o mundo percebemos que tais críticas permanecem contemporâneas o que faz do estudo do Direito por obras enriquecedor do ponto de vista literário e jurídico.

CONCLUSÃO:

O status jurídico sob o qual existe a cultura recebe, cada dia mais atenção. Ainda que tenhamos momentos de desmonte de políticas públicas ou constitucionalismo abusivo, certo é que trata-se de conceito fundamental e intrínseco ao mínimo existencial.

Nessa mesma toada mostra-se fundamental a superação de um olhar reducionista e um estudo intertextual para que seja possível a análise de temas tão caros à sociedade. Seja compreendendo o debate entre o jusnaturalismo e o positivismo de Antígona ou fornecendo um novo olhar à pena de morte após Motta coqueiro, certo é que a literatura permite que questões jurídicas sejam debatidas socialmente assim como fornece elementos para que questões sociais sejam efetivamente tuteladas pelo Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Star trek y los derechos humanos**. [S.l.]: Tirant Lo Blanch, 2007.

ALMEIDA, Heloisa Buarque de. **Telenovela, consumo e gênero**. Bauru: Edusc, 2003.

ALMEIDA, José Rubens Demoro. Cinema, direito e prática jurídica: uma introdução. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista**, Porto Alegre, v. 7, p. 38-47, 2009.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
ARENDDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? **Textos & Contextos**, Porto Alegre, n. 5, nov. 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1022/802>>. Acesso em: 28 mai. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito Penal brasileiro**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2008. BOBBIO, Norberto. **El derecho de la sociedad**. Tradução: Javier Torres. 2 ed. México: Heder; Universidad Iberoamericana, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOTELHO, Aline. Sobre novelas e moda brasileira. **Duo de luxo**, [s.l.], 29 jul. 2010. Disponível em: <<http://duodeluxo.wordpress.com/2010/07/29/sobre-novelas-e-moda-brasileira/>>. Acesso em: 28 mai. 2014.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; ITESO; Editorial Anthropos, 1996.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Rubí (Barcelona); México; Santafé de Bogotá: Anthropos; Universidad Iberoamericana: CEJA; Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre, SAFE, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FANTÁSTICO: programa do dia 03 fev. 2013. **G1 Novelas**, [s.l.], 03 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.g1novelas.org/assistir-fantastico-programa-do-dia-03-02-2013/>>. Acesso em: 28 mai. 2014.

HUGO, Vitor. **O último dia de um condenado**. São Paulo: Estação da Liberdade, 2002

JARA DÍEZ, Carlos Gómez; CASTIGLIONI, Ruben Daniel. Dom Quixote, do espanhol Miguel de Cervantes: debate. **Direito & Literatura**. [s.l.], 27 jul, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-27/direito-literatura-dom-quixote-espanhol-miguel-cervantes>>. Acesso em: 28 mai. 2014.

LA FERRARA, Eliana; CHONG, Alberto; DURYEA, Suzanne. Soap Operas and Fertility: Evidence from Brazil. **American Economic Journal: Applied Economics**, v. 4, n. 4, p. 1-31, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995.

LUHMAN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Tradução Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Vega, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosaângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, 2006.

MARTINE, George. Brazil's fertility decline, 1965-95: a fresh look at key factors. **Population and Development Review**, New York, v. 22, n. 1, p. 47-75, mar. 1996.

MELO, José Marque de. **As novelas da Globo**: produção e exportação. São Paulo: Summus, 1988.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório nacional sobre tráfico de pessoas**: consolidação dos dados de 2005 a 2011. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório de Desenvolvimento Humano**: racismo, pobreza e violência. Brasília: PNUD, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001b.

SOUTO MAIOR, Jorge. Domésticas, a luta continua!. **Blog do Irineu Messias**, [s.l.], 14 abr. 2013. Disponível em: <http://www.irineumessias.com/2013_04_14_archive.html>. Acesso em: 28 mai. 2014.

TRINDADE, Jorge; SILVA, Milene Leite. Crianças e adolescentes vítimas de violência: envolvimento legal e fatores psicológicos estressores. In: TRINDADE, Jorge (Org.). **Direito da Criança e do Adolescente**. v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VAQUER, Gabriel. "Avenida Brasil" vira a novela mais exportada da história da Globo. **Na Telinha**, [s.l.], 28 jun. 2013. Disponível em: <<http://natelinha.ne10.uol.com.br/novelas/2013/06/28/avenida-brasil-vira-a-novela-mais-exportada-da-historia-da-globo-63019.php>>. Acesso em: 28 mai. 2014.

RACISMO: AVANÇOS LEGISLATIVOS E JURISPRUDENCIAIS

NATÁLIA MARIA MADUREIRA DA ROCHA COUTINHO:
advogada formada pela PUC-RIO¹²³.

RESUMO: Este artigo aborda a Lei de Combate ao Racismo, analisando sua importância histórica, seu impacto na sociedade e os desafios enfrentados na luta contra a discriminação racial. A legislação brasileira, representada pela Lei nº 7.716/1989, visa combater atos discriminatórios motivados por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem nacional, e desempenha um papel fundamental na promoção da igualdade racial e no respeito à dignidade humana. O artigo também discute a necessidade de conscientização e educação contínua para eliminar as raízes profundas do racismo e alcançar uma sociedade verdadeiramente inclusiva.

PALAVRA-CHAVE: Racismo. Lei de Combate ao Racismo.

INTRODUÇÃO:

O Brasil, um país marcado por sua diversidade racial e cultural, o racismo sempre foi a sua realidade. Tanto é assim, que somente após mais de cem anos da data da abolição da escravatura, o legislador, mais precisamente o constituinte originário apresentou a primeira normativa que vedava expressamente a prática do racismo, tal normativa foi fruto de uma emenda aditiva ao texto constitucional pelo constituinte Carlos Alberto Caó, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII, da Constituição Federal de 1988.

Reza o artigo 5º, XLII, da CF/88:

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:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Em que pese o artigo supra tratar-se de mandado constitucional de criminalização, somente foi efetivado após quase um ano, com a edição da Lei nº 7.716/1989, conhecida como a Lei de Combate ao Racismo, que desempenha um papel essencial na proteção dos direitos humanos e na promoção da igualdade.

123 E-mail: natalia_coutinho@yahoo.com.br

Destaca-se, ainda, que o repúdio ao racismo é um dos princípios adotados pelo Brasil nas suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), o que também é mencionado no inc. II do art. 3º da Lei da Migração (Lei n. 13.445/2017).

Contudo, em que pese a evolução legislativa e os princípios constitucionais, a prática do racismo ainda é prática comum. Pois impera no Brasil, um país de maioria negra, diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva.

1. RACISMO, PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO.

A lei brasileira nº 7.716/1989 (Lei de Combate ao Racismo), importante instrumento normativo, traz em seu bojo os conceitos de Racismo, Discriminação Racial e Preconceito, sem defini-los.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, tratado internacional de direitos humanos que foi promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 65.810. de 1969, dispõe que a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública:

Artigo I

1. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseadas em raça, cor, descendência ou *origem* nacional ou étnica que têm por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direito humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Por sua vez, a **Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que foi** aprovada em 2013 na Guatemala, com apoio do Brasil, durante encontro da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo ratificada pelo Brasil através do rito do art. 5º, §3º da CF/88, tendo recebido o status de emenda constitucional.

A **Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância** (Dec. 10.932/22) apresenta um rol maior de definições do que as demais legislações, e traz os seguintes conceitos:

1. Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

2. Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do *Direito* Internacional dos Direitos Humanos.

3. Discriminação múltipla ou agravada é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou *privada*.

4. Racismo consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial. O racismo ocasiona desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas. Toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas descritas neste Artigo são cientificamente falsas, moralmente

censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional e, portanto, perturbam gravemente a paz e a segurança internacional, sendo, dessa maneira, condenadas pelos Estados Partes.

5. As medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos *separados* para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.

6. Intolerância é um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias. Pode manifestar-se como a marginalização e a *exclusão* de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos.

Para a doutrina, o RACISMO é a teoria segundo a qual certos povos ou nações são dotados de qualidades psíquicas e biológicas que os tornam superiores a outros seres humanos. O PRECONCEITO RACIAL, por sua vez, é o conceito/opinião formados antecipadamente, sem levar em conta o fato que os conteste, e, por extensão, suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. Por fim, a DISCRIMINAÇÃO refere-se ao tratamento desigual e injusto de indivíduos ou grupos com base em características raciais, como cor da pele, origem étnica, nacionalidade ou ascendência.

Silvio Luiz de Almeida destaca que o racismo constitui uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, manifestando-se por meio de práticas conscientes ou inconscientes que resultam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam. O preconceito racial é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, podendo ou não resultar em práticas discriminatórias. Já a discriminação, é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados e tem como requisito fundamental o poder.

O autor destaca, ainda, que a discriminação pode ser direta ou indireta. A discriminação direta é o repúdio ostensivo a indivíduos ou grupos, motivado pela condição racial. Já a discriminação indireta é um processo em que a situação específica de grupos minoritários é ignorada – discriminação de fato – ou sobre a qual são impostas regras de “neutralidade racial” sem que se leve em conta a existência de diferenças sociais significativas – discriminação pelo direito ou discriminação por impacto adverso.

Pode-se falar ainda em **autodiscriminação**, que são mecanismos internos de repressão que modelam nossos desejos, expectativas, anseios e motivações, são escolhas pautadas pelas normas sociais. Nesse contexto, enquadra-se o tema das **ações afirmativas**, que é um importante instrumento jurídico e social de concretização dos direitos dos grupos realmente discriminados e marginalizados na sociedade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da lei de cotas, tratando-se de uma importante ação afirmativa:

CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS. A Lei nº 12.990/2014 estabeleceu uma cota aos negros de 20% das vagas em concursos públicos realizados no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. O STF declarou que essa Lei é constitucional e fixou a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta.” Além da autodeclaração, é possível que a Administração Pública adote critérios de heteroidentificação para analisar se o candidato se enquadra nos parâmetros da cota. A Lei nº 12.990/2014 estabeleceu uma cota aos negros de 20% das vagas em concursos públicos da administração pública federal, direta e indireta. Segundo o art. 2º da Lei, poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE. Trata-se do chamado critério da autodeclaração. O STF afirmou que este critério é constitucional. Entretanto, é possível também que a Administração Pública adote um controle heterônomo, sobretudo quando existirem fundadas razões para acreditar que houve abuso na autodeclaração. Assim, é legítima a utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação dos candidatos que se

declararam pretos ou pardos. A finalidade é combater condutas fraudulentas e garantir que os objetivos da política de cotas sejam efetivamente alcançados. Vale ressaltar que tais critérios deverão respeitar a dignidade da pessoa humana e assegurar o contraditório e a ampla defesa. Exemplos desse controle heterônomo: exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso; exigência de apresentação de fotos pelos candidatos; formação de comissões com composição plural para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração. Essa conclusão do STF foi resumida na seguinte tese de julgamento: "É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa". STF. Plenário. ADC 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 8/6/2017 (Info 868)

Há que se mencionar também, o conceito de racismo institucional, que atua de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, provocando uma desigualdade na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes segmentos da população do ponto de vista racial. Nesse sentido, pode-se afirmar que o racismo teve uma configuração institucional, tendo o Estado legitimado historicamente o racismo institucional, e, tal fato, legitima as políticas de ação afirmativa, como políticas públicas que se destinam a corrigir uma história de desigualdades e desvantagens sofridas por um grupo étnicorracial frente a um Estado nacional que o discriminou negativamente.

2. LEI Nº 7.716/1989: ABRANGÊNCIA E TIPOS PENAIS

A Lei nº 7.716/1989 define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O bem jurídico tutelado é o direito à igualdade, bem como à dignidade da pessoa humana.

Em 2023, a referida Lei sofreu uma importante alteração pela Lei de nº 14.532, de 2023, que incluiu diversos crimes na legislação, como foi o caso da injúria racial:

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

O crime de injúria racial era previsto no Código Penal e havia uma discussão doutrinária se o crime seria prescritível ou imprescritível, em razão do Art. 5º, XLII da CF/88. Contudo, antes da inovação legislativa, o Supremo Tribunal Federal, entendeu que o crime de injúria racial, espécie do gênero racismo, era imprescritível:

O crime de injúria racial, espécie do gênero racismo, é imprescritível. STF. Plenário. HC 154248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/10/2021 (Info 1036).

Vale ressaltar que o STJ já possuía julgados nesse mesmo sentido:

A denominada injúria racial é mais um delito no cenário do racismo, sendo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1849696/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/06/2020.

Desse modo, além da confirmação da posição do STF, no sentido da imprescritibilidade do crime de injúria racial, este crime passa a ser de ação penal pública incondicionada. Frise-se que trata de hipótese de continuidade normativo-típica, não havendo que se falar em abolitio criminis.

Além disso, ao crime do art. 20 da lei (racismo), foram inseridas novas qualificadoras, referente a: (1) cometimento do crime por intermédio dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza (§2º); (2) cometido no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público (§2º-A).

Ainda, incorre nas mesmas penas do art. 20 quem obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas, sem prejuízo da pena correspondente à violência (art. 20, §2º-B).

Aqui, cabe ressaltar a diferença entre o discurso de ódio (hate speech) e o proselitismo religioso. Proselitismo religioso significa empreender esforços para convencer outras pessoas a também se converterem à sua religião. Desse modo, a prática do proselitismo, ainda que feita por meio de comparações entre as religiões (dizendo que uma é melhor que a outra) não configura, por si só, crime de racismo. Só haverá racismo se o discurso dessa religião supostamente superior for de dominação, opressão, restrição de

direitos ou violação da dignidade humana das pessoas integrantes dos demais grupos. Por outro lado, se essa religião supostamente superior pregar que tem o dever de ajudar os "inferiores" para que estes alcancem um nível mais alto de bem-estar e de salvação espiritual e, neste caso não haverá conduta criminosa.

Nesse sentido, é o entendimento do STF:

A incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. STF. 2ª Turma. RHC 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2018 (Info 893). Atenção. Compare com RHC 134682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2016 (Info 849).

Além disso, foi incluída uma causa de aumento para todos os crimes da Lei de Racismo:

Art. 20-A. Os crimes previstos nesta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Essa previsão busca-se combater o chamado racismo recreativo, que nada mais é do que uma política cultural que utiliza o humor para expressar hostilidade em relação a minorias raciais, reproduzindo estigmas raciais que legitimam uma estrutura social discriminatória, ao mesmo tempo que encobre o papel essencial da raça na construção das disparidades entre negros e branco.

Por fim, convém destacar importante inovação legislativa prevista no art. 20-D que é figura da assistência qualificada da vítima:

Art. 20-D. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá estar acompanhada de advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

3. OS DESAFIOS PERSISTEM.

Apesar dos avanços alcançados, ainda há desafios significativos no combate ao racismo. A subnotificação de casos e a falta de conscientização sobre a legislação dificultam

a aplicação efetiva da lei. Além disso, a discriminação racial muitas vezes ocorre de forma velada, o que torna mais difícil sua identificação e punição.

Para superar os desafios e alcançar uma sociedade mais igualitária, é fundamental investir em educação e conscientização. A educação antirracista nas escolas e nas instituições é essencial para combater os estereótipos e preconceitos arraigados na sociedade. Além disso, é necessário promover o diálogo e o respeito entre diferentes grupos étnicos, a fim de construir uma convivência harmoniosa e enriquecedora para todos.

4. CONCLUSÃO.

A Lei de Combate ao Racismo é um importante instrumento jurídico na proteção dos direitos humanos e no combate à discriminação racial. No entanto, sua eficácia depende do comprometimento de toda a sociedade em promover a igualdade, respeitar a diversidade e eliminar os estigmas e estereótipos raciais. Somente com uma educação antirracista (letramento racial) e uma conscientização coletiva será possível superar os desafios e construir uma sociedade verdadeiramente inclusiva e justa para todos.

BIBLIOGRAFIA:

Almeida, Silvio Luiz de Racismo estrutural / Silvio Luiz de Almeida. -- São Paulo : Sueli Carneiro ; Pólen, 2019. 264 p. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro

STF. Plenário. ADC 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 8/6/2017 (Info 868)

STF. Plenário. HC 154248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/10/2021 (Info 1036).

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1849696/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/06/2020.

STF. 2ª Turma. RHC 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2018 (Info 893).

AS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO TELEPRESENCIAIS NO PROCESSO DO TRABALHO: OS NOVOS DESAFIOS

MARIA D'AJUDA PEREIRA DOS SANTOS¹²⁴

SAMUEL HEDEN DOS SANTOS

JANAINA ALCÂNTARA VILELA

(orientadora)

RESUMO: Uma das questões sociais das mais importantes são as garantias trabalhistas. Quando não existe o cumprimento dos direitos, o trabalhador poderá ingressar na justiça do trabalho para que o empregador seja condenado a pagar as verbas de direito. Por outro lado, principalmente após a pandemia, a justiça do trabalho inovou e revolucionou no sentido das audiências telepresenciais. Até a data atual, inúmeras são as audiências realizadas de forma virtual, principalmente nos Tribunais Superiores. Por esta razão, este artigo visa discorrer sobre os princípios decorrentes das audiências telepresenciais ou virtuais, expondo como devem ser aplicados concretamente. Ademais, serão apresentadas as disposições legais da modalidade telepresencial e a garantia dos princípios da ampla defesa, contraditório e do acesso à justiça nas audiências trabalhistas, por serem princípios constitucionais e que devem estar presentes em todos os processos judiciais. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica procurando enfatizar sobre outra modalidade de audiência que foi criada, as audiências telepresenciais e que trouxe nova roupagem de direitos e deveres entre as partes e ao juiz.

Palavras-chave: Audiências. Telepresenciais. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT: One of the most important social issues is labor guarantees. When rights are not met, the worker may go to labor court to have the employer ordered to pay the rightful sums. On the other hand, especially after the pandemic, the labor courts innovated and revolutionized the use of telepresence hearings. To date, countless hearings have been held virtually, mainly in Superior Courts. For this reason, this article aims to discuss the principles arising from telepresence or virtual hearings, explaining how they should be applied concretely. Furthermore, the legal provisions of the telepresence modality will be presented and the guarantee of the principles of broad defense, contradictory and access to justice in labor hearings, as they are constitutional principles and must be present in all legal proceedings. A bibliographical research was carried out seeking to emphasize another

¹²⁴E-mail: udinhamariasantos@hotmail.com

type of hearing that was created, telepresence hearings, which brought a new set of rights and duties between the parties and the judge.

Keywords: Audiencias. Telepresential. Work justice.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como tema as audiências de instrução e julgamento telepresenciais no processo do trabalho. O tema se mostra importante, especialmente porque é tratado pela garantia de aplicação dos princípios do processo do trabalho, em especial, da ampla defesa, do contraditório, da igualdade digital e do acesso à justiça. Tem como discussão a análise desta modalidade de audiência e que deve ajudar a desburocratizar e reduzir os custos dentro de um processo, inclusive, em Tribunais Superiores.

Nota-se que esta questão está presente na sociedade brasileira desde a pandemia de COVID-19, quando a aglomeração de pessoas foi proibida, mas, já se percebia com o Código de Processo Civil de 2015, que em vários artigos se permitiu as audiências por videoconferência. Daí a importância de insistir no estudo do tema, considerando problemas passados que ainda se mostram presentes.

A cerca do presente tema, é importante apresentar um breve contexto. A justiça do trabalho é um órgão destinado a conciliar e julgar ações que envolvem direitos trabalhistas, sobretudo, envolvendo empregados e empregadores. Neste ponto, merece destacar que a justiça do trabalho deve seguir o procedimento especificado na lei, que se denomina o processo do trabalho.

A presente pesquisa se mostra recente e atual tendo em vista as recentes discussões ocorridas, principalmente no que tange ao Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Superiores.

Evidencia-se a atualidade do tema a partir da decisão da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2) do Tribunal Superior do Trabalho, onde anulou a sentença ao constatar que as testemunhas da trabalhadora não puderam depor de forma telepresencial por causa de problemas técnicos com a conexão da internet.

A relevância da pesquisa pode ser notada a partir da insuficiência da lei, que apenas autoriza a realização de audiências telepresenciais, mas, não garante expressamente sobre suas regras e aplicações. É necessário, a partir disso, construir melhor o tema, justificando a presente pesquisa.

A importância da pesquisa está em propor medidas para que os novos desafios com as audiências telepresenciais sejam aplicadas, basicamente para que se respeite os

princípios constitucionais vigentes.

No que diz respeito à metodologia utilizada, o tipo elegido foi a pesquisa teórica, abordando conceitos desenvolvidos por teóricos e discussões gerais acerca do tema proposto, realizada a partir da análise de julgamentos judiciais.

De tal forma, o importante é definir que as audiências da Justiça do Trabalho de forma telepresencial é uma realidade e não vão mais deixar de existir. É claro que existem facilidades para este tipo de audiência, principalmente para os profissionais e testemunhas que estão mais distantes da comarca.

Porém, o que deve ser entendido é que os princípios constitucionais devem ser cumpridos, motivo porque novos desafios são implantados e merecem melhor esclarecimento e entendimento.

2 O TRÂMITE DO PROCESSO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Com efeito, o processo do trabalho se destina ao cumprimento de um rito no sentido de serem colhidas provas para, ao final, a parte que ingressou em juízo obter seu direito pretendido. Em outras palavras, o Estado-juiz resolverá a lide pelo processo, sendo prestado a efetividade jurisdicional através de uma sentença transitada em julgada. (DELGADO, 2011).

Por sua vez, em que pese ser uma responsabilidade do Estado-juiz em resolver as lides entre empregado e empregador, a partir do ano de 2020 ocorreu o problema da pandemia de COVID-19, no que resultou em consequências diretas para a Justiça do Trabalho: a garantia de acesso ao judiciário ficou prejudicada em razão do afastamento social.

Desta feita, a medida encontrada foi pelas audiências telepresenciais e que até a data atual são corriqueiramente utilizadas, mas, dentro de um sistema virtual, pode dificultar a aplicação de princípios constitucionais. Com base nesta breve explanação, é possível perceber as incertezas que permeiam o presente tema. A grande questão que se levanta, inclusive, é de como passou a ser discutida e realizadas as audiências virtuais em conformidade com o processo do trabalho. Ou seja, este problema se apresenta em razão de verificar como os direitos e a efetividade da justiça são aplicadas com a realização de audiências telepresenciais.

É possível perceber alguns desdobramentos jurídicos em torno desta questão, como, por exemplo: as regras para as audiências de instrução telepresenciais e as possíveis

nulidades que acontecem nas audiências de instrução e julgamento quando algum princípio não é aplicado.

Diante do problema de pesquisa levantado, tem-se a seguinte hipótese: como respeitar e aplicar concretamente os princípios constitucionais nas audiências de instrução e julgamento no processo do trabalho? Explicando melhor, ressalta-se que para o processo do trabalho, é determinante aplicar os princípios do contraditório, ampla defesa, igualdade virtual e acesso à justiça, considerando que as audiências telepresenciais devem ocorrer com a mesma igualdade de condições, ou seja, como se fossem presenciais.

Diante disso, entrevistou-se Adriana Anselmo Guimarães. Procuradora e Assessora especial do Município de Betim/MG, OAB/85206, que em seu relato, faz observações sobre como está na prática acontecendo tais audiências telepresenciais; Na justiça do Trabalho, com fundamento no princípio da celeridade, as audiências em sua maioria são pelo rito único, audiência una, nos moldes dos artigos 843, 845 e 849. Todos da CLT, ou seja, ato único e contínuo, para conciliação, entrega de defesa, instrução e julgamento.

Com o advento da Pandemia do Covid 19 e diante da necessidade de permanecer em funcionamento, a Justiça do Trabalho teve que criar mecanismo capaz de atender e dar a continuidade aos processos, principalmente referente à audiência, sendo o caminho mais razoável o virtual, com subsídio legal no art. 334, §7º do CPC, em que há previsão de audiência de conciliação por videoconferência.

Havia e ainda permanece a dúvida quanto à possibilidade de fraude, ausência de estrutura das partes e mesmo dos tribunais, mas como sempre a Justiça do trabalho saiu na frente disponibilizando meios capazes de solucionar essas questões.

Quando o rito era só presencial, o não comparecimento do reclamante à audiência importava o arquivamento da reclamação trabalhista, e o não comparecimento do reclamado, importava em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

Por isso, há grande resistência, pois a presença das partes no ambiente virtual é essencial para o ato processual da audiência e a ausência gera uma penalidade grave, de arquivamento ou confissão e revelia.

Contudo o que se vê, na prática, é uma flexibilização da norma pelo juiz com apoio das partes na remarcação de audiência quando uma das partes tem dificuldade de participar ou mesmo quando sofrem interrupções.

Há que se atentar que mesmo antes da Pandemia já se estava vivendo em um mundo em que as ferramentas tecnológicas estavam sendo cada vez mais utilizadas e, por

essa razão, não há impedimento no uso para realização de audiência, principalmente, diante dos avanços tecnológicos que a Justiça do Trabalho proporciona.

2.1 Do acesso à Justiça

Para realizar as audiências telepresenciais ou virtuais, deve-se aplicar concretamente a garantia do acesso à justiça e os princípios do processo do trabalho. O acesso à justiça, é um direito de todos os trabalhadores, que podem ingressar junto a Justiça do Trabalho para decidir sobre determinados direitos.

Nesta questão, os trabalhadores que se sintam prejudicados ou ofendidos por determinada concepção jurídica tem o direito de ingressar a Justiça do Trabalho, levando ao conhecimento do juiz os fatos e fundamentos de sua pretensão, para ao final, obter uma resposta do caso concreto. (CAPPELETTI; GARTH, 1998).

Trata-se, portanto, do acesso à justiça, que é um princípio constitucional onde se traduz no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Ou seja, todos aqueles que ingressam no Poder Judiciário tem o direito de obter a resposta de seu caso. Trata-se de uma garantia imediata e que deve alcançar a todos, de modo que qualquer pessoa poderá acionar o Poder Judiciário para fins de lesão ou simplesmente ameaça ao direito. (CAPPELETTI; GARTH, 1998).

Sobre a expressão acesso à justiça, possui duas finalidades básicas, sendo a busca pelos direitos e a produção de um resultado efetivo, conforme explica Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 08):

A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos.

Nesta perspectiva, o acesso à justiça é utilizado como um direito fundamental da pessoa, devendo ser amplamente acessível. Ainda na lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 12): *“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”*.

Corroborando com o tema, são as palavras de Gabriel de Rezende Filho (1954, p.

281):

[...] a justiça deve estar ao alcance de todos, ricos e poderosos, pobres e desprotegidos, mesmo porque o Estado reservou-se o direito de administrá-la, não consentindo que ninguém faça justiça por suas próprias mãos. Comparecendo em juízo um litigante desprovido completamente de meios para arcar com as despesas processuais, inclusive honorários de advogado, é justo seja dispensado do pagamento de quaisquer custas.

Assim, nenhum Estado Democrático de Direito poderá deixar de fazer valer o ingresso ao Poder Judiciário para todos, sendo uma garantia constitucional, inclusive, com reflexos na própria dignidade da pessoa humana, pois várias podem ser as formas de lesão ou ameaça a lesão, fazendo com que o Estado tenha a obrigação de garantir a plenitude da tutela específica buscada por qualquer pessoa. (REZENDE FILHO, 1954).

Contudo, o acesso à justiça vai além de seu enfoque literal, sendo um conceito maior e amplo, que designa não somente o ingresso, mas também o direito a um devido processo legal. Neste sentido, veja-se a lição de Wilson Alves de Souza (2012) que conceitua o acesso à justiça e apresenta seus fundamentos:

O conceito de acesso à justiça não pode ser examinado sobre um enfoque meramente literal, vale dizer, não há lugar, na atualidade, para a afirmação de que acesso à justiça significa apenas manifestar uma postulação a um juiz estatal, como se isso fosse suficiente para garantir ao cidadão o direito tão somente a uma porta de entrada. Em linhas gerais, o conceito (jurídico) de acesso à justiça vai muito além do sentido literal. Significa também o direito a um devido processo, vale dizer, um processo carregado de garantias processuais, um processo equitativo (justo), que termine num prazo mínimo razoável e produza uma decisão eficaz. Com efeito, obviamente que há que se garantir a porta de entrada. O Estado terá que instituir órgãos jurisdicionais e permitir que as pessoas tenham acesso aos mesmos. Mas isso é elementar. Veja-se que o Estado monopolizou o poder jurisdicional, e isso a um ponto tal que, em geral, qualifica como crime o exercício da autotutela. Portanto, mais do que uma razão jurídica, a colocação de tribunais à disposição das pessoas é um corolário lógico. Se é indispensável uma porta de entrada, necessário igualmente é que exista uma porta de saída, quer dizer, de nada adiantaria garantir-se o direito de postulação a um juiz sem um devido processo em direito, isto é, sem um processo provido de garantias processuais,

concretizadas em princípios jurídicos essenciais, como o princípio do contraditório, da ampla defesa, do direito à produção de provas lícitas, da ciência dos atos processuais, do julgamento em tempo razoável, da fundamentação das decisões, da eficácia das decisões, de um julgamento justo, etc.

Significa que todo o transcorrer do processo é fundado pelo acesso à justiça. Por sua vez, quando se fala em porta de saída do processo, significa que o cidadão deve ter garantias que durante seu direito de ação serão permitidas buscar pelas provas, apresentar contraditório e obter um razoável prazo de julgamento. Quer dizer que não adianta ao cidadão ter o direito de acesso à justiça se não possuir os meios adequados para movimentar o processo até o desfecho final. (GONÇALVES; CRUZ, 2017).

Nesta visão, conforme delimita Gracy Lima Gonçalves e Luana Quental Leondas da Cruz (2017):

O direito não pode ser uma instituição de caráter fechado que apenas uma parcela da população seja beneficiada com o sistema jurídico vigente, pois tem instituído de maneira intrínseca nas suas bases o princípio da isonomia. Os problemas recorrentes observados no agrupamento social revelam-se cada vez mais preocupantes, dentre eles analisaremos a hipossuficiência econômica, distância geográfica, medo de represálias, e a lentidão dos processos.

Desta feita, para que haja o efetivo direito ao acesso à justiça, é necessário, em primeiro lugar, a participação do profissional habilitado que se traduz na figura do advogado. Trata-se de uma das funções essenciais à justiça, estando prevista no artigo 133 da Constituição Federal: *“Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”*.

A participação do advogado também se encontra previsto no artigo 103 do Código de Processo Civil, legislação que se aplica de forma subsidiária ao processo do trabalho:

Art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal.

Entretanto, ao contrário de outros ramos do Direito, especificamente no processo do trabalho, não é obrigatório ao trabalhador à participação de advogado para busca de seus direitos na Justiça. Logo, poderá proceder com uma reclamação trabalhista diretamente na secretaria da Justiça do Trabalho, onde serão tomadas a termo suas reivindicações, e posteriormente, notificada a empresa para apresentar defesa em audiência previamente designada.

É o que dispõe o artigo 791 da CLT. Esta não obrigatoriedade do advogado nas causas que refletem dissídios trabalhistas tem por fundamento o amplo acesso à justiça. Na prática processual, caso o interessado ingresse com reclamação trabalhista sem o acompanhamento de um advogado, poderá ao final lhe restar prejudicado muitos de seus direitos, pelo fato da questão técnica e complexidade que envolve a legislação trabalhista não ser de conhecimento do trabalhador.

A rigor, embora a lei permita, não é aconselhável ao empregado a busca de seus direitos sem advogado, pois poderá ofender, justamente, a porta de saída de seus direitos, por não existir compreensão dos limites e trâmites processuais que envolvem a reclamação trabalhista, enquanto a outra parte, que é a empresa, certamente contará com advogados especialistas da área. (SOUZA, 2012).

Deste modo, o acesso à justiça deve ser visto como um todo, e não somente no aspecto de ingresso com a ação trabalhista. Com efeito, o acesso à justiça sem advogado esbarra no problema educacional e no problema socioeconômico, que segundo Wilson Alves de Souza (2012):

O problema do acesso à justiça começa no plano educacional. Esse é o ponto de partida, isto é, pode-se mesmo dizer que o acesso à justiça começa a partir da possibilidade de conhecer os direitos e, quando violados, os mecanismos para exercê-los, na medida em que o conhecimento dos direitos, em larga medida, passa inicialmente pela informação. Esse é um problema que varia a depender do nível educacional do povo de cada país. A realidade é que um cidadão desprovido de educação normalmente ignora os direitos que tem, não sabe se seus direitos foram violados e nem como buscar tutelá-los em caso de violação. O Brasil, com sua massa de aproximadamente vinte milhões de analfabetos, sem contar os chamados analfabetos funcionais (os formalmente alfabetizados, mas que são incapazes de compreender ou elaborar uma frase de menor complexidade ou de realizar operações aritméticas simples, em decorrência de deficiências do sistema fundamental de ensino, principalmente do ensino público), é um péssimo exemplo, nesse ponto, de dificuldade de acesso à

justiça. Deste modo, a falta de informação está estritamente ligada à condição socio-econômica das pessoas. Há uma evidente tendência a que quanto maior o nível de pobreza das pessoas mais baixo o seu status social e menor o nível de informação, como também, como percebido por Boaventura de Sousa Santos, “quanto mais baixo é o estrato socio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais”.

Ademais, quando se fala em acesso à justiça, significa que o trabalhador tem interesse em pleitear eventuais direitos que não estão sendo cumpridos pelo empregador. Para tanto, não pode existir óbice para tal reclamação, sendo que o Poder Judiciário deve atender e julgar a demanda em conformidade com o que é pedido pelo interessado. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998).

Assim, conforme elucida Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 10):

De fato, o direito ao acesso a justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Importante ressaltar que o acesso à justiça não decorre apenas do ingresso da reclamação trabalhista junto ao Poder Judiciário, mas também compreende na duração razoável ao processo, que se trata de um princípio constitucional de extrema importância. Assim dispõe o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Logo, nada adianta ter a garantia do ingresso junto ao Poder Judiciário se não existir uma resposta efetiva em tempo razoável. Ainda mais se tratando de reclamação trabalhista, que possui créditos de natureza alimentar. (DELGADO, 2011).

De fato, não se pode permitir que a excessiva demora para a satisfação integral do processo perdure por anos, de forma a prejudicar ainda mais os direitos do trabalhador. Outro princípio que deve vigorar é a atual modalidade de audiências, chamadas audiências telepresenciais ou virtuais.

Neste tipo de audiência, embora seja a distância, deve existir proteção a todos da relação processual.

2.2 O princípio da aptidão digital e o domínio dos recursos tecnológicos

Existem princípios da audiência telepresencial que exige um domínio das partes processuais. Trata-se dos recursos tecnológicos para que este tipo de audiência aconteça e para que os envolvidos possam participar com a maior lisura possível, evitando que o ato seja nulo ou que prejudique seu andamento.

Trata-se de uma possibilidade de se criar um ambiente digital para que todos os sujeitos do processo tenham condições de acesso, e, neste contexto, também se denomina de princípio da aptidão digital. Este princípio da aptidão digital vai ao encontro do acesso à justiça, pois, não existindo o ambiente digital, se torna impossível que a parte ingresse na justiça requerendo e pleiteando por seus direitos pela forma telepresencial.

Logo, este princípio visa que todos os sujeitos do processo possam, individualmente ou mediante auxílio do Poder Público, terem condições de acesso aos recursos tecnológicos. Para tanto, tem como fundamento a garantia de acesso à justiça pelo meio tecnológico e, por isto, uma eventual ausência processual no sistema virtual deve ser amparada pela certeza de que o acesso foi disponibilizado, garantindo assim o amplo contraditório e ampla defesa.

A partir do momento em que se tem este domínio digital, a parte passa a ter condições de ingressar e pleitear por seus direitos, inclusive, no âmbito 100% digital, possibilitando às partes participarem dos atos exclusivamente virtual. Este sistema causa impactos nas garantias constitucionais, pois, a todo momento deve-se assegurar a ampla aplicação dos princípios do contraditório, ampla defesa, igualdade digital e acesso à justiça, no que se torna evidente a busca de soluções, atribuindo aos novos desafios das audiências de instrução e julgamento telepresencial.

3 AS AUDIÊNCIAS TELEPRESENCIAIS NO PROCESSO DO TRABALHO E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA: NOVOS DESAFIOS

As audiências telepresenciais no processo do trabalho possuem desafios em sua aplicação prática, principalmente no que condiz a fidedignidade das ações praticadas pelos

envolvidos na solenidade virtual. Como se pôde perceber, umas das garantias principais consistem no acesso à justiça, que compreende na possibilidade de a parte ingressar em juízo e pleitear seus direitos.

Mas não somente isto, pois, o acesso à justiça deve ser visto de forma ampla, inclusive, para que no transcorrer do processo a parte possa ter condições de praticar o contraditório e ampla defesa.

Este princípio vai ao encontro a fidedignidade das ações praticadas pelos envolvidos na solenidade virtual. Já se torna bastante complexo exigir da parte que ingressou na justiça saber sobre o acesso digital, principalmente quando a parte não tiver acompanhada por advogado.

Mas, mesmo estando acompanhada por advogado, é necessário que haja a possibilidade de se cumprir com o máximo as formalidades do ato. Veja-se, neste cenário: no ano de 2021, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho expediu o Ato CSJT.GP.SG nº. 45/2021, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados na videogravação de audiências realizadas no âmbito da Justiça do Trabalho.

Nesta ocasião, assim restou previsto em seu artigo 1º: *“É dispensada a transcrição ou de gravação dos depoimentos colhidos em audiências realizadas com gravação audiovisual, nos termos dos arts. 367, § 5º, e 460 do CPC”*. Apesar da realidade da audiência telepresencial, o disposto no artigo 1º causa impacto direto ao acesso à justiça.

Isto porque, no momento em que não existe mais a transcrição dos depoimentos, prejudica as partes quanto a formalidade do ato, no que consiste na facilidade em dispor sobre o que é dito pelas testemunhas e partes.

É certo que o artigo 236, § 3º, do Código de Processo Civil, admite a prática de atos processuais por meio de videoconferência. Da mesma forma, o artigo 334, § 7º CPC reconhece a possibilidade de audiência de conciliação, por meio eletrônico. Já o artigo 385, § 3º CPC, preceitua ser plausível o depoimento pessoal da parte que residir em local diverso de onde tramita o processo, por meio de videoconferência.

Ou seja, não está se discutindo a validade dos atos realizados por videoconferência, no que é plausível, bastante inovador e vantajoso. O que se discute é a forma de apresentá-lo as partes. A partir do momento em que se permite, tão somente, que os depoimentos fiquem armazenados nos vídeos das audiências, se torna mais burocrático, moroso e ineficiente o sistema.

Imagina-se o fato do advogado desejar ouvir suas testemunhas para realizar a peça de recurso. Novamente, terá que rever e procurar por várias vezes o ponto desejado da audiência, e, ao mesmo tempo, transcrever o depoimento para manejar seu recurso. O ato se torna totalmente dificultoso ao profissional.

Imagina-se então, para a parte que não esteja com advogado. Deverá ouvir expressões que não conhece dos depoimentos, procurar por teses técnicas que não é de seu conhecimento, para demonstrar ao juiz seus interesses que é de direito.

Por óbvio, os novos desafios não são a paralisação ou suspensão dos atos por via de videoconferência, mas sim, para ajudar e facilitar, principalmente para que seja cumprida as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Por óbvio, as audiências telepresenciais ajudam e facilitam a vida de todos: profissionais, juízes, partes etc. Porém, como já dito alhures, o acesso à justiça é amplo e deve ser aplicado com eficiência em todos os atos processuais.

A partir do momento em que se transcreve o depoimento, se torna muito mais fácil para as partes praticarem a ampla defesa e contraditório. O depoimento de partes e testemunhas transcritas em ata, faz com que o acesso à justiça seja amplo, ajudando na feita das peças recursais e ajuda na compreensão.

O ato registrado por vídeo conferência ainda se torna fiel, já que devidamente registrado em ata por meio da transcrição. Quando a transcrição é realizada de forma oficial, pela própria Justiça do Trabalho, necessariamente o ato se torna fiel, devendo ser impugnado apenas quando ocorrer algum vício material.

Porém, quando algum trecho do vídeo é transcrito apenas pelas partes para feita de seus recursos, é sempre necessário novamente socorrer ao vídeo para que se confirme a versão ali apresentada.

Por isto, o artigo 1º do Ato CSJT.GP.SG nº. 45/2021 pode vir a ser prejudicial as partes, principalmente para aqueles que não possuem advogados, no que consiste em prejuízo ao acesso à justiça. Exatamente por isto, entidades públicas e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, já manifestaram contrariamente quanto a não transcrição dos depoimentos colhidos em audiência, no que foi atendido pelo Tribunal Superior do Trabalho, suspendendo e revogando o Ato CSJT.GP.SG nº. 45/2021.

Sobre o tema, aduz a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (2021) nacional:

O presidente da comissão, Antônio Fabrício Gonçalves ponderou que a decisão da presidente em suspender o ato " traz segurança jurídica".

Segundo ele, o ato suspenso atingia a advocacia porque suprimia o importantíssimo instrumento do registro em ata daquilo que é dito, além do temor que a medida prejudicasse o nível de reavaliação e revisão das matérias no segundo grau. Trabalharam em conjunto com a OAB em apoio ao pleito a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas (Abrat), a Rama Brasil da Associação Americana de Juristas (AAJ), o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e o Movimento da Advocacia Trabalhista Independente (Mati).

Outro exemplo de como o acesso à justiça pode estar prejudicado nos casos de audiências telepresenciais é o fato dos problemas técnicos que podem ocorrer na audiência telepresencial e o juiz não dar o amparo necessário, para que se garanta o contraditório e a ampla defesa. É o caso específico que ocorreu quando a trabalhadora teve por indeferido sua oitiva testemunhal, em ocasião de problema no acesso da testemunha a sala virtual.

Neste caso, a Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2) do Tribunal Superior do Trabalho anulou a sentença ao constatar que as testemunhas da trabalhadora não puderam depor por causa de problemas técnicos com a conexão da internet:

AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO RESCINDENDA TRANSITADA EM JULGADO SOB A ÉGIDE DO CPC DE 2015. ART. 966, V, DO CPC DE 2015. NULIDADE DA SENTENÇA RESCINDENDA POR CERCEIO DO DIREITO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS EM AUDIÊNCIA TELEPRESENCIAL. INDEFERIMENTO DE REQUERIMENTO DE REDESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA. VIOLAÇÃO DA NORMA JURÍDICA INSCULPIDA NO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. CARACTERIZAÇÃO.

I. Ação rescisória com amparo no art. 966, V, do CPC de 2015, em que se pretende desconstituir sentença em que, com base na prova oral e documental, se julgou improcedente a pretensão de reconhecimento de vínculo de emprego.

II. Alegação de violação do art. 5º, XXXV e LV, da CRFB em razão do indeferimento da oitiva de duas testemunhas em audiência telepresencial.

III. No caso em exame, a controvérsia consiste em decidir sobre a caracterização de afronta ao art. 5º, XXXV e LV, da CRFB apta a

deflagrar o corte rescisório de sentença em que, em reclamação trabalhista, se julgou improcedente pretensão de reconhecimento de vínculo de emprego amparada também na prova oral, em hipótese na qual, na fase de instrução, em audiência telepresencial, foi indeferido requerimento de oitiva de duas testemunhas que não conseguiram ingressar na sala virtual de audiência, havendo registro em ata que uma delas chegou a conectar-se à sala virtual de espera e que, em relação à outra, não foi informado ao juízo a pretensão de sua oitiva no início dos depoimentos.

IV. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1º, ao dispor que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, chancela a constitucionalização do processo, que demanda a adoção de critérios hermenêuticos valorativos para a aplicação das normas processuais infraconstitucionais, cuja instrumentalização deve servir ao mister de concretização das disposições constitucionais.

V. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da sua Resolução nº 354/2020, que disciplina o cumprimento digital de ato processual, normatizou, em seu art. 7º, I, que, em audiência telepresencial, a oitiva de testemunha será equiparada às presenciais para todos os fins legais, asseguradas as prerrogativas processuais das partes e testemunhas.

VI. De outro lado, nos termos do art. 825 da CLT, no processo do trabalho, as testemunhas comparecerão à audiência independentemente de intimação, sendo certo que as ausentes serão intimadas, de ofício ou a requerimento da parte, ficando sujeitas a condução coercitiva.

VII. Outrossim, o art. 849 da CLT estabelece que “a audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação”.

VIII. Nesse cenário, sob o prisma hermenêutico da constitucionalização do processo, na reclamação trabalhista matriz, diante da impossibilidade técnica de as testemunhas prestarem

depoimento em audiência telepresencial e do requerimento da parte autora insistindo em sua oitiva, cumpria ao magistrado determinar a redesignação da audiência com supedâneo no art. 849 da CLT, porquanto a situação configura força maior que autoriza a marcação de nova audiência.

IX. Cumpre destacar que não era possível exigir a adoção de qualquer conduta pela reclamante em audiência com o fim de solucionar o problema, pois cumprido seu ônus de convidar as testemunhas, na forma do art. 825 da CLT, sendo certo que a testemunha é apenas indicada e convidada pelas partes, podendo também ser inquirida de ofício pelo juiz (art. 461 do CPC de 2015), haja vista que a prova pertence aos autos, não às partes, não cabendo à reclamante, em audiência telepresencial, solucionar problema técnico de conexão à internet da testemunha, tampouco empreender meios de obrigá-la a se conectar, pois a condução coercitiva, por óbvio, é providência que somente incumbe ao juiz determinar, a teor do art. 825 da CLT.

X. De igual modo, não se pode exigir da reclamante que obrigasse as testemunhas a produzirem prova da falha de conexão com a internet, pois, repita-se, à parte incumbe apenas indicar e convidar, sendo-lhe defeso impor qualquer providência a cargo da testemunha.

XI. O quadro narrado na audiência telepresencial do processo matriz se assemelha à hipótese em que, em audiência presencial, a testemunha está presente na sala de espera do pregão, mas, em seguida, deixa a unidade judiciária por alguma razão médica de baixa gravidade. Em tal cenário, não há dificuldade em se compreender pela configuração da força maior que autoriza a redesignação de audiência de que trata o art. 849 da CLT, pois não é possível exigir da parte que indicou e convidou a testemunha que solucione a sua necessidade de saúde e tampouco que a obrigue a permanecer na sala de audiência para prestar depoimento.

XII. Assim, como a audiência telepresencial se equipara à presencial para todos os efeitos, a teor do art. 7º, I, da Resolução nº 354/2020 do CNJ, forçoso concluir que a identidade de circunstâncias impunha ao juiz determinar a redesignação da audiência de instrução para colher o depoimento das testemunhas.

XIII. Nesse cenário, como foi julgada improcedente na sentença rescindenda a pretensão de vínculo de emprego amparada também na prova oral, estando demonstrado o prejuízo da ora autora, tem-se que o indeferimento da oitiva das testemunhas no caso em exame importou em mácula ao princípio do contraditório e ampla defesa, lapidado no art. 5º, LV, da Constituição de República, situação que autoriza o corte rescisório com espeque no art. 966, V, do CPC de 2015.

XIV. Recurso ordinário de que se conhece no tema e a que dá provimento para julgar procedente a ação rescisória. (TST. ROT - 9172-89.2021.5.15.0000. Número no TRT de Origem: AR-9172/2021-0000-15. Órgão Judicante: Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator: Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes. Data de julgamento: 27 jun. 2023. Data de publicação: 30 jun. 2023).

No caso em análise, a partir do momento em que houve problema de conexão à internet, o magistrado deveria determinar a redesignação da audiência, com fundamento no artigo 849 da CLT, que assim dispõe: *"A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação"*.

Ou seja, a partir do momento em que ocorreu problema com a conexão à internet, se tornou motivo de força maior, não podendo a assentada ocorrer com naturalidade. Por sua vez, ao invés da resignação, o juiz indeferiu o pedido e julgou o processo pela improcedência do pedido da trabalhadora, justamente por entender não existir prova quanto ao feito.

Assim, houve grave violação ao acesso à justiça, pois, impediu que a trabalhadora pudesse manejar livremente suas provas, a teor do que prescreve as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, lapidado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Desta forma, deve-se sempre preservar os princípios da ampla defesa, do contraditório e, sobretudo, do acesso à justiça de maneira ampla, dentro dos processos telepresenciais. E como exemplo a favor da preservação destas garantias, é quando o Tribunal recomenda maior tolerância quanto aos atrasos para comparecimento na sala virtual das audiências, principalmente em razão da necessidade de adiamentos em face de problemas tecnológicos. Neste sentido:

AUDIÊNCIA VIRTUAL. NÃO COMPARECIMENTO DO RECLAMANTE E DE SEU ADVOGADO. ENCERRAMENTO PRECIPITADO DA AUDIÊNCIA. NULIDADE. O respeito ao isolamento social determinado pelo Poder Público em observância às recomendações dos órgãos sanitários e de saúde pública a fim de evitar e/ou reduzir a capacidade de transmissibilidade do coronavírus legitima a realização de atos processuais de forma diferenciada. No entanto, é necessário estar atento ao fato de que as restrições à realização de audiências de forma presencial em razão da pandemia por Covid-19 trouxeram às partes inúmeras dificuldades para acesso aos referidos atos, sendo recomendável uma maior tolerância e cautela por parte do juízo, sob pena de violação ao devido processo legal, amplo contraditório e a garantia de acesso à justiça. No presente caso, houve o encerramento precipitado da audiência, sendo patente o prejuízo ao reclamante, tido como ausente e confesso. Nulidade que se declara. (TRT3. Processo Pje: 0012245-48.2017.5.03.0031 (RO). Relator José Marlon de Freitas. Órgão Julgador: Oitava Turma. Data de julgamento: 22 abr. 2021. Data de publicação: 26 abr. 2021).

Sobre esta questão, também elucida Claudemir Fonseca Junior (2021), referindo sobre os princípios a serem aplicados na audiência de instrução e julgamento telepresencial:

[...] se diante da designação de audiência una ou de instrução qualquer dos sujeitos do processo se depare com uma situação de impedimento técnico ou prático que prejudique a realização de qualquer ato processual na audiência esta deve ser adiada, mediante decisão fundamentada do juiz, como forma de assegurar o direito fundamental ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de violação do princípio da igualdade digital.

Significa que, além dos princípios e garantias já mencionadas, Fonseca Junior (2021) também propõe a validade de aplicação do princípio da igualdade digital, que, em suma, é corolário do princípio matriz prevista na Constituição Federal, onde decorre em seu artigo 5º: *“todos são iguais perante a lei”*.

Sendo assim, o novo desafio é propiciar a tecnologia da audiência telepresencial de forma íntegra, nítida e eficiente, no sentido de não causar prejuízos as partes, sustentando na formalidade das audiências, e, ao mesmo tempo, garantir os princípios norteadores da

Constituição Federal.

A solução que se chega é sempre alcançar, em primeiro lugar, o acesso à justiça, ponderando os atos processuais de forma a garantir a ampla defesa e o contraditório, conjugado no escopo da igualdade digital. Com efeito, a partir do momento em que se tem dúvidas quanto a aplicação destas garantias, presume-se que devem ser aplicadas de forma integral, garantindo sempre as partes as possibilidades de acesso, mesmo que tenha que ser pela redesignação do ato, evitando qualquer nulidade ou prejuízo para aquele que pleiteia o direito trabalhista.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se no primeiro tópico deste trabalho que, apesar da responsabilidade do Estado-juiz em resolver as lides entre empregado e empregador, a partir do ano de 2020 ocorreu o problema da pandemia de COVID-19, no que resultou em consequências diretas para a Justiça do Trabalho, foi a garantia de acesso ao judiciário que ficou prejudicada em razão do afastamento social. Desta forma, a medida encontrada foi pelas audiências telepresenciais e que até a data atual são corriqueiramente utilizadas

No segundo tópico, observou-se o ingresso ao Poder Judiciário uma garantia constitucional, inclusive, com reflexos na própria dignidade da pessoa humana, pois várias podem ser as formas de lesão ou ameaça a lesão, fazendo com que o Estado tenha a obrigação de garantir a plenitude da tutela específica buscada por qualquer pessoa.

Já no tópico seguinte, foi ressaltado que o acesso à justiça não decorre apenas do ingresso da reclamação trabalhista junto ao Poder Judiciário, mas também compreende a todos os seus aspectos, inclusive, para efetivar o processo, podendo ser por meio das audiências telepresenciais ou virtuais.

Verificou-se também que existem princípios da audiência telepresencial que exige um domínio das partes processuais. Inclusive, no âmbito 100% digital, possibilitando às partes participarem dos atos exclusivamente virtual.

Por sua vez, a discussão deste trabalho originou pelas audiências telepresenciais ou virtuais diante dos desafios em sua aplicação prática, principalmente no que condiz a fidedignidade das ações praticadas pelos envolvidos na solenidade virtual.

Este estudo se mostrou relevante em razão de se aplicar concretamente os princípios constitucionais dentro das audiências telepresenciais. Ao longo da pesquisa, pode se elencar as seguintes limitações: prejuízos das partes quanto ao acesso da sala virtual, ou, em normas que não favorecem o acesso à justiça em forma ampla.

Apesar disso, foi possível alcançar os seguintes objetivos almejados no início do trabalho: ao perceber a violação das garantias constitucionais, deve-se anular ou revogar o ato, garantindo a aplicação integral do acesso à justiça, sobretudo, para efetivar a ampla defesa e contraditório.

Sobre os objetivos específicos, os princípios jurídicos constitucionais são aplicáveis, integralmente, independente se é pelo modo presencial ou não. Diante disso, a hipótese levantada, qual seja, como respeitar e aplicar concretamente os princípios constitucionais nas audiências de instrução e julgamento no processo do trabalho, é confirmada pela sua forma de aplicação.

Ou seja, considerando o problema da seguinte pesquisa, que é como aplicar concretamente os princípios constitucionais nas audiências de instrução e julgamento no processo do trabalho, pode-se chegar, com a presente pesquisa, à seguinte resposta: deve-se propiciar a tecnologia da audiência telepresencial de forma íntegra, nítida e eficiente, no sentido de não causar prejuízos as partes, sustentando na formalidade das audiências, e, ao mesmo tempo, garantir os princípios norteadores da Constituição Federal.

Portanto, expondo sobre o parecer do estudo proposto, umas das garantias principais consistem no acesso à justiça, que compreende na possibilidade de a parte ingressar em juízo e pleitear pelos seus direitos. Porém, como proposta para efetivar a solução do problema para que não haja violação do princípio do acesso à Justiça e não ensejar a nulidade dos atos, sugere-se: quando se tem dúvidas quanto a aplicação das garantias constitucionais, deve-se aplicar a proteção de forma integral, garantindo sempre as partes as possibilidades de acesso, mesmo que tenha que ser pela redesignação do ato, evitando qualquer nulidade ou prejuízo para aquele que pleiteia o direito trabalhista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Ato CSJT.GP.SG nº. 45/2021**. CSJT, 2021. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/189591/2021_ato0045_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Palácio do

Planalto, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Palácio do Planalto, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. **CSJT atende advocacia e suspende ato que vedava transcrição de audiências na Justiça do Trabalho**. OAB, 2021. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/59011/csjt-atende-advocacia-e-suspende-ato-que-vedava-transcricao-de-audiencias-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ROT - 9172-89.2021.5.15.0000**. Número no TRT de Origem: AR-9172/2021-0000-15. Órgão Judicante: Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator: Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes. Disponível em: <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=hSQJU4UOrGAafh0a2SEZBIDWP7WjP7feXNhlIsrM.consultaprocessual-25-rdx26?conscsjt=&numeroTst=9172&digitoTst=89&anoTst=2021&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&consulta=Consultar>>. Acesso em: 20 out. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FONSECA JUNIOR, Claudemir. As audiências telepresenciais na Justiça do Trabalho e seus desafios. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, v. 33, n. 3, 2021. Disponível em: <<https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/320/197>>. Acesso em: 20 out. 2023.

GONÇALVES, Gracy Lima; CRUZ, Luana Quental Leondas da. **Os obstáculos para o acesso à justiça e os meios alternativos para a resolução dos conflitos**. Jus, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62758/os-obstaculos-para-o-acesso-a-justica-e-os-meios-alternativos-para-a-resolucao-dos-conflitos>>. Acesso em: 18 set. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Processo Pje: 0012245-48.2017.5.03.0031 (RO)**. Relator José Marlon de Freitas. Órgão Julgador: Oitava Turma. TRT3, 2021. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?cid=1>>. Acesso em:

20 out. 2023.

REZENDE FILHO, Gabriel de. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1954.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**: conceito, problemas e a busca da sua superação. E-Gov, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-conceito-problemas-e-busca-da-sua-supera%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 18 set. 2023.

COTAS RACIAIS: DO RACISMO ESTRUTURAL AOS COLETIVOS NEGROS UNIVERSITÁRIOS

MAIRA MENEZES SILVA:

Bacharela em direito, advogada¹²⁵

VANESSA OLIVEIRA BATISTA BERNER

(orientadora)

RESUMO: A presente monografia propõe-se a estudar e refletir sobre o tema da política de cotas raciais em universidades públicas, de origem norte-americana e adotada no Brasil desde o ano 2000. Para tanto, em um primeiro momento, será analisada, a situação da discriminação racial em nosso país (por meio do olhar da Teoria Crítica da Raça) como forma de comprovação das desigualdades de oportunidades e do racismo estrutural. Ademais, será realizado estudo sobre as Ações Afirmativas de modo geral e sua ligação com a igualdade material, com os direitos humanos e com o ideal do constituinte de 1988. Por fim, será abordado o tema central do presente trabalho, as cotas raciais, através de exame de sua origem, fundamentos, opositores e resultados práticos, com destaque especial aos coletivos negros universitários que vem se tornando verdadeiros braços do movimento negro dentro do universo estudantil.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Fundamental. Igualdade Material. Cotas Raciais. Constituição da República Federativa do Brasil.

ABSTRACT: This thesis proposes to study and reflect about racial quotas policy in public universities, created in the United States of America and adopted in Brazil since the year of 2000. In a first moment, we will analyze the situation of the discrimination in our country (through the view of the Critical Theory of Race) as a way of proving inequalities of opportunity and structural racism. In addition, this study will be carried out on Affirmative Actions in a general way and their connection with material equality, human rights and the ideal of the constituent of 1988. Finally, the central theme of this work will be addressed, and we will talk about the racial quotas, through an examination of its origin, foundations, opponents and practical results, with special emphasis on the university black collectives that have become real arms of the black movement within the student universe.

Keywords: Constitutional Law. Fundamental right. Equality Material. Racial quotas. Constitution of the Federal Republic of Brazil.

125 mairamenezess@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal, a realização de análise sobre política de cotas raciais (desde sua justificação, constitucionalidade até os seus resultados práticos, como por exemplo, os coletivos negros) através do olhar do direito constitucional. Contando também com o auxílio dos teóricos da Teoria Crítica da Raça, para a fundamentação e compreensão das questões raciais.

Para que possamos melhor compreender o principal fundamento das políticas em questão, é essencial que examinemos a história da discriminação racial no Brasil, isto é, a inferioridade imposta aos africanos desde o tráfico negreiro, que tem início com a reunião de todos os escravos em uma só raça, desvalorizando-se assim toda a diversidade cultural e étnica existentes no continente africano. Passando posteriormente pela criação de errôneas teorias científicas que serviram a raça dominante como forma de comprovação da inferioridade negra, o que sob um olhar eurocentrista, justificaria a sua escravização.¹²⁶

Outro ponto a ser destacado no que tange ao histórico do racismo são as tentativas de “embranquecimento” da população, através do incentivo à miscigenação e por conseguinte a imigração europeia. O que culminou por deixar claro o quão racista era o governo brasileiro, bem como as políticas por ele adotadas.¹²⁷

A fim de entender as razões que hoje culminam no enraizamento do racismo em nossa sociedade e logo, no silenciamento das discussões sobre as questões que envolvem a discriminação racial, será apresentado questionamento sobre o “mito da democracia racial”, de acordo com o qual não haveria conflito entre as raças no Brasil, apenas um relacionamento harmônico.¹²⁸

A análise do referido mito é de extrema importância para o presente trabalho, já que este foi difundido por toda a sociedade brasileira e posteriormente para o mundo, de forma que findou por se tornar um argumento de autoridade, deslegitimando durante

¹²⁶ BARROS, José D'Assunção. *A construção social da Cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira*. Petrópolis, Vozes 2009. Pg 42.

¹²⁷ MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França / organização Angela Rodolpho Paiva* - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 249 a 252.

¹²⁸ BERNARDINO, Joaze. *Acção Afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil*. Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, no 2, 2002, Pg 254 e 255. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/aaa/v24n2/a02v24n2> Acesso em:

25 de outubro de 2016.

séculos o combate à discriminação racial, contribuindo para o prolongamento da escravidão e fazendo parte até os dias atuais do subconsciente do brasileiro médio.¹²⁹

Assim, uma vez examinado o histórico de discriminação racial no Brasil, faz-se necessário o estudo das Ações Afirmativas de um modo geral. Explorando-se: sua conceituação, origem, resultados, ligação com os direitos humanos e com a igualdade. Ressaltando-se a importância do estudo e diferenciação das dimensões (formal e material) do mencionado princípio constitucional, já que a igualdade material é fundamento base das Ações Afirmativas. Isto porque a desconsideração das desigualdades existentes entre os grupos serve apenas como forma de manutenção das mesmas, devendo-se assim, buscar a isonomia não somente no plano das normas, mas também da realidade fática, por meio da diferenciação dos indivíduos e favorecimento dos grupos mais vulneráveis.¹³⁰ 131

Diante da compreensão do tema das Ações Afirmativas de modo abstrato bem como da realidade de discriminação vivida pelo negro no Brasil, o presente estudo poderá passar a tratar sobre a política de cotas raciais, propondo reflexão sobre o tema não somente com base no direito (passando pelo princípio da igualdade e pela constitucionalidade da reserva de vagas declarada pelo Supremo Tribunal Federal), mas também nas análises raciais dos autores brasileiros da chamada metodologia colorida, como por exemplo: Lélia Gonzales e Abdias Nascimento.

Deste modo poderá ser demonstrada a indispensabilidade das cotas raciais como instrumento de combate ao racismo estrutural, representado pelo sistema de hierarquia racial (realidade brasileira desde a colonização), no qual existe grande predominância de brancos nas posições sociais de maior destaque e conseqüentemente a presença majoritária negra nas classes sociais baixas e no exercício de funções subalternas.¹³² Um problema que pode caminhar para ser solucionado através da inserção de alunos de cor em instituições de ensino de qualidade, as quais historicamente têm sido responsáveis pela formação de importantes líderes e acadêmicos.⁸

129 AZEVEDO, Célia Marinho de. *Abolicionismo: Estados Unidos e Brasil, uma história comparada (século XIX)*. São Paulo, Annablume, 2003. Pg 89

130 PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui. vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 7.

131 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 16 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Pg 70.

132 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65⁸ Dados do Ministério da Educação. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/11/cotas-elevam-presenca-de-negros-nas-universidades-federais>.

Por fim, serão examinados os resultados práticos das Ações Afirmativas em questão, que tiveram seu início no Brasil há quase duas décadas com a aprovação da primeira lei de cotas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Deste modo, devem ser analisados: os resultados obtidos (em curto prazo) pelos programas brasileiros e também (para que se possa realizar projeção) as alterações ocorridas na sociedade dos Estados Unidos, país que deu origem a cotas raciais e que já as adota desde a década de 1960.

Dentro da investigação dos efeitos da reserva de vagas para negros em universidades públicas, o presente trabalho proporá estudo sobre a resistência dos estudantes cotistas ao racismo universitário. Isto porque, a pluralidade racial e o convívio com as minorias, não parecer criado nos demais alunos um sentimento de igualdade e respeito às diferenças, ao contrário, os relatos têm sido no sentido da ocorrência de diferentes episódios de discriminação racial dentro dessas instituições de ensino, o que em muitos casos finda por tornar o ambiente estudantil, hostil aos estudantes de cor.¹³³

Daí a importância dos coletivos negros universitários, que reúnem estudantes de cor como objetivo de apresentar resistência a pressão imposta pelo racismo estrutural e epistemológico, além de reprimir episódios discriminatórios em geral e incentivar o estudo e debate das questões raciais a partir da leitura das obras de autores da metodologia colorida (tais como: Ana Luiza Flauzino, Abdias Nascimento, Marcus Garvey, Lélia Gonzáles, Franz Fanon e Kabengele Munanga) e da assimilação dos princípios por eles propostos, como o *ubuntu*¹³⁴, a *afrocentricidade*¹³⁵ e a *amefricanidade*¹³⁶.

1. HISTÓRIA DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL

1.1 Raça negra, uma construção social e não biológica

133 ZUNINO, Luíza Maria da Rocha, BASTOS, João Luiz Dornelles, COELHO, Isabela Zeni e MASSIGNAM, Fernando Mendes. *A Discriminação No Ambiente Universitário: Quem, Onde E Por Quê? Sau. & Transf. Soc.*, ISSN 2178-7085, Florianópolis, v.6, n.1, 2016. Pg 24

134 Filosofia coletiva de vida desenvolvida na África do Sul, baseada na ajuda mútua, na noção de igualdade entre os indivíduos, no sentimento de que para existir individualmente precisa-se do outro, no respeito ao próximo em situações de derrota e vitória, na valorização da amizade, na solidariedade e no repúdio ao racismo e a qualquer outra forma de discriminação

135 SILVA, Mariana Martha de Cerqueira. *Educação de africanidades em processos educativos de movimentos negros sorocabanos*. Laplage em Revista (Sorocaba), vol.2, n.3, set. - dez. 2016, Pg 52

136 GONZALEZ, Lélia. *A categoria político-cultural de amefricanidade*. In *Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro: no92/93 (jan./jun.). 1998, Pgs 76 e 77.

O tráfico negreiro foi o responsável pelo início da história dos africanos no Brasil. Tratava-se de um comércio muito rentável aos portugueses, já que economicamente, a venda de negros como escravos gerava altíssimo lucro e no que diz respeito à mão-de-obra, esta era muito mais produtiva se comparada a indígena. Os escravos eram em sua maioria pertencentes a dois grupos étnicos diferentes: os sudaneses (nagôs) e bantos, tendo sido trazidos principalmente do centro-oeste africano, de regiões que hoje formam o Sudão, Angola, Guiné e o Congo.

Em razão disso, ao chegar ao Brasil, os africanos não se viam como negros, mas como nagôs ou bantos. Em outras palavras, eles não enxergavam o continente africano como uma totalidade, não se reconhecendo como integrantes de uma mesma raça. Eram membros de tribos étnicas distintas, cada uma com peculiaridades culturais, linguísticas, genéticas, o que muitas vezes fazia destas tribos inimigas entre si.¹³⁷

Desta forma, foram os colonizadores que impuseram aos escravos o seu enquadramento dentro da "raça negra". Ao desvalorizar toda a cultura e complexidade existentes no continente africano, os europeus evidenciaram seu desprezo pela raça originária de sua própria criação.¹³⁸

Isto porque a difusão de ideias negativas sobre o continente em questão e seus nativos era do interesse dos portugueses. Assim, passou-se a acreditar que a África seria formada apenas por selvagens e que a raça negra seria toda composta por pessoas com as mesmas características: indivíduos cultural e socialmente muito atrasados em relação aos europeus. Esta visão baseada no eurocentrismo (conforme os planos dos colonizadores) passou a fazer parte do imaginário coletivo, servindo como justificativa e incentivo ao tráfico negreiro, que não por acaso tinha o apoio da sociedade e da Igreja Católica.¹³⁹

Com o passar do tempo, os próprios africanos passaram a acreditar nesta perspectiva imposta pelos europeus, aceitando que faziam parte de uma mesma raça, já que compreenderam que suas culturas eram desprezíveis aos olhos do povo dominante e a partir daí tiveram que entender o que verdadeiramente significava "ser negro", isto é,

137 BARROS, José D'Assunção. *A construção social da Cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira*. Petrópolis, Vozes 2009. Pg 39 e 40

138 BARROS, José D'Assunção. *A construção social da Cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira*. Petrópolis, Vozes 2009. Pg 42.

139 BARROS, José D'Assunção. *A construção social da Cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira*. Petrópolis, Vozes 2009. Pg 42

pertencer a um grupo que foi concebido para ser discriminado por sua inferioridade. E que pelo seu atraso e selvageria justificava a sua própria escravização e tráfico.¹⁴⁰

Assim, os africanos passaram a compreender que para todo o resto da sociedade e até para Deus (representado pela figura da Igreja Católica) a escravidão estava perfeitamente justificada, uma vez que se escravizavam pessoas de um grupo étnico inferior.

1.2 A Superioridade Branca

A partir da criação da unificada raça negra, surgiram teorias brancas que visavam justificar cientificamente a sua inferioridade. Estas teorias propunham que brancos eram superiores dos pontos de vista: mental, cognitivo e sociocultural.^{141 142}

Dentre os teóricos racistas seria possível citar Samuel George Morton, um médico americano que ganhou fama nos Estados Unidos e na Europa durante o século XIX com sua teoria segundo a qual a superioridade racial estaria diretamente ligada ao estudo dos crânios.

De acordo com Morton, o crânio dos caucasianos seria maior e mais complexo do que dos demais seres humanos, o que explicaria sua maior inteligência e aptidão para estudos e raciocínio. A teoria de Morton chegou a ser validada por Charles Darwin e até a década de 1980, quando foi comprovadamente refutada pela comunidade científica, serviu como base para justificação do racismo e da escravidão.¹⁴³

Assim, ficam evidentes algumas das razões pelas quais era muito comum a associação entre os séculos XVI a XIX da raça negra à inferioridade. Durante estes séculos surgiram outrasteorias que também ligavam os africanos e seus descendentes à violência, isto é, todos eles seriam propensos criminosos, recebendo como herança genética, a

140 BARROS, José D'Assunção. *A construção social da Cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira*. Petrópolis, Vozes 2009. Pg 14

141 AZEVEDO, Célia Marinho de. *Abolicionismo: Estados Unidos e Brasil, uma história comparada (século XIX)*. São Paulo, Annablume, 2003. Pg 47

142 MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França / organização Angela Rodolpho Paiva - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 252*

143 BRITO, Luciana da Cruz, *Impressões Norte-Americanas Sobre a Escravidão, Abolição e Relações Raciais no Brasil Escravista*. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, departamento de história, programa de pós-graduação em história social, 2014. Pg 27 e 28. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/228079.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2016.

vontade e aptidão para cometer estupros, furtos, roubos, dentre outros crimes. Desta forma, para a elite colonial, cujas ideias se tornavam unânimes na sociedade, os africanos (por sua maléfica genética e inferioridade cultural) representavam o que de pior poderia existir entre os humanos, somente servindo a coletividade se utilizados na condição de escravos.¹⁴⁴

As ideias impostas por estas teorias ainda permeiam o imaginário branco de uma forma geral, conforme análise de Lélia Gonzales:

“A primeira coisa que a gente percebe, nesse papo de racismo é que todo mundo acha que é natural. Que negro tem mais é que viver na miséria. Por que? Ora, porque ele tem umas qualidades que não estão com nada: irresponsabilidade, incapacidade intelectual, criança, etc. e tal. Daí, é natural que seja perseguido pela polícia, pois não gosta de trabalho, sabe? Se não trabalha, é malandro e se é malandro é ladrão. Logo, tem que ser preso, naturalmente. Menor negro só pode ser pivete ou trombadinha, pois filho de peixe, peixinho é. Mulher negra, naturalmente, é cozinheira, faxineira, servente, trocadora de ônibus ou prostituta. Basta a gente ler jornal, ouvir rádio e ver televisão. Eles não querem nada. Portanto têm mais é que ser favelados.”¹⁴⁵

Com base nessas teorias, a Igreja católica passou a adotar o entendimento segundo o qual os africanos seriam pecadores impuros e, portanto, sua única forma de salvação seria a conversão ao catolicismo através do batismo e da catequese. Posteriormente, isto passou a ser entendido como uma clara tentativa de *embranquecimento*¹⁴⁶ dos negros, ou seja, através da obrigatoriedade da catequese não só se desprezava a cultura e fé africanas, como também se impunha uma forma de pensamento branco, que consistia em excelente dinâmica de controle da população escrava.

Em decorrência dessas teorias científicas que tiveram a bênção da igreja, o Brasil, antes mesmo do fim da escravidão passou a investir na imigração de trabalhadores

144 AZEVEDO, Célia Marinho de. *Abolicionismo: Estados Unidos e Brasil, uma história comparada (século XIX)*. São Paulo, Annablume, 2003. Pg 219

145 GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, Rio de Janeiro. Pgs 225 e 226.

146 A palavra “embranquecimento” está sendo utilizada neste caso não como forma de clareamento da pele negra, mas como maneira de imposição do pensamento, religião e modo de viver branco, o que constitui a motivação de uma raça sobre outra.

européus como forma de *embranquecer*¹⁴⁷ a população que até aquele momento era predominantemente negra.¹⁴⁸ Pois aos olhos da elite colonial e dos pensadores do país, uma sociedade composta prioritariamente pela raça inferior estaria fadada ao fracasso, sendo necessário assim que por meio da miscigenação a sociedade se tornasse cada vez mais branca.¹⁴⁹

O embranquecimento ganhou tamanha importância em nossa sociedade, que passou a ser desejado até mesmo pelos heróis nacionais, conforme analisa Lélia Gonzales:

“Prá isso, basta que a gente pense nesse mito de origem elaborado pelo Máriode Andrade que é o Macunaíma. Como todo mundo sabe, Macunaíma nasceu negro, “preto retinto e filho do medo da noite”. Depois ele branqueia como muito crioulo que a gente conhece, que, se bobear, quer virar nórdico. É por aí que dá prá gente entender a ideologia do branqueamento, a lógica da dominação que visa a dominação da negra mediante a internalização e a reprodução dos valores brancos ocidentais. Mas a gente não pode esquecer que Macunaíma é o herói da nossa gente. E ninguém melhor do que um herói para exercer a função paterna (4). Isto sem falar nos outros como Zumbi (5), Ganga-Zumba e até mesmo Pelé. Que se pense nesse outro herói chamado de a Alegria do Povo, nascido em Pau-Grande. Eles estão ao como repetição do S1, como representações populares do herói. Os heróis oficiais não têm nada a ver com isso, são produto da lógica da dominação, não têm nada a ver com a alma de nossa gente”¹⁵⁰

Esta ideia era vista como uma boa opção por duas teorias, que embora racistas, divergiam entre si. A primeira fazia parte das doutrinas europeias e norte-americanas e de

¹⁴⁷ Já neste seguimento “embranquecer” passa a ser utilizado não só como forma de imposição de pensamento, religião e modo de vida branco. Neste caso, significa de fato clareamento de pele, uma vez que busca-se que os descendentes de africanos passassem a ter cores cada vez mais distantes do preto, o que seria alcançado por meio da miscigenação.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Célia Marinho de. *Abolicionismo: Estados Unidos e Brasil, uma história comparada (século XIX)*. São Paulo, Annablume, 2003. Pg 61

¹⁴⁹ MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França /organização Angela Rodolpho Paiva* - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 248 e 249

¹⁵⁰ GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, Rio de Janeiro. Pg 237.

acordo com ela, o mestiço seria o que de pior poderia existir, já que este, com a miscigenação, não teria mais as melhores características genéticas de nenhuma das raças, estando assim em desvantagem frente aos brancos e aos negros ditos "puros". A segunda teoria dividia os mestiços em superiores e inferiores, isto é, quanto maior a porcentagem de "sangue europeu" melhor seria o mestiço.¹⁵¹

Deste modo, mesmo divergentes essas duas correntes concordavam que a imigração europeia para o Brasil seria uma boa solução ao grande "problema do negro" que a sociedade enfrentava. Termo este que foi utilizado por João Batista de Lacerda (representante brasileiro no Congresso Mundial das Raças, que aconteceu em Londres em 1911) ao afirmar que tal problema estaria sob controle, uma vez que o Brasil o estaria resolvendo pela miscigenação.²⁸

Em cem anos o Brasil recebeu cerca de quatro milhões de imigrantes europeus, o que não resolveu conforme houvera sido previsto, o chamado "problema do negro" já que a população, apesar das expectativas, não se tornou predominantemente branca. Contudo, essa política de imigração serviu para evidenciar o quanto racistas eram os governantes do país.¹⁵² Como, por exemplo, no caso Deodoro da Fonseca que assinou o decreto de cunho discriminatório excepcionando o ingresso no Brasil de "indígenas da África e da Ásia". De acordo com o mencionado decreto:

"Art. 1º E' inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos áacção criminal do seu paiz, exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas."¹⁵³

1.3 O mito da democracia racial

151 MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França /organização Angela Rodolpho Paiva* - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 249 e 250

²⁸MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França / organização Angela Rodolpho Paiva* - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 249 a 252.

152 MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França /organização Angela Rodolpho Paiva* - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 250 e 251

153 BRASIL. Decreto nº 528, de 28 de Junho de 1890, dispõe sobre o serviço de introdução e localização de imigrantes no Brasil, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 9 de outubro de 2016.

O processo de dominação da população branca, de origem europeia sobre os escravos vindos da África já houvera feito grandes avanços. Isto é, persuadiu os próprios negros e toda a sociedade branca, convencendo-os sobre a ideia de que a os africanos pertenciam a uma raça formada unicamente por selvagens, portadores de uma herança genética propensa às atividades criminosas e de desenvolvimento humano muito inferior, justificando essa construção racista através da ciência e da fé cristã.

Entretanto, para que o tema do racismo não passasse a gerar no Brasil semelhante embate que se desenvolvia na época (década de 1930) nos Estados Unidos da América (o que possivelmente ocasionaria revoltas, crescimento do apoio ao movimento abolicionista e até uma conscientização da população escrava), difundiu-se o conceito segundo o qual no Brasil não existiria racismo, já que aqui viveríamos uma democracia racial.^{154 155}

Esta democracia racial se baseava na ideia de que em nosso país se vivia uma exceção à regra, ou seja, enquanto no resto do mundo os negros estavam insatisfeitos com a escravidão e parte da própria sociedade branca começava também a se conscientizar (em muitos casos por razões econômicas) e ingressar no movimento abolicionista, no Brasil negros e brancos conviviam de forma harmônica.¹⁵⁶

O que se justificaria porque os senhores de escravos, em decorrência de sua cor branca, seriam pessoas boas e gentis para com seus escravos e estes últimos seriam gratos aos seus senhores pelo tratamento e proteção recebidos, sendo uma característica africana a facilidade para conduzir tarefas de forma subalterna. Em outras palavras, aqui existiria a chamada "harmonia racial", sendo a relação até então estabelecida entre as raças, benéfica para ambas as partes.¹⁵⁷

154 MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França* /organização Angela Rodolpho Paiva - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 252

155 AZEVEDO, Célia Marinho de. *Abolicionismo: Estados Unidos e Brasil, uma história comparada (século XIX)*. São Paulo, Annablume, 2003. Pg 65

156 MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França* /organização Angela Rodolpho Paiva - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 252

157 MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França* /organização Angela Rodolpho Paiva - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 252 e 253.

O conceito de democracia racial fez nascer a ideia de que no Brasil não existiriam raças, mas apenas uma classificação simbólica baseada na cor da pele, nas palavras de Joaze Bernardino:

“ (...)Desenvolveu-se a crença de que não existem raças no Brasil, uma vez que por raça se entende agrupamentos humanos que compartilham certas características hereditárias que não são partilhadas por nenhum outro agrupamento humano, tais como cor da pele, tipo de cabelo, formato do nariz, porte físico. Assim, a inexistência de raças no Brasil decorreria do processo de miscigenação que diluiu as supostas “essências” naturais originais das três raças que fundaram a população brasileira. Tal interpretação supõe uma essência biológica possível de ser encontrada em outras partes, mas não no Brasil.

(..) Em lugar da raça, admite-se que existe no Brasil apenas uma classificação baseada

na cor, que pretende ser encarada como uma mera descrição objetiva da realidade sem implicações político-econômico-sociais, tais como discriminações e preconceitos.”¹⁵⁸

Este mito encontrou em Gilberto Freyre um grande aliado para a sua propagação, muito embora o autor nunca tenha mencionado diretamente a expressão “democracia racial”, as premissas e conclusões desta são defendidas por ele em sua obra. O livro de Freyre “Casa- Grande & Senzala”¹⁵⁹ tornou-se amplamente popular e festejado. Nele o escritor, que apesar de descartar a até então tão prestigiada teoria de inferioridade biológica da “raça negra” frente à “raça ariana”, estabelece a ideia da superioridade cultural

158 BERNARDINO, Joaze. *Acção Afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil*. Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, no 2, 2002, Pg 254 e 255. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n2/a02v24n2> Acesso em: 25 de outubro de 2016.

159 Casa-Grande & Senzala é um livro do sociólogo brasileiro Gilberto Freyre publicado em 1933. Ao valorizar a importância da existência da casa-grande e das senzalas para a formação da sociedade brasileira, o autor finda por classificar como benéfica a escravização dos negros pelos brancos, uma vez que sustenta ser uma característica negra a aptidão para realização de trabalhos subalternos e uma característica branca a bondade para com os seus subalternos. A obra de Freyre se tornou extremamente popular e festejada, tendo sido lida por grande parte dos brasileiros, fez com que essa falaciosa ideia de harmonia racial entre negros e brancos se tornasse popular, enraizada e respeitada no seio da sociedade brasileira.

européia e enfatiza o caráter excepcional da relação entre as raças no Brasil, reforçando a ideia de relacionamento harmônico.¹⁶⁰

Criada e difundida no seio da sociedade a ideia de democracia racial, esta serviu para diversos fins. Convencendo não só aos brasileiros, mas também à intelectuais estrangeiros quea repetiram em suas obras. O que culminou em um incentivo à imigração para o Brasil, tendo em vista que aos olhos dos estrangeiros nosso país seria um paraíso sob o ponto de vista racial, onde ao contrário do que acontecia no resto do mundo, ao escravizar e explorar a mão-de-obra africana recebia-se dos negros a sua eterna gratidão. Assim, o Brasil seria uma opção extremamente vantajosa aos Estados Unidos, por exemplo, onde a questão da escravidão tinha sido o estopim para diversos conflitos, culminando inclusive em uma Guerra Civil.¹⁶¹

Contudo, a pior consequência deste mito foi sem dúvidas o seu poder de calar qualquer discussão acerca do racismo no Brasil, tornando-o velado. Isto é, apesar de não exprimir a real situação do negro em nosso país, em decorrência de sua expressiva divulgação, findou por tornar a ficção em uma verdade absoluta.¹⁶²

Desta forma, por muitos anos, afirmar a existência do racismo era tarefa quase impossível, já que para tanto seria necessário refutar o argumento de autoridade da época, representado por Freyre em sua obra mais do que aclamada pela sociedade.⁴⁰

Este silêncio forçado está diretamente ligado ao prolongamento da escravidão no Brasil. Uma vez que forçava a crença na satisfação africana em servir aos seus senhores (nutrindo por eles bons sentimentos como os de amor e de gratidão), era de se esperar que o movimento abolicionista não angariasse muitos adeptos e nem tivesse força o suficiente para exigir posicionamentos dos governantes. Não por acaso o país da democracia racial acabou sendo o último da América a abolir a escravidão.⁴¹

160 MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França* / organização Angela Rodolpho Paiva - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 252

161 MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França* / organização Angela Rodolpho Paiva - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 253

162 MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França* / organização Angela Rodolpho Paiva - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 253 e 254

⁴⁰MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França* / organização Angela Rodolpho Paiva - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 253 à 255

⁴¹AZEVEDO, Célia Marinho de. *Abolicionismo: Estados Unidos e Brasil, uma história comparada (século XIX)*. São Paulo, Annablume, 2003. Pg 89

É importante ressaltar as marcas deixadas por esse mito no subconsciente da sociedade brasileira até os dias atuais, de acordo com Joaze Bernardino:

“A construção da nação brasileira está estruturada — dentre outras coisas — a partir do mito da democracia racial. Uma parcela expressiva da sociedade brasileira compartilha a crença de ter construído uma nação — diferentemente dos Estados Unidos e da África do Sul, por exemplo — não caracterizada por conflitos raciais abertos. Além disso, imagina-se que em nosso país as ascensões sociais do negro e do mulato nunca estiveram bloqueadas por princípios legais tais como os conhecidos Jim Crow e o Apartheid dos referidos países. Para os que imaginam e advogam a singularidade paradisíaca brasileira, isto significa dizer que o critério racial jamais foi relevante para definir as chances de qualquer pessoa no Brasil. Em outras palavras, ainda é fortemente difundida no Brasil a crença de que a cultura brasileira antecipa a possibilidade de um mundo sem raças.”¹⁶³

Lélia Gonzales também propõe reflexão sobre o tema:

“Racismo? No Brasil? Quem foi que disse? Isso é coisa de americano. Aqui não tem diferença porque todo mundo é brasileiro acima de tudo, graças a Deus. Preto aqui é bem tratado, tem o mesmo direito que a gente tem. Tanto é que, quando se esforça, ele sobe na vida como qualquer um. Conheço um que é médico; educadíssimo, culto, elegante e com umas feições tão finas... Nem parece preto.”¹⁶⁴

Assim, diferentemente do que ocorre em outros países, no Brasil há uma forte resistência às discussões sobre discriminação racial. A população branca ainda apresenta uma tendência anegação quanto à existência do racismo em nossa sociedade. Isto é, em nosso país muitas vezes manifestações do racismo são veladas e antes de lutar para combatê-las, o negro brasileiro tem a difícil missão de convencer a todos os demais da sua existência.

¹⁶³ BERNARDINO, Joaze. *Acção Afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil*. Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, no 2, 2002, Pg 249. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/eaa/v24n2/a02v24n2> Acesso em: 25 de outubro de 2016.

¹⁶⁴ GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, Rio de Janeiro. Pg 226.

1.4 A Teoria Crítica da Raça

Neste sentido, ao refutar o mito da democracia racial e o seu poder de calar discussões sobre racismo, nos permitimos pensar a questão de uma forma crítica, em outras palavras, rejeitamos as visões e teorias até então dominantes, propondo novos olhares, pontos de vista e soluções.

É o que faz a teoria crítica da raça, que discute as questões raciais através de um olhar crítico. O que é possível porque esta, ao buscar respostas, coloca a raça e o racismo em primeiro plano em todos os aspectos da investigação. Além de afastar as explicações dadas pelas metodologias brancas de pesquisa para o fato de negros ocuparem majoritariamente posições de subalternidade no seio da sociedade, estabelecendo sempre uma agenda de pesquisa que tem como objetivo final a justiça social, a eliminação do racismo e o *empoderamento*¹⁶⁵ de suas vítimas.¹⁶⁶

A teoria crítica surgiu inspirada nos estudos feitos por outras teorias, tais como a *Critical Legal Studies*¹⁶⁷, que na década de 1970 questionava a aplicação e o estudo do direito de forma institucional, isto porque considerava as normas jurídicas muito distantes da realidade social.¹⁶⁸

165 Empoderamento está ligado a conscientização de grupos oprimidos sobre os seus direitos, o que de forma consequente faz com que estes grupos passem a participar de debates protagonizando suas próprias lutas, decidindo e controlando seus próprios destinos. Desta forma, o empoderamento tem ligação direta com a cidadania e representa forma de quebra da dominação de um grupo sobre outros.

166 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 72

167 A expressão em inglês *Critical Legal Studies*, traduzida para o português como estudos críticos do direito corresponde, também é conhecida pelo acrônimo CLS. O termo denomina a escola teórica estadunidense que defende uma interpretação politicamente engajada do direito, em oposição ao positivismo sustentado principalmente pelas obras de H. L. A. Hart e Hans Kelsen.

A teoria tem seu nascimento muito aliado à luta dos movimentos pelos direitos civis da década de 60. Tendo sido consolidada no final da década de 1970 e exercendo assim, grande influência nos Estados Unidos, principalmente durante a década de 1980. São alguns de seus representantes, Duncan Kennedy, Karl Klare e o brasileiro Roberto Mangabeira Unger.

168 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 64

Todavia, a *Critical Legal Studies* não estava completa, pois a despeito de sua importância que tange a discussão sobre direitos civis e femininos, esta teoria deixava por fazer uma importante discussão: a raça enquanto perspectiva de análise das relações de poder da sociedade.¹⁶⁹

Em decorrência desta carência e tendo como ponto de partida a luta pela implantação das ações afirmativas nos cursos de direito dos Estados Unidos, durante a segunda metade da década de 1970, intelectuais de cor (pessoas de descendência negra, latina e asiática) passaram a desenvolver nos Estados Unidos a *Critical Race Theory*, uma teoria que se propunha a analisar a raça como elemento central das dinâmicas da sociedade, expondo de maneira clara que a hierarquia racial estava institucionalizada.

A Teoria Crítica da Raça parte de cinco premissas principais: a primeira premissa seria a de que o racismo não consiste em um comportamento anormal, ele está enraizado na sociedade. A segunda estaria na alegação de que a raça não é uma construção biológica, mas sim social, seria uma aglomeração proposital de indivíduos que por acaso ocupam posições subalternas na sociedade. Como terceira premissa a teoria aponta o sistema de supremacia branca que criou e mantém uma hierarquia racial, a quarta consiste na constatação de que cada raça é dotada de uma própria origem histórica e está sempre em desenvolvimento. E a quinta e última ressalta a importância da voz da cor, isto é, as questões de raça devem ser abordadas principalmente por aqueles que por elas são afetados.¹⁷⁰

A primeira premissa, ao apontar o racismo como comportamento normal no cotidiano da sociedade, explica que os atos de discriminação racial são reiterados todos os dias, o que faz deles comportamentos enraizados em nossa sociedade, gerando assim certa naturalização desses comportamentos, tornando-os de difícil percepção. É a partir desta análise que surgem dois conceitos muito importantes para a teoria crítica: a *cegueira da cor* e a meritocracia.¹⁷¹

169 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 64 e 65

170 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65 à 68.

171 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65 à 69.

A *cegueira da cor*¹⁷² consiste em uma rejeição da importância da igualdade material, isto é, trata-se de uma crença na igualdade formal e em um posicionamento neutro do Estado como suficientes às necessidades da sociedade no que diz respeito à criação de oportunidades iguais aos indivíduos.

Nas palavras de Caroline Lyrio Silva e Thula Rafaela de Oliveira Pires:

“Apesar da suposta universalidade das normas jurídicas, a seletiva indicação dos padrões morais e de normalização que identificam o tipo de proteção e os sujeitos protegidos impõe que uma avaliação crítica do direito - aquela comprometida com a identificação da realidade, suas estruturas de poder e obstáculos existentes à emancipação dos sujeitos subalternizados – descortine as estruturas de distribuição de poder, bem como os critérios que sustentam o modelo de dominação confrontado. A cegueira da cor, assim como a defesa de uma perspectiva neutra, objetiva, imparcial e a histórica da realidade levam, ao contrário, à preservação das hierarquias raciais, de gênero, morais e sociais que se pretende superar.”¹⁷³

Assim, é através da cegueira da cor que o direito, ao criar normas que desconsideram as diferenças (especialmente as raciais) entre os indivíduos, possibilita a continuidade da hierarquia racial. O que resulta na manutenção da estrutura social conhecida por nós desde a colonização, constituída por brancos ocupando altas posições sociais e negros desenvolvendo atividades subalternas.¹⁷⁴

Já a meritocracia propõe que o acesso a elevadas posições sociais e a importantes cargos institucionais não teria nenhuma ligação com a hierarquia racial, isto é, dentro deste conceito o processo de elevação profissional e social seria uma consequência exclusiva dos esforços e dedicações pessoais de cada um.

¹⁷² Cegueira da cor é a tradução para o português da expressão em inglês “color blindness”, criada pelos teóricos da Teoria Crítica da Raça.

¹⁷³ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65

¹⁷⁴ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65 e 66.

O que deve ser refutado, admitindo-se que os êxitos obtidos profissional e socialmente não derivam exclusivamente dos méritos pessoais de cada um, uma vez que o resultado final dos esforços empregados individualmente está diretamente ligado ao seu ponto de partida, ou seja, a oportunidade inicial ofertada à cada indivíduo. Logo, este processo de ascensão ainda é muito mais uma consequência da hierarquia social de nossa sociedade do que do mérito pessoal em si.

Outra premissa marcante da teoria crítica da raça é conhecida como sistema de *supremacia branca*¹⁷⁵ de acordo com o qual a discriminação racial possibilita a estagnação da sociedade de maneira racista, ou seja, as novas gerações de negros ocupariam sempre cargos subalternos assim como os ocupados por todos os seus ancestrais, e conseqüentemente, teríamos brancos em posições sociais privilegiadas conforme tem sido desde o começo da integração entre as duas raças. ¹⁷⁶

Finalmente, uma última premissa a se destacar seria a *voz da cor* que ressalta a importância da fala das próprias minorias. Para esta Teoria Crítica as narrativas jurídicas não são suficientes no que tange o estudo da raça, assim valorizam-se as experiências dos grupos minoritários e incentiva-se que suas vozes sejam ouvidas, considerando-as de extrema importância a fim de que se alcance progresso dentro do estudo científico. ¹⁷⁷

Saindo das premissas, outro ponto de extrema importância está na epistemologia e nos métodos de pesquisa, isto porque para a teoria em questão, as teorias e epistemologias atuais que tiveram como ponto de partida a cultura e história da raça dominante reproduzem seus pensamentos e raciocínios lógicos, valorizando suas culturas e estruturais sociais, gerando conseqüentemente o que se convencionou chamar de "racismo epistemológico", uma forma de discriminação que marginaliza não só aos negros em geral, mas também os pesquisadores de cor.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Sistema de supremacia branca é a tradução para o português da expressão em inglês "white-over-color ascendancy", criada pelos teóricos da Teoria Crítica da Raça.

¹⁷⁶ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 66

¹⁷⁷ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 67

¹⁷⁸ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 68 e 69.

É em decorrência deste racismo epistemológico que muitas vezes para alcançar o patamar de pesquisador, muitas pessoas de cor devem se travestir, ou seja, abandonar suas perspectivas históricas e culturais enquanto negros e iniciar suas pesquisas de forma a dar continuidade aos trabalhos desenvolvidos pelas epistemologias e métodos de pesquisa brancos. 179

A teoria estudada propõe uma valorização da memória do povo negro através da chamada "metodologia colorida", que realiza tal tarefa ao resgatar as histórias de luta e resistência negra muitas vezes esquecida por pesquisadores brancos, propondo recursos metodológicos como a valorização das narrativas pessoais das pessoas de cor, o afastamento dos resultados de pesquisas realizados sob a ótica branca e o comprometimento com uma agenda de pesquisa que preze pela justiça social, bem como o fim do racismo. 180

Cabe ressaltar que a fim de produzir a metodologia colorida, os pesquisadores não devem ser obrigatoriamente negros, devem apenas se basear em uma ótica de pesquisa que não parta de perspectiva e ponto de vista da raça dominante. O que se explica se levarmos em conta, por exemplo, que muitos pesquisadores negros a fim de alcançar espaço dentro da comunidade são obrigados a reproduzir metodologias e epistemologias brancas. 181

1.5 A Teoria Crítica da Raça aplicada ao Brasil

Ao analisar a Teoria Crítica da Raça e suas proposições fica claro que apesar de inicialmente ter sido pensada levando em consideração a realidade dos Estados Unidos na década de 1970, esta, em muito se encaixa na situação do negro no Brasil. Muitas de suas premissas servem a explicar a formação e hierarquia de nossa sociedade, bem como são capazes de produzir novas respostas para perguntas já feitas a outros teóricos.

Esta teoria muito se enquadra em um dos temas já discutidos nesse capítulo: o mito da democracia racial, segundo o qual em nosso país viveríamos uma exceção, já que

179 Idem.

180 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 70

181 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 74

brancos e negros sempre teriam mantido relações harmônicas, o que fazia com que o racismo não fosse uma de nossas realidades. 182

Ao questionar o mito da democracia racial, agora de forma crítica, é possível perceber que este pode ser explicado por muitas das premissas da Teoria Crítica da Raça. Um exemplo está no fato de que através dele se silenciam as discussões sobre o racismo e este, que é praticado todos os dias, acaba se tornando enraizado, deixando de ser anormal e passando a fazer parte do cotidiano social.¹⁸³

Outro conceito questionado pela metodologia colorida brasileira é a supremacia branca, que pode ser percebida em nossa sociedade através da análise do “lugar do negro”, o que é feito por Lélia Gonzales:

“Desde a época colonial aos dias de hoje, percebe-se uma evidente separação quanto ao espaço físico ocupado por dominadores e dominados. O lugar natural do grupo branco dominante são moradias saudáveis, situadas nos mais belos recantos da cidade ou do campo e devidamente protegidas por diferentes formas de policiamento que vão desde os feitores, capitães de mato, capangas, etc, até à polícia formalmente constituída. Desde a casa grande e do sobrado até aos belos edifícios e residências atuais, o critério tem sido o mesmo. Já o lugar natural do negro é o oposto, evidentemente: da senzala às favelas, cortiços, invasões, alagados e conjuntos “habitacionais” (...) dos dias de hoje, o critério tem sido simetricamente o mesmo: a divisão racial do espaço (...) No caso do grupo dominado o que se constata são famílias inteiras amontoadas em cubículos cujas condições de higiene e saúde são as mais precárias. Além disso, aqui também se tem a presença policial; só que não é para proteger, mas para reprimir, violentar e amedrontar. É por aí que se entende porque o outro lugar natural do negro sejam as prisões. A sistemática

182 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 78 à 80

183 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 78 à 80.

repressão policial, dado o seu caráter racista, tem por objetivo próximo a instauração da submissão.”¹⁸⁴

Além disso, também seria possível destacar a crença na meritocracia que ainda é muito forte na sociedade brasileira (sendo defendida inclusive por partidos políticos ainda possuidores de grande aceitação e influência sobre nossa população). A validação deste conceito se torna extremamente notória quando ações afirmativas são rejeitadas ou vistas com maus olhos pelos brasileiros de forma geral.¹⁸⁵

Utilizando as premissas e metodologias coloridas apontadas, temos dentro do Brasil importantes trabalhos desenvolvidos dentro da Teoria estudada, tais como o de Lélia Gonzalez, Guerreiro Ramos e Abdias Nascimento.¹⁸⁶

Assim, a fim de verdadeiramente compreender as posições subalternas ocupadas pelos negros na sociedade brasileira e a partir disso propor políticas que tenham como finalidade o fim das desigualdades raciais existentes, como por exemplo, as cotas raciais, é essencial o estudo da Teoria Crítica da Raça, de suas metodologias de pesquisa, epistemologias e premissas.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 A discriminação como forma de inclusão

Diante de todo o exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, é notório que a diferenciação entre negros e brancos foi historicamente utilizada no Brasil e no mundo como forma de discriminação, marginalização e até escravização da população negra. A

¹⁸⁴ GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, Rio de Janeiro. Pg 232.

¹⁸⁵ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 78 à 80.

¹⁸⁶ Lélia Gonzalez, Guerreiro Ramos e Abdias Nascimento são pesquisadores brasileiros da Teoria Crítica da Raça. Estes, a partir do estudo das premissas e formas de pesquisa desenvolvidas pelos pesquisadores da teoria nos Estados Unidos, desenvolveram pesquisas brasileiras que utilizavam suas técnicas. Desta forma, criaram teses sobre a situação da discriminação racial no Brasil, bem como propuseram maneiras de reduzir esta realidade.

este tipo de comportamento social dá-se o nome de discriminação negativa, uma vez que é feita com o objetivo de gerar ou aumentar as diferenças sociais entre os indivíduos.¹⁸⁷

Contudo, é errôneo considerar toda forma de discriminação como negativa. Pois a diferenciação através do reconhecimento e separação em grupos de pessoas mais e menos vulneráveis pode ser benéfica a sociedade no que diz respeito à tentativa de concretização do princípio constitucional da igualdade.

Isto porque, a partir desta separação seria possível a aplicação, ao grupo mais vulnerável, de medidas transitórias que visassem à inclusão social e a proteção do mesmo. Desta forma, possibilita-se que a isonomia, em sua vertente material, seja alcançada de forma menos lenta e mais eficaz. Uma vez alcançado tal ideal, as medidas inclusivas e protéticas não tem mais razão de existir, alcançando-se assim a justiça social.¹⁸⁸

Nisto consiste o conceito de Ação Afirmativa, nas palavras de Flavia Piovesan:

“Nesse sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Elas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos.

As ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.¹⁸⁹

Deste modo, as ações afirmativas são políticas públicas que implantam temporariamente medidas que geram privilégios de acesso aos meios fundamentais, tais

187 CASTEL, Robert . *A Discriminação Negativa - Cidadãos ou Autóctones?* - Petrópolis, Rj: Vozes, 2008. Pg 14.

188 PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui.vol. 35 no.124 SãoPaulo Jan./Apr 2005. pg 7.

189 PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui.vol. 35 no.124 SãoPaulo Jan./Apr 2005. pg 7 à 8.

como estudo e emprega grupos mais vulneráveis, sejam estes grupos étnicos, raciais, de gênero, classes sociais ou até de deficientes físicos. Estando claro que, apesar do enfoque dado por este trabalho, estas ações não estão restritas ao combate às desigualdades raciais.

Logo, além da política de reserva de vagas para negros nas universidades públicas, que serve como objeto do presente estudo, também são exemplos de ações afirmativas: os sistemas de cotas para deficientes, as cotas para mulheres dentro dos partidos políticos, e até o PROUNI, que tem como objetivo proporcionar a alunos de baixa renda o acesso à universidade, ainda que particular.¹⁹⁰

De acordo com Santos, as ações afirmativas não devem ser vistas como uma forma de redistribuição, mas sim de compensação:

“Ação afirmativa é tratar de forma preferencial aqueles que historicamente foram marginalizados, para que lhes sejam concedidas condições equidistantes aos privilegiados da exclusão. Diferencia-se drasticamente da redistribuição, já que não é simples busca de diminuição de carência econômica, mas sim uma medida de justiça, tendo por base injustas considerações históricas que erroneamente reconheceram e menosprezaram a identidade desses grupos discriminados.”¹⁹¹

Estas medidas têm como finalidade a neutralização de qualquer forma de discriminação, oportunizando assim, a igualdade de tratamento e de oportunidades entre pessoas de diferentes origens e posições sociais.

Fazendo isso por meio de mecanismos de cotização de vagas destinadas a grupos caracterizados como minorias¹⁹² no seio da sociedade, bem como pelo estabelecimento

190 PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui. vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 8.

191 SANTOS, Sales. A. *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC/UNESCO, 2005. Pg45 e 46.

192 A expressão “minorias” não é aqui utilizada em seu sentido quantitativo, mas sim para qualificar social e juridicamente um grupo de indivíduos que é contemplado ou aceito em sociedade com um menor número de direitos se comparado ao grupo dominante. Desta forma, os afrodescendentes, a despeito de representarem mais da metade da população brasileira, constituem uma minoria se levarmos em consideração o critério jurídico-social. O mesmo raciocínio pode ser aplicado com relação às mulheres, aos nordestinos, aos homossexuais e etc.

de preferências ou do sistema de bônus e incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado).

É por isso que Flavia Piovesan ao falar sobre as ações afirmativas, diz tratar-se de formade garantia da diversidade e da pluralidade social, cumprindo assim uma finalidade pública necessária à democracia. Este pensamento se justifica uma vez que através da utilização destas políticas públicas permite-se um movimento de mobilidade social, no qual se possibilita à indivíduos pertencentes a grupos vulneráveis a oportunidade de ocupar posições sociais até então reservadas aos grupos dominantes.

Há que se ressaltar também o caráter humano das ações afirmativas, conforme faz Bergman ao conceituá-las:

“planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas – aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos – em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com a sua tradição de promover a posição executivas unicamente homens, e brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...]. Ações afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente”¹⁹³

Outro fundamento para as Ações Afirmativas vem da crítica que a Filosofia do Direito faz ao formalismo legal, na medida em que esta estabelece uma convicção segundo a qual tratar pessoas de fato desiguais como iguais somente amplia a desigualdade inicial entre elas.¹⁹⁴

Desta forma, ao traçarmos um paralelo com a Teoria Crítica da Raça, é possível perceber que através da aplicação das ações afirmativas possibilita-se a reversão de uma realidade histórica: o fato de negros ocuparem majoritariamente posições de subalternidade no seio da sociedade. Portanto, estas medidas (assim como os teóricos

¹⁹³ BERGMANN, Barbara. *In defense of affirmative action*. New York: BasicBooks, 1996. Pg 7

¹⁹⁴ GUIMARÃES, A. S. A. *A Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil*. In: SOUZA, J. (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil- Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997, p.233-242.

críticos da raça) afastam clássicas ideias racistas que tem como base a justificação da mencionada hierarquia social por conceitos como a meritocracia e a cegueira da cor.¹⁹⁵

Isto é, as Ações Afirmativas somente são possíveis uma vez que se rejeite o conceito de meritocracia e se admita que o processo de elevação profissional e social não é só uma consequência dos esforços e dedicações pessoais de cada um, uma vez que o resultado final detais esforços está diretamente ligado ao seu ponto de partida, ou seja, a oportunidade inicial ofertada a cada indivíduo. Logo, este processo ainda é muito mais uma consequência da hierarquia social de nossa sociedade do que do mérito pessoal em si. ¹⁹⁶

As políticas públicas em questão afastam também a cegueira da cor, já que rejeitam a crença na igualdade formal e na neutralidade do Estado como forma de oportunizar a igualdade. Ao contrário, estas políticas exigem do Estado uma ação positiva como forma de redução das desigualdades, uma vez que tem como base a igualdade material.¹⁹⁷

2.2 O nascimento das Ações Afirmativas

As Ações Afirmativas tiveram como berço a sociedade norte-americana da década de 1960, conforme relato de Kabengele Munanga:

“As chamadas políticas de ação afirmativa são muito recentes na história da ideologia anti-racista. Nos países onde já foram implantadas (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Índia, Alemanha, Austrália, Nova Zelândia e Malásia, entre outros), elas visam oferecer aos grupos discriminados e excluídos um tratamento diferenciado para compensar as desvantagens devidas à sua situação de vítimas do racismo e de outras formas de discriminação. Daí as terminologias de “equal opportunity policies”, ação afirmativa, ação positiva,

¹⁹⁵ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65 à 66.

¹⁹⁶ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65, 66 e 67.

¹⁹⁷ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65 e 66.

discriminação positiva ou políticas compensatórias. Nos Estados Unidos, onde foram aplicadas desde a década de 1960, elas pretendem oferecer aos afro-americanos as chances de participar da dinâmica da mobilidade social crescente. Por exemplo: os empregadores foram obrigados a mudar suas práticas, planejando medidas de contratação, formação e promoção nas empresas visando a inclusão dos afro-americanos; as universidades foram obrigadas a implantar políticas de cotas e outras medidas favoráveis à população negra; as mídias e órgãos publicitários foram obrigados a reservar em seus programas uma certa porcentagem para a participação de negros. No mesmo momento, programas de aprendizado de tomada de consciência racial foram desenvolvidos a fim de levar à reflexão os americanos brancos no que diz respeito ao combate ao racismo”.¹⁹⁸

Historicamente, a década de 1960 foi marcada pela luta por direitos civis nos Estados Unidos, que tinha como uma de suas bandeiras principais a igualdade de oportunidade entre todos, o que até aquele momento estava muito distante da realidade do país, sendo comum, por exemplo, a existência de leis segregacionistas. ¹⁹⁹

Neste contexto, o movimento negro ganhou força, passando a ter projeção nacional e contando com o apoio de liberais e progressistas brancos, tornando-se assim, um fator extremamente ativo na luta pelos direitos civis. Este movimento tinha duas vertentes principais: uma pacifista que tinha Martin Luther King e Malcom X como principais líderes (homens negros cujo discurso ganhou adeptos em todos os Estados Unidos, ecoando posteriormente para o mundo) e outra mais radical que propunha a luta armada como forma de combate à discriminação racial. ²⁰⁰

Diante desses acontecimentos, o governo dos Estados Unidos se viu pressionado a combater o racismo. Em um primeiro momento criando leis antissegregacionistas, o que, todavia, não era suficiente para o movimento negro e seus adeptos, já que estes exigiam

¹⁹⁸ MUNANGA, Kabengele. *Política de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil: Um ponto de vista em defesa de Cotas*. Sociedade e Cultura, v.4, n2 (jul/dez 2001). Pg 31 e 32.

¹⁹⁹ MOEHLECKE, Sabrina. *Ação Afirmativa: História e Debate no Brasil*. Cadernos de Pesquisa, n. 117, npo. 1ve9m7-b2r1o7/,2n0o0v2embro/ 2002 Pg 198. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf> Acesso em: 17 de outubro de 2016.

²⁰⁰ MOEHLECKE, Sabrina. *Ação Afirmativa: História e Debate no Brasil*. Cadernos de Pesquisa, n. 117, npo. 1ve9m7-b2r1o7/,2n0o0v2embro/ 2002 Pg 198. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf> Acesso em: 17 de outubro de 2016.

não sóa repressão da discriminação, mas também uma postura ativa que acelerasse o processo que tinha como fim a igualdade entre as raças.

Esta exigência do movimento negro, uma “postura ativa” culminou no nascimento das Ações Afirmativas, políticas públicas que consistiam em grandes alterações na legislação norte-americana, modificando as relações até então discriminatórias no ensino superior, nos contratos governamentais e no mercado de trabalho.

No âmbito do mercado de trabalho, exigia-se que os empregadores do país passassem a adotar políticas que pusessem fim às discriminações raciais entre os seus empregados. O que deveria ser feito de forma a garantir que as contratações e promoções de empregadores não mais se dessem em decorrência da cor da pele, ficando proibido o favorecimento de empregados brancos. Ademais, os empregadores estavam também obrigados a adotar medidas compensatórias para com os empregados negros que já haviam sido vítimas de discriminação, devendo oferecê-los promoções, seleções ou até indenizações.²⁰¹

Estas políticas públicas apesar de resultarem de demandas da sociedade, não foram aceitas de maneira unânime, não deixando, todavia, de produzir resultados significativos no que diz respeito ao combate à desigualdade racial, neste sentido está a análise de Kabengele Munanga:

“Qualquer proposta de mudança em benefício dos excluídos jamais receberia um apoio unânime, sobretudo quando se trata de uma sociedade racista. Neste sentido, a política de ação afirmativa nos Estados Unidos tem seus defensores e seus detratores. Foi graças a ela que se deve o crescimento da classe média afro-americana, que hoje atinge cerca de 3% de sua população; sua representação no Congresso Nacional e nas Assembléias Estaduais; mais estudantes nos liceus e nas universidades; mais advogados e professores nas universidades, até nas mais conceituadas; mais médicos nos grandes hospitais e profissionais em todos os setores da sociedade americana. Apesar das críticas contra a ação afirmativa, a experiência das últimas quatro

²⁰¹ SILVA, Lúcia Helena Oliveira. *Forum Cotas*. Disponível em: http://www.uel.br/prograd/divisao-politicas-graduacao/FORUM-COTAS/profa_lucia_helena.pdf Acesso em: 17 de outubro de 2016.

décadas nos países que a implementaram não deixam dúvidas sobre as mudanças alcançadas.”²⁰²

As Ações Afirmativas nasceram nos Estados Unidos e se espalharam pelo resto do mundo. Estando presente em diversos países como: a Índia (onde se busca uma reparação das discriminações históricas produzidas pelo sistema de castas, garantindo-se vagas aos membros de castas inferiores no parlamento indiano, no funcionalismo público e no ensino superior), o Sri Lanka, a Nigéria (país que busca o fim das desigualdades em suas diversas etnias), a

Malásia (onde as medidas servem como forma de garantia de igualdade entre os malaios e os chineses), a África do Sul, o Canadá, a Alemanha, a Colômbia, entre outros países.²⁰³

No Brasil, as Ações afirmativas são utilizadas de diversas maneiras, dentre elas a aceleração do processo de reparação da histórica discriminação racial entre negros e brancos através de reserva de vagas em universidades públicas, estabelecimento de preferências ou incentivos fiscais.

Ademais, servem a reduzir: as desigualdades sociais por meio do PROUNI (que possibilita o acesso ao ensino superior a alunos sem recursos financeiros), a discriminação contra os deficientes físicos (através do estabelecimento de cotas para este grupo vulnerável em concursos públicos), além de buscar a igualdade de gênero, estabelecendo cotas para mulheres dentro dos partidos políticos.

2.3 Ações Afirmativas e Direitos Humanos

O cenário mundial dos Direitos Humanos passou por uma mudança estrutural a partir da Declaração de 1948, quando se iniciou a chamada fase dos Direitos Humanos contemporâneos, isto é, estes direitos passavam a ter duas novas importantes características: a universalidade e a indivisibilidade.²⁰⁴

Assim, os Direitos Humanos passaram a ser universais por não mais pertencerem apenas aos cidadãos de cada país, mas sim aos seres humanos de forma geral (sem que se

²⁰² MUNANGA, Kabengele. *Política de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil: Um ponto de vista em defesa de Cotas*. Sociedade e Cultura, v.4, n2 (jul/dez 2001). Pg 32

²⁰³ MUNANGA, Kabengele. *Política de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil: Um ponto de vista em defesa de Cotas*. Sociedade e Cultura, v.4, n2 (jul/dez 2001). Pg 32 e 33.

²⁰⁴ PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui.vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 3.

permitam exceções) e indivisíveis por agora fazerem parte do mesmo catálogo de direitos que os econômicos, sociais e culturais. 205

Neste contexto nasceu o Sistema Internacional de Direitos Humanos, no qual diversos países a fim de garantir principalmente esta universalidade se unem por meio de tratados que propõem a cooperação internacional, objetivando assegurar que todos os seres humanos do planeta tenham garantidos os seus Direitos Humanos. São exemplos desta cooperação internacional: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção contra a Tortura, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, e a Convenção sobre os Direitos da Criança. 206

Esta proteção aos indivíduos passou por algumas fases, em um primeiro momento se procurou alcançar a igualdade apenas no seu aspecto formal, protegendo-se a todos da mesma forma, através de uma postura negativa do Estado, uma não-intervenção, na qual se procurava garantir que todos fossem iguais através da negação das diferenças.

Entretanto, esta postura se mostrou ineficiente, uma vez que através dela não se alcançou verdadeiramente o ideal buscado: a igualdade entre os sujeitos de direito. Estando claro que para que se atinja tal objetivo, faz-se necessária a aceitação da diferença, ou seja, a diferenciação das necessidades e vulnerabilidades dos indivíduos. 207

Flávia Piovesan analisa perfeitamente este momento do Direito Internacional ao afirmar:

“ Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção

205 Idem

206 PIOVESAN, Flávia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui. vol. 35 no. 124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 4

207 PIOVESAN, Flávia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui. vol. 35 no. 124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 4 e 5.

geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.

Nesse cenário, por exemplo a população afro-descendente, as mulheres, as crianças e demais grupos devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegure um tratamento especial.”²⁰⁸

Desta forma, tornou-se claro no plano Internacional que para que se protejam os Direitos Humanos de todos de maneira igualitária, é extremamente necessário que se alcance a igualdade material. Em outras palavras, que se reconheçam as diferenças entre os indivíduos para que então, proteções e valorizações sejam oportunizadas de forma proporcional às vulnerabilidades de cada um, alcançando-se assim a isonomia propriamente dita.²⁰⁹

Diante dos mencionados avanços no campo dos Direitos Humanos, nasceu a necessidade de combate às discriminações raciais, o que culminou na aprovação pelas Nações Unidas em 1965, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, tendo sido ratificada pelo Brasil desde 1968. De acordo com tal convenção, a palavra discriminação significa:

“Art. 1. Parágrafo único.

I - toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos

208 PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui.vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 3, 4 e 5.

209 PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui.vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. Pg 5

e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.”²¹⁰

Deste modo, no plano internacional, para que se possam neutralizar as discriminações raciais existem duas estratégias a serem utilizadas: a repressiva punitiva que propõe a proibição e o estabelecimento de punições para ações discriminatórias e a promocional que fomenta a igualdade a partir da promoção de políticas públicas. Estando claro que o método mais eficiente para que se alcance a igualdade entre os indivíduos é a conjugação destas duas estratégias.²¹¹

Devendo-se assim, combinar uma legislação punitiva e repressiva de atos racistas com políticas públicas que acelerem o processo de redução das desigualdades raciais. Desta forma, é notório que se reconhece, também no plano internacional, a necessidade de utilização das Ações Afirmativas, sendo estas de extrema importância para a proteção dos Direitos Humanos, especialmente no que tange a igualdade material. ²¹²

É o que comprova Flávia Piovesan, ao analisar a mencionada Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial:

“Por essas razões a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no artigo 1o, parágrafo 4o, a possibilidade de "discriminação positiva" (a chamada "ação afirmativa") mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, visando a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos

²¹⁰ BRASIL. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1968 Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminaci.htm> Acesso em: 18 de outubro de 2016.

²¹¹ PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui.vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 6 e 7.

²¹² PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui.vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 6 à 8.

socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos.”²¹³

Desta forma, fica nítida a importância das Ações Afirmativas para o Direito Internacional, que as reconhece e propõe em tratados e convenções internacionais, evidenciando o seu caráter protetor e efetivador de Direitos Humanos.

2.4 O Princípio da Igualdade

A verdadeira compreensão do significado do princípio da igualdade é de extrema importância para o estudo das Ações Afirmativas, uma vez que o conceito destas se confunde com a definição de exercício de uma das dimensões da isonomia (material) e ultrapassa a outra (formal).²¹⁴

A igualdade formal está ligada às normas, através delas se proíbem discriminações negativas, estabelecendo-se que todos estão obrigados a obedecer aos mesmos comandos legais. Logo, a isonomia estaria restrita à criação e aplicação da legislação. Esta dimensão do princípio ganhou extrema popularidade com as constituições liberais formuladas com base nas revoluções oitocentistas americana e francesa, momento no qual significava grande avanço, já que uma das maiores reivindicações destas revoluções era o fim dos privilégios.²¹⁵

Dentro desta ótica, os sujeitos de direito são abstratos e por isso se enquadram de maneira geral em todas as regras. Assim, a partir desta concepção se obteria justiça social com o simples cumprimento da norma, ignorando-se qualquer diferença entre os indivíduos.²¹⁶

213 PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui. vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 7 e 8.

214 ROTHENBURG, Walter Claudius. *IGUALDADE MATERIAL E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA*. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-92, ago. 2009. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 19 out. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v13n2.p77-92>.

215 ROTHENBURG, Walter Claudius. *IGUALDADE MATERIAL E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA*. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-92, ago. 2009. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 19 out. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v13n2.p77-92>.

216 Apud PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva do gênero*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005. Pg.104.

A nossa Constituição deixa ressalvada a Igualdade Formal como uma garantia fundamental:

“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”²¹⁷

Todavia, o estudo dos direitos fundamentais evoluiu de forma a concluir que a igualdade formal seria apenas uma expressão do direito à liberdade, uma vez que garantia somente uma postura negativa do Estado que já não previa mais privilégios e discriminações legais, o que a despeito de propiciar isonomia dentro dos dispositivos legais, continuava por culminar em uma sociedade desigual, já que as normas não contemplavam as diferenças, sendo todas direcionadas a um sujeito de direito que não representava a todos os grupos da população.²¹⁸

Portanto, não há dúvidas que quanto à efetivação do ideal de igualdade é necessário que se faça uma diferenciação dos indivíduos, para que se promovam estratégias de inclusão social, proporcionando assim, não apenas o direito à não discriminação, mas um direito que transcenda norma, que é de fato observado no campo prático.²¹⁹

Apesar de se tratar de objeto de estudo atual, o princípio em questão em sua dimensão material não é de forma alguma novo, tendo sido discutido por Aristóteles que já propunha o tratamento diferenciado como forma de igualar os indivíduos.

“pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si...”/“Para pessoas iguais o honroso e justo consiste em ter a parte que lhes cabe, pois nisto consistem a igualdade e a identificação

²¹⁷ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 19 de outubro de 2016.

²¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 16. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Pg.70.

²¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 16. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Pg.70 à 72.

entre pessoas; dar, porém, o desigual a iguais, e o que não é idêntico a pessoas identificadas entre si, é contra a natureza, e nada contrário à natureza é bom.”²²⁰

A ideia de Aristóteles pode ser compreendida como um embrião da Igualdade material, tendo sido desenvolvida posteriormente por importantes autores, dentre eles Norberto Bobbio que ao analisar o mencionado princípio foi ainda mais longe, afirmando que este vai muito além da proibição das formas de discriminação, já que esta postura negativa do Estado não garante que todos os indivíduos gozem de forma igualitária de todos os direitos constitucionais assegurados. Bobbio aponta que a igualdade formal serviria apenas para o homem abstrato e generalizado, propondo assim um alongamento dos sujeitos de direito, que devem ser analisados pelo direito em função de suas demandas especiais. Desta forma, o autor deixa claro que as normas não mais devem ser produzidas e executadas considerando-se apenas o grupo dominante.²²¹

Outro autor que fez grandes avanços sobre o tema foi Canotilho, que o associou à democracia e à sua concretização:

“A democracia económica e social abrange as duas dimensões da tríade clássica: *liberte* e *égalité*. Em face da Constituição, não se pode interpretar o princípio da igualdade como um «princípio estático» indiferente à eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia económica como um «princípio dinâmico», impositivo de uma igualdade material. Isto poderia significar, de novo, quer a relativização do princípio da igualdade, quer a relativização do princípio da democracia social. Aquele interpretarseia no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da «dignidade social» (cfr. art. 13.º); este constituiria tão somente um instrumento de diminuição de desigualdades fácticas. A igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia económica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia económica e social não é um simples «instrumento», não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma «função conformadora» tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade:

220 ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997. p. 228.

221 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 16tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Pg.70.

garantia de *igualdade de oportunidades* e não apenas de uma certa «*justiça de oportunidades*».

Isto significa o *dever de compensação positiva da «desigualdade de oportunidades»* (cfr., por ex., arts. 9.º/d, 20.71, 74.71 e 2, etc). O princípio da igualdade e o princípio da democracia económica e social aglutinam-se reciprocamente numa «unidade» não redutível a momentos unidimensionais de «estática» ou «dinâmica» da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (*rechtsstaatliche Chancengleichheit*) e um princípio de igualdade de democracia económica e social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*)."²²²

O ordenamento jurídico brasileiro contempla a igualdade nessas duas dimensões: formal conforme já mencionado no caput do artigo 5º da Constituição da República e material também dispostos na carta magna brasileira e, por conseguinte, regulamentada na legislação infraconstitucional.

Como previsões constitucionais, podemos citar o dever imposto ao Estado pelo constituinte de pôr fim a marginalização e as desigualdades sociais:

Art 3º, III - erradicar a (...) marginalização e reduzir as desigualdades sociais(...)

Art 23º, X combater os fatores da marginalização;

Art 170º, VIII- redução das desigualdades (...) sociais;(...)223

Também podemos citar as normas promocionais, ou seja, que obrigam o Estado a realizar prestações positivas em prol da igualdade, como por exemplo:

Art 3º, IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (...)

222 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Editora Almedina.1993.Pg 443 e 444.

223 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 19 de outubro de 2016.

Art 23, X- combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (...)

Art.227, II- criação de programas (...) de integração social dos adolescentes portadores de deficiências; (...)224

Assim sendo, fica claro que a constituição de 1988 adotou este conceito dinâmico e positivo do princípio da isonomia. Uma vez que este não mais se caracteriza por ser um dever social negativo, ao contrário, representa uma obrigação positiva (uma discriminação com o objetivo de gerar equidade) que tem nas Ações Afirmativas a sua forma de expressão democrática mais atualizada.225

Neste sentido entende também Sérgio Martins, que analisa:

“Constituição de 1988 inaugurou na tradição constitucional brasileira o reconhecimento da condição de desigualdade material vivida por alguns setores e propõe medidas de proteção, que implicam a presença positiva do Estado. (..) Para além da igualdade formal, a Magna Carta estabeleceu no seu texto a possibilidade do tratamento desigual para pessoas ou segmentos historicamente prejudicados nos exercícios de seus direitos fundamentais”226

3. AS COTAS RACIAIS

3.1 A ligação entre as Ações Afirmativas e o racismo no Brasil.

Ao analisar a conceituação e importância das Ações Afirmativas sob o olhar de renomados autores, é possível que se faça uma conexão entre estas e o tema desenvolvido no primeiro capítulo deste trabalho: a discriminação racial no Brasil. Isto porque, conforme exposto, as políticas públicas em questão consistem uma forma de concretização do princípio da igualdade material, que se dá através do combate às discriminações existentes na sociedade.

224 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 19 de outubro de 2016.

225 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v.3, n.11, jan./mar. 2003. Pg29 à 35.

226 MARTINS, S. da S. *Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil*. Estudos Feministas. IFCS/ UFRJ-PPCIS/Uerj, v. 4, n.1, p.202-208, 1996. Pg 206

Desta forma, ao retomarmos a discussão sobre o tratamento reservado aos negros desde sua chegada ao Brasil (por meio do tráfico negreiro, passando pelos anos de escravidão e pelo silenciamento do racismo diante do mito da democracia racial), percebemos que este teve como consequência a fragmentação racial da sociedade. Em resumo, as posições sociais de maior prestígio têm sido historicamente reservadas aos indivíduos brancos, enquanto as subalternas cabem prioritariamente aos descendentes de africanos. Estando claro que se trata de situação em que a população negra por constituir grupo mais vulnerável e em posição de desvantagem na sociedade deve ser tratada de forma diferenciada, a fim de que se neutralizem as desigualdades materiais até então existentes.

Isto é, estamos diante da necessidade de implantação do já trabalhado conceito de discriminação positiva, uma vez que em mais de 100 anos, a sociedade brasileira ainda não foi capaz de pôr fim ao racismo e as desigualdades de oportunidades entre as raças. Pelo contrário, a tendência social no Brasil tem sido a manutenção dos privilégios brancos.

Neste sentido, considerando que as universidades públicas são centros de poder responsáveis por formar pensadores e profissionais aptos a ocupar altas posições sociais, não restam dúvidas quanto à necessidade de inserção da população negra neste ambiente. O que em décadas, a exemplo do que aconteceu nos Estados Unidos da América, possivelmente resultará na formação de uma classe de pensadores negros, bem-sucedidos profissionalmente e devido à boa formação acadêmica, capazes de exercer suas funções com olhares críticos. Inequivocamente, a formação desta classe contribuiria de maneira significativa no combate as discriminações raciais.

Na mesma linha de pensamento segue Flávia Piovesan ao afirmar:

“Ora, se a raça e etnia no país sempre foram critérios utilizados para excluir os afro- descendentes, sejam hoje utilizados para, ao revés, incluí-los (...)

Isso faz com que as universidades sejam territórios brancos. Note-se que a universidade é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para ascensão social. É necessário democratizar o poder e, para isso, há que se democratizar o acesso ao poder, vale dizer, o acesso ao passaporte universitário”²²⁷

²²⁷ PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui. vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. Pg 9.

3.2 Cotas Raciais no Rio de Janeiro

Conforme demonstrado anteriormente, o Brasil já adota políticas de Ações Afirmativas há certo tempo, contudo no Rio de Janeiro, somente no ano 2000 estas medidas passaram a ser adotadas com o objetivo de oportunizar a entrada de um maior número de negros nas universidades públicas do estado, buscando-se assim, alterar uma realidade secular: a quase ausência de alunos negros dentro das universidades públicas.²²⁸

A primeira instituição a adotar cotas raciais foi a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em um primeiro momento estabelecendo a reserva de vagas para alunos que tivessem cursado de forma integral, o ensino fundamental e médio em escolas públicas municipais ou estaduais (Lei nº 3524 de 2000). E posteriormente, no ano de 2001, indo ainda mais longe, uma vez que por meio da Lei no 3708/01, a UERJ passou a reservar o mínimo de 40% de suas vagas e da UENF (Universidade Estadual do Norte Fluminense) para estudantes negros e pardos.²²⁹

Tal norma sofreu regulamentação pelo Decreto 30766/2002, responsável por estabelecer: que a autodeclaração seria a forma de identificação racial a ser adotada, que caberia às próprias universidades definirem autonomamente os critérios mínimos no que diz respeito à qualificação para habilitação à concorrência das vagas reservadas às cotas e que as vagas reservadas que não viessem a ser preenchidas deveriam ser, em primeiro lugar, cedidas a negros e pardos, de origem escolar que houvessem sido qualificados para ingressar na universidade.

Todavia, as leis 3524/2000 e 3708/2001 foram consideradas inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sob o argumento de que o percentual de reserva de vagas estabelecido pelas normas seria desproporcional.²³⁰

Em decorrência disso, foi aprovada a lei 4151 em setembro de 2003, revogando as duas anteriores, portanto pondo fim ao controle de constitucionalidade abstrato de competência do TJRJ, já que aquele deixou de ter objeto. A nova norma realizou algumas

228 PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e LIMA, Kamila Sousa. *As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013)*. O Social em Questão - Ano XVII - no 32 - 2014. Pg 22

229 PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e LIMA, Kamila Sousa. *As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013)*. O Social em Questão - Ano XVII - no 32 - 2014. Pg 22

230 PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e LIMA, Kamila Sousa. *As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013)*. O Social em Questão - Ano XVII - no 32 - 2014. Pg 23

mudanças com relação às anteriores, especialmente no que diz respeito à ampliação do rol dos beneficiários da política de cotas.

Em 2007, nova lei foi aprovada, a lei 5074 que ampliava ainda mais o rol de beneficiários da política de cotas, passando a incluir também filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço. Entretanto, a norma que mais trouxe avanços para a reserva de vagas para negros em universidades no Estado do Rio de Janeiro foi a Lei 5346 de 2008, que estipulou prazo de 10 anos de vigência para o sistema de cotas.

De acordo com Thula Rafaela de Oliveira Pires e Kamila Sousa Lima

“Houve avanço não apenas no acesso à universidade mas incentivos à permanência do aluno com a obrigação do Estado proporcionar a inclusão social dos estudantes cotistas e seu ingresso no mercado de trabalho através de algumas medidas como: pagamento de bolsa-auxílio durante o curso universitário, reserva de vagas na administração direta e indireta, instituição de programas específicos de crédito, entre outros.”²³¹

Nos anos de 2013 e de 2014 foram editadas novas normas. A lei 6434/2013 foi responsável por estabelecer pelo prazo de cinco anos, o sistema de cotas étnico-racial no acesso ao Instituto de Aplicação Fernando Rodrigues da Silva (CAP-UERJ). Já a lei 5695/2014 se encarregou de estipular dentro do município do Rio de Janeiro, a reserva de cargos e empregos para negros e índios em concursos públicos da administração direta e indireta no que diz respeito aos quadros permanentes de pessoal.²³²

Ressalta-se que no Rio de Janeiro, as cotas não são uma exclusividade das universidades e escolas estaduais. Isto porque, as universidades federais do estado, ao adotarem o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) como processo seletivo de futuros alunos, se submetem a Lei nº 12.711/2012 que garante a reserva de 50% das matrículas por curso e turno para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Sendo metade das vagas reservadas destinadas a estudantes de escolas

²³¹ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e LIMA, Kamila Sousa. *As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013)*. O Social em Questão - Ano XVII - no 32 - 2014. Pg 23

²³² PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e LIMA, Kamila Sousa. *As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013)*. O Social em Questão - Ano XVII - no 32 - 2014. Pg 25

públicas com renda familiar bruta igual ou inferior a um salário mínimo e meio per capita e metade para estudantes de escolas públicas com renda familiar superior a um salário mínimo e meio. Em ambos os casos, também será levado em conta percentual mínimo correspondente ao da soma de pretos, pardos e indígenas no estado, de acordo com o último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

3.3 Os argumentos contrários às cotas

Em uma sociedade comprovadamente racista, qualquer proposta que vise à inclusão social dos marginalizados e o fim de privilégios brancos consagrados durante séculos, por óbvio não seria aceita de maneira unânime. Foi assim nos Estados Unidos, onde grande parte da sociedade rejeitou as Ações Afirmativas desde a sua proposição e tem sido assim também no Brasil.

De modo que ao longo dos anos, houve popularização de diversos argumentos contrários às cotas raciais. Não por acaso, muitos desses argumentos foram elaborados por importantes juristas, políticos dentre outros ocupantes de cargos há séculos reservados a pessoas de uma mesma cor e padrão social.²³³

Estes privilégios históricos constituem o sistema de supremacia branca, nas palavras de Thula Rafaela de Oliveira Pires e Caroline Lyrio Silva:

“sistema de supremacia branca (*white-over-color ascendancy*) ou sistema de convergência de interesses ou determinismo material que faz com que o racismo, de um lado, implique na subalternização e destituição material e simbólica dos bens sociais que geram respeito e estima social aos negros – ciclo de desvantagens –, de outro, coloque os brancos imersos em um sistema de privilégios assumido como natural.”²³⁴

Além da manutenção da supremacia branca, outro pensamento social que serve de base para a argumentação contrária às cotas tem fundamento na naturalização das discriminações raciais. Já que esta referida estrutura social discriminatória na qual, negros historicamente ocupam posição subalternas enquanto brancos ocupam os

233 MUNANGA, Kabengele. *Política de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil: Um ponto de vista em defesa de Cotas*. Sociedade e Cultura, v.4, n2 (jul/dez 2001). Pg 32

234 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 66.

espaços de poder, não mais é vista como anormal, uma vez que tem sido a realidade social brasileira há séculos. 235

Isto é, desde o dia 13 de maio de 1888, quando os africanos e seus descendentes, a despeito da liberdade recém-conquistada, foram deixados à própria sorte por seus ex-senhores, criou-se a mais baixa classe de nossa sociedade, esta que mesmo após mais de 100 anos, ainda possui as mesmas características: negra, extremamente pobre, de baixa escolaridade, vítima de racismo e com baixíssimas chances de mobilidade.

Dado que esta tem sido a realidade de nosso país há muitos anos, para boa parte da sociedade trata-se de algo natural, de forma que o fato de que são notoriamente negras as populações carcerárias, moradoras de comunidades carentes e marginalizadas, ainda não é vista como uma forma de expressão do racismo por todos os brasileiros. Em suma, a discriminação racial está enraizada, não sendo mais percebida, pois se trata de uma prática excessivamente reiterada.

Esta falsa percepção da realidade tem uma íntima ligação com a crença em conceitos ultrapassados, já superados por esse trabalho com a ajuda da Teoria Crítica da Raça, como a meritocracia e a cegueira da cor. 236

Deste modo, embasa-se na meritocracia grande parte das críticas à política de reserva devagas para negros em universidades públicas. Posto que os defensores deste conceito rejeitam a hipótese segundo a qual, o sucesso dos alunos ao passar pelo crivo do vestibular está diretamente ligado as oportunidades que estes obtiveram no que tange ao acesso a um ensino fundamental e médio de qualidade. Para aqueles que defendem esta posição, apesar das grandes diferenças de oportunidades de estudo entre os estudantes de ensino médio, o acesso à universidade dependeria única e exclusivamente do esforço pessoal de cada um. 237

235 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65

236 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 66

237 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 66.

Tal argumento é devidamente refutado por Thula Rafaela de Oliveira Pires e Caroline Lyrio Silva, que afirmam:

“O conceito de meritocracia, no mesmo sentido, vai forjar a ideia de que, em âmbito institucional principalmente, o critério de definição dos papéis sociais seja o mérito. Defende-se portanto a possibilidade de aferição descontextualizada e objetiva de competências e aptidões. Nessa chave de leitura, a ausência das minorias raciais dos espaços institucionais seria apenas o reflexo da distribuição desigual das “qualidades”/oportunidades e não fruto de um racismo estrutural/institucional. Todas as questões envolvendo o processo seletivo e os critérios que informaram a definição dos tais critérios objetivos são invisibilizadas e mais uma vez reforçada a crença na universalidade e neutralidade das sociedades modernas.”²³⁸

Outro posicionamento que se contrapõe a política de reserva de vagas para negros nas universidades públicas deriva de segundo conceito também já combatido pelo presente trabalho: a democracia racial, de acordo com a qual não existiria racismo no Brasil em decorrência da harmonia entre as raças.

Contudo, com o passar dos anos, o argumento que nasceu da falaciosa afirmativa sobre o bom relacionamento entre negros e brancos se modificou, de forma que a harmonia não teria deixado de existir, contando agora com novo aliado: o alto grau de miscigenação da população brasileira, o que faria do Brasil um país de mestiços e consequentemente desprovido de diferenciações entre as raças.

Assim, seria impossível a concretização da política de cotas para negros nas universidades, uma vez que separar os indivíduos entre brancos e negros consistiria em uma tarefa quase impossível, podendo inclusive culminar em fraudes. Este argumento é afastado de forma inequívoca por Kabengele Munanga:

“Em primeiro lugar, não acredito que todos os alunos brancos pobres possam cometer esse tipo de fraude para ingressar na universidade pública, por causa da força do ideal do branqueamento ainda atuante no imaginário coletivo brasileiro. Um racista essencialista, psicologicamente convencido da superioridade de sua ‘raça’, não troca de campo com tanta facilidade. Muitos não aceitarão a troca, em

238 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 66.

nome do chamado orgulho da raça. Conscientes dessa dificuldade, alguns recorrem aos falsos princípios de democracia, advogando a introdução de uma flagrante injustiça contra brancos pobres se o Brasil adotar cotas em favor da maioria de negros pobres. Se for fácil identificar os alunos brancos pobres, por que o seria tão difícil para os alunos negros pobres? Em segundo lugar, a identificação é uma simples questão de autodefinição, combinando os critérios de ascendência politicamente assumida com os critérios de classe social. Isso tem sido o critério ultimamente utilizado até pelos pesquisadores e técnicos do último recenseamento do IBGE. Ele vale tanto para os brancos quanto para os negros e para os chamados amarelos. Não vejo necessidade em recorrer seja ao exame da árvore genealógica dos autodeclarados negros, seja ao exame científico por meio do teste de DNA. Se for constatado depois de algum tempo de experiência que a maioria de alunos pobres falsificados pela política de cotas é composta de alunos brancos pobres falsificados em negros, será então necessário reavaliar os critérios até então adotados. De qualquer modo, os recursos investidos não seriam perdidos, pois teriam sido aproveitados por um segmento da população que também necessita de políticas públicas diferenciadas. Uma definição pelos critérios científicos dificultaria qualquer proposta de ação afirmativa em benefício de qualquer segmento, pois muitos que se dizem negros podem ser portadores dos marcadores genéticos europeus. Também muitos dos que se dizem brancos podem ser portadores dos marcadores genéticos africanos. O que conta no nosso cotidiano ou que faz parte de nossas representações coletivas do negro, do branco, do índio, do amarelo e do mestiço não se coloca no plano do genótipo, mas sim do fenótipo, num país onde, segundo Oracy Nogueira, o preconceito é de marca e não de origem.²³⁹

Uma segunda argumentação refutada por Munanga consiste na contraditória tentativa de justificação do posicionamento contrário as cotas, não como uma forma de manutenção da sociedade discriminatória que vivemos até hoje no Brasil, mas como uma estratégia de proteção da população negra. Pois ao fazer uso das cotas, esta passaria a sofrer ainda mais com o racismo, já que seria vista como uma população composta por pessoas

²³⁹ MUNANGA, Kabengele. *Política de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil: Um ponto de vista em defesa de Cotas*. Sociedade e Cultura, v.4, n2 (jul/dez 2001). Pg 36 e 37.

de menor capacidade intelectual, causando assim um prejuízo ao orgulho e a dignidade negra. Quanto a isto explica Munanga:

“A política de cotas raciais poderia prejudicar a imagem profissional dos funcionários, estudantes e artistas negros, porque eles serão sempre acusados de ter entrado por uma porta diferente. Ou seja, no momento das grandes concorrências, as cotas poderiam perigosamente estimular os preconceitos. Pior ainda, sob o pretexto de favorecer materialmente uma população desfavorecida, essa política pode prejudicar os valores mais respeitáveis: o orgulho e a dignidade da população negra. Contra esse tipo de argumento, eu diria que ninguém perde seu orgulho e sua dignidade ao reivindicar uma política compensatória numa sociedade que, por mais de quatrocentos anos, atrasou seu desenvolvimento e prejudicou o exercício de sua plena cidadania. Desde quando a reparação dos danos causados por séculos de discriminação prejudica a dignidade e o orgulho de uma população? Os judeus têm vergonha em reivindicar a indenização das vítimas do Holocausto? Onde estão o orgulho e a dignidade de uma sociedade que continua a manter em condições de desigualdade gritante um segmento importante de sua população e que durante muitos anos continuou a se esconder atrás do manto da democracia racial? As cotas não vão estimular os preconceitos raciais, pois estes são presentes no tecido social e na cultura brasileira. Discriminar os negros no mercado de trabalho pelo fato de eles terem estudado graças às cotas é simplesmente deslocar o eixo do preconceito e da discriminação presentes na sociedade e que existem sem cotas ou com cotas. Mas uma coisa é certa, os negros que ingressarão nas universidades públicas de boa qualidade pelas cotas terão, talvez, uma oportunidade única na vida: receber e acumular um conhecimento científico que os acompanhará no seu caminho da luta pela sobrevivência. Apesar dos preconceitos que persistirão ainda por muito tempo, eles serão capazes de se defender melhor no momento das grandes concorrências e nos concursos públicos, exibindo um certo conhecimento que não dominavam antes. Abrirão com facilidade algumas portas, graças a esse conhecimento adquirido. A história da luta das mulheres ilustra melhor o que seria o futuro dos negros. A discriminação contra elas não foi totalmente desarmada, mas elas ocupam cada vez mais espaços na sociedade não porque os homens se tornaram menos machistas e mais tolerantes, mas porque, justamente graças ao conhecimento adquirido, elas demonstram

competência e capacidade que lhes abrem as portas que antigamente estavam fechadas. O racismo contra negros não recuou nos Estados Unidos. Mas hoje, graças ao conhecimento adquirido com cotas, eles tiveram uma grande mobilidade social, jamais conhecida antes.”²⁴⁰

3.4 A Constitucionalidade das Cotas

A despeito da clara preocupação do constituinte de 1988 com a igualdade material, o quenotoriamente legítima a criação de políticas de discriminações positivas, partiu de importantes juristas o argumento de acordo com o qual a reserva de vagas para negros em universidades públicas estaria em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo as leis que a regulamentavam inconstitucionais. Tal alegação se colocava no sentido de que ao propor tratamento diferenciado àqueles que foram marginalizados por tantos anos, não se estaria buscando combater um privilégio secular, mas sim consagrar um novo.

Contudo, tal argumentação foi afastada não só por pensadores, estudiosos e juristas, mas também pela Suprema Corte brasileira, que se posicionou pela constitucionalidade da reserva de vagas para negros em universidades públicas, fixando assim importante precedente judicial. Tal posicionamento se deu no julgamento sobre a política de instituição de cotas raciais pela Universidade de Brasília (UnB), no qual STF considerou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada pelo partido Democratas (DEM).

No julgamento realizado em abril de 2012, os ministros acompanharam por unanimidade o voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, segundo o qual as cotas da UnB não se mostravam desproporcionais ou irrazoáveis. O ministro considerou que a regra tem o objetivo de superar distorções sociais históricas, empregando meios marcados pela proporcionalidade e pela razoabilidade.

Vejamos o acórdão:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I,

²⁴⁰ MUNANGA, Kabengele. *Política de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil: Um ponto de vista em defesa de Cotas*. Sociedade e Cultura, v.4, n2 (jul/dez 2001). Pg 40 e 41.

207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer

e incorporar à sociedade mais amplavalores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgar totalmente improcedente a arguição. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli.” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186; Relator: DES. Ricardo Lewandowski ; Data do Julgamento: 26/04/2012.241

3.5 Os efeitos da política de cotas

As cotas raciais já são uma realidade nacional há mais de uma década, tendo a primeira lei que disciplinava este assunto no Rio de Janeiro, sido aprovada já no ano 2000 de forma pioneira pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Logo, passados 16 anos, são notórias as modificações impostas por esta política, não só dentro das universidades, mas na sociedade como um todo.

Os avanços iniciados pela UERJ no combate ao racismo estrutural dentro das universidades ganharam nova força através da Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012,

241 ADPF 186 Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 26/04/2012.

¹²³Dados do Ministério da Educação. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/11/cotas-elevam-presenca-de-negros-nas-universidades-federais>.

conhecida como lei das cotas (reserva 50% das vagas em todos os cursos nas instituições federais de ensino superior levando em conta critérios sociorraciais). De acordo com dados do Ministério da Educação, em decorrência desta lei, em três anos, 150 mil negros ingressaram em universidades públicas por meio do sistema de cotas.¹²³

Ainda de acordo com o Ministério da Educação, houve significativo crescimento do percentual de negros e pardos entre 18 e 24 anos que cursavam ou haviam concluído o ensino superior. De forma que, em 1997 este percentual era de 1,8 % para negros e 2,2% para pardos, enquanto que no ano de 2013 tais números subiram para 8,8 % e 11% respectivamente.²⁴²

Tais porcentagens são de extrema importância para o presente estudo por duas razões distintas. A primeira é a retratação em números do racismo estrutural e da supremacia branca²⁴³ dentro do mundo acadêmico, uma vez que comprovam quanto os processos seletivos de ingresso em universidades públicas tem servido a excluir estudantes de descendência africana, admitindo quase que em grau de exclusividade candidatos brancos. Desta forma, está claro que as universidades historicamente têm sido ambientes brancos onde jovens negros, mesmo após o sistema de reserva de vagas ainda são uma minoria que não corresponde sequer a 10 % dos universitários.

A segunda razão consiste no fato de que por menor que ainda seja o número de universitários negros no Brasil, é inegável o avanço propiciado pelas cotas raciais. Neste sentido, ao modificar um percentual de 1,8% para 8,8 % em um período de três anos, evidencia-se a eficiência desta política como forma de discriminação positiva, sendo inquestionável a sua contribuição no combate ao racismo, uma vez proporciona a população de descendência africana, uma ocupação gradual de espaços secularmente reservados de maneira quase exclusiva aos brancos.

Não obstante, é importante lembrar que a supremacia branca²⁴⁴ e o racismo estrutural têm sido enraizados em nosso país desde o tráfico negreiro e no caso específico do ensino superior, desde o último século. Por esta razão, analisando o racismo universitário como um todo, os últimos 16 anos (desde a primeira lei de cotas no ano de 200) ainda

242 Dados do Ministério da Educação. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/11/cotas-elevam-presenca-de-negros-nas-universidades-federais>.

243 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 66

244 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 66 e 67.

representam pouquíssimo tempo. Desta forma, os avanços demonstrados pelo Ministério da Educação devem ser encarados apenas como resultados a curtíssimo prazo, já que se trata de questão secular.

Assim, a fim de realizar projeção sobre as mudanças que este tipo de ação afirmativa fará em nossa sociedade, passemos a análise do caso estadunidense, onde estas já são uma realidade desde a década de 1960 e produziram um considerável resultado. São exemplos disso: o crescimento da classe média afro-americana, a presença de negros no Congresso Nacional e nas Assembléias Estaduais, o aumento de estudantes negros nos liceus e nas universidades, de advogados, professores e médicos e demais profissionais de origem africana em diversos setores da sociedade norte-americana.

Deste modo, precisamos considerar as distinções entre as duas sociedades em questão, entretanto, com base nos mencionados resultados apresentados em decorrência das cotas raciais estadunidenses, é cabível que imaginemos dentro de 40 anos, um crescimento da classe média afro-brasileira, o que consequentemente ocasionaria uma quebra da supremacia branca através da representatividade, já que teríamos um considerável número de negros ocupando cargos sociais importantes.²⁴⁵

4. OS COLETIVOS NEGROS UNIVERSITÁRIOS

4.1 As cotas raciais e o racismo epistemológico

O racismo epistemológico pode ser compreendido como a militância realizada por pesquisadores e alunos com o objetivo impedir ou dificultar a integração de sujeitos de cor ao meio acadêmico, de forma que se evite o surgimento de pesquisas capazes de dar voz às questões e debates de grupos raciais que não sejam brancos.²⁴⁶ Assim, este tipo de discriminação se expressa, por exemplo, por meio da grande maioria de epistemologias de pesquisa da atualidade, já que estas partem de premissas eurocêntricas e, portanto servem a dar expressão e valorizar somente a raça dominante.²⁴⁷

²⁴⁵ MUNANGA, Kabengele. *Política de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil: Um ponto de vista em defesa de Cotas*. Sociedade e Cultura, v.4, n2 (jul/dez 2001). Pg 32.

²⁴⁶ TORRES, Nelson Maldonato. *PENSAMENTO CRÍTICO DESDE A SUBALTERIDADE: OS ESTUDOS ÉTNICOS COMO CIÊNCIAS DESCOLONIAIS OU PARA A TRANSFORMAÇÕES DAS CINÊNCIAS SOCIAIS NO SÉCULO XXI*. Afro-Ásia, 34 (2006). Pg 120.

²⁴⁷ SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 69

Ao analisarmos a porcentagem mínima de estudantes de cor dentro das universidades públicas brasileiras, aliada a resistência branca ao sistema de cotas raciais como uma forma de inserção das populações de descendência africana no ensino superior de qualidade, podemos perceber de forma clara a existência do racismo epistemológico dentro destas instituições. O que se torna notório não só pelo desenvolvimento de pesquisas com argumentação social e jurídica contrária à reserva de vagas, mas principalmente pelas discriminações raciais sofridas por universitários que fizeram uso do sistema de cotas.

Tal forma de expressão racista já foi objeto de pesquisas empíricas realizadas em Santa Catarina²⁴⁸ e no Rio de Janeiro²⁴⁹, nas quais estudantes negros relataram sofrer discriminação dentro de universidades públicas na porcentagem de 60% e 75% respectivamente. Tais pesquisas demonstraram ainda que os alunos que tiveram acesso ao ensino superior através de ações afirmativas são vítimas mais frequentes da exclusão social, bem como de comentários jocosos de cunho racista.

O que evidencia a fortíssima ligação entre a política de cotas e o racismo epistemológico. Isto porque este tipo de ação afirmativa possibilita a inserção da população negra em um meio secularmente reservado aos brancos, de forma que a resposta do grupo dominante tem sido a discriminação racial.

O que não significa dizer que a política de cotas foi responsável por inaugurar o preconceito racial nestas instituições. Esta política serviu apenas a dar mais evidência ao problema, uma vez que com a presença de um maior número de estudantes de cor possibilita-se consequentemente um maior índice de episódios racistas.

Tais incidentes normalmente se dão por meio de brincadeiras e piadas que a despeito de constrangerem as vítimas, são aceitas no meio social (enraizamento da discriminação).²⁵⁰ Por conseguinte, o ambiente universitário finda por se tornar hostil aos

248 ZUNINO, Luíza Maria da Rocha, BASTOS, João Luiz Dornelles, COELHO, Isabela Zeni e MASSIGNAM, Fernando Mendes. *A Discriminação No Ambiente Universitário: Quem, Onde E Por Quê? Sau. & Transf. Soc., ISSN 2178-7085, Florianópolis, v.6, n.1, 2016. Pg 24.*

249 BASTOS, João Luiz et al. *Discriminación explícita y salud: desarrollo y propiedades psicométricas de un instrumento*. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 46, n. 2, p. 269-278, Apr. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102012000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Nov. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102012000200009>.

250 BASTOS, João Luiz et al. *Discriminación explícita y salud: desarrollo y propiedades psicométricas de un instrumento*. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 46, n. 2, p. 269-278, Apr. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102012000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Nov. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102012000200009>. Pg 28 à 38.

estudantes negros que sofrem também com o racismo estrutural representado pela sensação de não pertencimento ao grupo ou não identificação com os demais, uma vez mesmo depois do sistema de cotas, as instituições em questão não deixaram de ser um universo predominantemente branco.

4.2 Formação e atuação dos coletivos negros

As cotas raciais propiciaram uma presença negra nas universidades públicas que historicamente jamais existiu. Contudo, a pluralidade cultural e o convívio com as minorias, não parece ter criado nos demais alunos um sentimento de igualdade e respeito às diferenças, ao contrário, o que tem sido relatado é uma forte ocorrência de diferentes episódios racistas, seja por meio da exclusão social dos alunos cotistas, seja pelas reiteradas “brincadeiras” de cunho discriminatório.²⁵¹

Deste modo, para os estudantes ingressantes pelas políticas de ações afirmativas, o convívio social do meio universitário é extremamente penoso. Não somente pelas referidas “brincadeiras”, mas também pelo racismo estrutural, isto é, não existe significativa representação negra na universidade, nem no corpo docente, nem no alunato, o que é capaz de gerar uma sensação de não pertencimento.

Assim sendo, começaram a surgir, a partir do ano de 2013, os chamados coletivos negros, com o objetivo de reunir estudantes de cor para discutir o tema do racismo dentro da universidade, formando estratégias de combate e proteção. Tais grupos são de extrema importância também no que diz respeito à inclusão social, uma vez que através deles permite-se aos estudantes que não mais se sintam deslocados e sim parte da universidade.

Estes grupos constituem um dos braços do movimento negro, já que por meio da união, significam uma forma de resistência aos racismos epistemológico e estrutural. Isto porque, os membros dos coletivos compartilham entre si uma identificação (inexistente para com os demais estudantes), uma vez enfrentam as mesmas questões e dificuldades em seus cotidianos. Desta forma, por meio de princípios como a valorização do próximo, o respeito, a horizontalidade e a ideia de comunidade, estes alunos se ajudam mutuamente no sentido de tornar o meio universitário cada vez mais acolhedor.

Portanto, é incontroversa a importância dos grupos em questão no que diz respeito à formação de uma base de apoio aos estudantes negros, servindo como fonte

²⁵¹ ZUNINO, Luíza Maria da Rocha, BASTOS, João Luiz Dornelles, COELHO, Isabela Zeni e MASSIGNAM, Fernando Mendes. *A Discriminação No Ambiente Universitário: Quem, Onde E Por Quê?* Sau. & Transf. Soc., ISSN 2178-7085, Florianópolis, v.6, n.1, 2016. Pg 26.

de resistência e encorajamento no combate ao preconceito vivido de forma pessoal por cada um. No entanto, tais agrupamentos também têm como objetivo contrapor-se ao racismo estrutural, promovendo rodas de debates e palestras sobre temas como: seletividade do sistema penal, genocídio da população negra, formas de segregação e mecanismos de políticas de inclusão.

Ao debater tais temas, os coletivos prestam importante função social, tornando visíveis problemas que sempre existiram, mas nunca tiveram grande espaço de discussão dentro do meio acadêmico. Ademais, há que se ressaltar a grande relevância das intervenções realizadas pelos membros dos grupos em questão quando diante de um episódio discriminatório, o que serve a demonstrar que alunos negros hoje não estão mais sozinhos no universo estudantil, ao contrário, estão unidos, organizados e conscientizados, de modo que, o racismo não mais será tolerado em qualquer uma de suas formas de expressão.

4.3 Autores e Temas debatidos

Um dos fatores que diferenciam os coletivos negros é o embasamento teórico. Uma vez que se trata de grupo formado por estudantes universitários, estes procuram entender a história e cultura africana, bem como os diversos temas que compreendem o racismo, através do estudo de importantes autores da metodologia colorida, muitos deles utilizados na pesquisa de presente trabalho, tais como: Ana Luiza Flauzino, Abdias Nascimento, Marcus Garvey, Lélia Gonzáles, Franz Fanon e Kabengele Munanga.

Desta forma, seus integrantes, além de conhecerem o preconceito racial a partir de suas próprias experiências pessoais e, portanto, terem legitimidade para protagonizar a luta, também possuem alto olhar crítico proveniente do estudo teórico, já que se propõem a estudar e discutir sobre obras de autores de cor, que partindo de um ponto de vista negro, resgatam a memória de seu povo por meio da análise e estudo de sua trajetória de resistência e luta.²⁵²

4.a- A Lélia Gonzales: feminismo negro e *amefricanidade*.

Lélia Gonzales é uma das autoras cuja obra serve de fundamentação para as reuniões dos coletivos. Isto porque seus textos tratam de temas como discriminação racial e machismo a partir da vivência e pesquisa negra, rejeitando as concepções pré-estabelecidas por meio do olhar eurocentrista.

²⁵² SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 74.

A autora trata sobre feminismo negro com excelência, de modo que as suas premissas e conclusões são utilizadas nas discussões sobre o tema dentro das universidades, além de servirem como argumento legitimador de intervenções e ações diretas no combate ao machismo sofrido de forma específica pelas mulheres negras. Já que estas, segundo Lélia, padecem com os efeitos violentos da associação entre o racismo e o sexismo.²⁵³

Com o objetivo de aprofundar o tema em questão, Gonzales propõe uma análise das noções de mulata e doméstica:

“Pelo que os dois textos dizem, constatamos que o engendramento da mulata e da doméstica se fez a partir da figura da mucama. E, pelo visto, não é por acaso que, no Aurélio, a outra função da mucama está entre parênteses. Deve ser ocultada, recalcada, tirada de cena. Mas isso não significa que não esteja aí, com sua malemolência perturbadora. E o momento privilegiado em que sua presença se torna manifesta é justamente o da exaltação mítica da mulata nesse entre parênteses que é o carnaval.

Quanto à doméstica, ela nada mais é do que a mucama permitida, a da prestação de bens e serviços, ou seja, o burro de carga que carrega sua família e a dos outros nas costas. Daí, ela ser o lado oposto da exaltação; porque está no cotidiano. E é nesse cotidiano que podemos constatar que somos vistas como domésticas. Melhor exemplo disso são os casos de discriminação de mulheres negras da classe média, cada vez mais crescentes. Não adianta serem “educadas” ou estarem “bem vestidas” (afinal, “boa aparência”, como vemos nos anúncios de emprego é uma categoria “branca”, unicamente atribuível a “brancas” ou “clarinhas”).”²⁵⁴

Gonzales também faz importante reflexão sobre a ligação direta existente entre as formas de manifestação do sexismo, cor e classe social. Estabelecendo que as mulheres habitantes de periferias estão mais expostas ao machismo e a culpabilidade branca, isto porque trabalham prestando serviços subalternos como o de doméstica, sendo muitas

253 GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, Rio de Janeiro. Pgs 224.

254 GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, Rio de Janeiro. Pg 230.

vezes as únicas responsáveis pela casa e pelos filhos, já que seus companheiros são sistematicamente tidos como objeto de perseguição policial. 255

Lélia também discute outros temas importantes, como a crítica ao eurocentrismo através da criação de uma categoria político-cultural, a *amefricanidade*, que se baseia nas experiências negras fora do continente africano. Esta categoria propõe o estudo da África a partir da análise da cultura e história de vida de seus descendentes no continente americano como um todo, rompendo assim com barreiras territoriais, linguísticas e ideológicas. Analisando também, de maneira *afrocentrada*, as dinâmicas sociais de adaptação e resistência do povo negro no novo mundo. 256

Nas palavras de Lélia Gonzales:

“As implicações políticas e culturais da categoria *amefricanidade* (“Amefricanity”) são, de fato, democráticas; exatamente porque o próprio termo nos permite ultrapassar as limitações de caráter territorial, linguístico e ideológico, abrindo novas perspectivas para um entendimento mais profundo dessa parte do mundo onde ela se manifesta: A AMÉRICA e como um todo (Sul, Central, Norte e Insular). Para além do seu caráter puramente geográfico, a categoria de *Amefricanidade* incorpora todo um processo histórico de intensa dinâmica cultural (adaptação, resistência, reinterpretação e criação de novas formas) que é afrocentrada, isto é, referenciada em modelos como: a Jamaica e o akan, se modelo dominante; o Brasil e seus modelos yourubá, banto e ewe-fon.”²⁵⁷

4.3-b Abdias Nascimento

Um segundo autor cuja obra é grande influenciadora dos coletivos negros é Abdias Nascimento, que além de renomado autor (dos livros *Sortilégio*, *Dramas para negros* e *prólogo para brancos*, *O negro revoltado* entre outros) foi também importante ativista e político, tendo sido um dos membros fundadores da Frente Negra Brasileira em 1931, criador do Teatro Experimental do Negro no ano de 1944, secretário de Defesa da

255 GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, Rio de Janeiro. Pg 231.

256 GONZALEZ, Lélia. *A categoria político-cultural de amefricanidade*. In *Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro: no92/93 (jan./jun.). 1998, Pgs 69-82

257 GONZALEZ, Lélia. *A categoria político-cultural de amefricanidade*. In *Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro: no92/93 (jan./jun.). 1998, Pgs 76 e 77.

Promoção das Populações Afro-Brasileiras do Rio de Janeiro, deputado federal e posteriormente senador da República.

Indubitavelmente, uma das maiores contribuições de Abdias para a causa negra foi o Teatro Experimental do Negro (TEN), um projeto que visava fazer desta arte um lugar de debates e propostas no qual se combatessem as ideias opressivas e discriminatórias da elite, que exprimia seu racismo de forma ostensiva nos palcos, seja reservando apenas papéis cômicos e humilhantes a atores negros, seja pintando atores brancos com tinta preta para que interpretassem personagens de origens africanas.²⁵⁸

Desta forma, o TEN tinha como objetivos o combate ao racismo nas artes e a valorização social das pessoas de cor. Além de denunciar os equívocos dos chamados “estudos afro- brasileiros” (desenvolvidos por brancos com o objetivo de explicar a cultura e história africana), incentivando que partisse do próprio negro a consciência da situação objetiva em que se inseria.

Sobre os objetivos do TEN, afirma Nascimento:

“Dentro desse objetivo, o TEN propunha-se a combater o racismo, que em nenhum outro aspecto da vida brasileira revela tão ostensivamente sua impostura como no teatro, na televisão e no sistema educativo, verdadeiros bastiões da discriminação racial à moda brasileira. No exterior, a elite brasileira propagandeia uma imagem tão distorcida da nossa realidade étnica que podemos classificá-la como uma radical deformação. Essa elite se auto-identifica exclusivamente como branco-européia. Em contrapartida, escamoteia o trabalho e a contribuição intelectual e cultural do negro ou invoca nossas “origens africanas” apenas na medida de interesses imediatos, sem entretanto modificar sua face primeiramente euro- péia na representação do país no mundo todo. Da mesma forma, a cultura “brasileira” articulada pela mesma elite eurocentrista invoca da boca para fora a “contribuição cultural africana”, enquanto mantém

258 NASCIMENTO, Elisa Larkin. *Teatro Experimental do Negro: trajetória e reflexões*. Estudos Avançados n18(50), ano de 2004. Pg 221.

inabalável a premência de sua identificação e aspiração aos valores culturais europeus e/ou norte-americanos.”²⁵⁹

Outra grande colaboração de Abdias foi a categoria histórico-cultural do *quilombismo*, segundo a qual os quilombos seriam centros de resistência física e cultural de africanos, que assumindo o comando de sua própria história passaram a se organizar de forma livre, solidária, horizontal e fraterna. De acordo com o autor, o *quilombismo* seria a ciência do sangue e suor escravos, derramados pelos africanos de forma forçosa em prol da construção do Brasil. ²⁶⁰

4.4. Os princípios

A partir do estudo da metodologia colorida, desenvolvida por grandes pensadores de cor (que ousam romper com o racismo epistemológico, produzindo pesquisas que partem de perspectivas históricas e culturais não da raça dominante, mas do povo de origem africana, gerando textos capazes de refletir e reforçar a história social negra), os coletivos negros passaram a incorporar princípios desenvolvidos por esta metodologia à sua forma de organização, bem como às suas estratégias de luta.

4.4-a. Horizontalidade

A horizontalidade rege as relações, bem como a organização dos coletivos. Isto é, dentro destes não existe estrutura hierárquica, as decisões são tomadas de forma democrática, ouvindo-se a todos os integrantes de maneira geral. A importância deste princípio está na valorização e respeito à fala de cada integrante, especialmente porque na sociedade em si a voz do negro não costuma ser considerada, o que compreende um dos motivos que justificam a necessidade da união negra em coletivos.²⁶¹

²⁵⁹ NASCIMENTO, Elisa Larkin. *Teatro Experimental do Negro: trajetória e reflexões*. Estudos Avançados n18(50), ano de 2004. Pg 221 e 222.

²⁶⁰ NASCIMENTO, Abdias. *Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira*. In NASCIMENTO, Elisa Larkin. *Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora*. 1a ed. São Paulo: Selo Negro, 2009, Pg 197 a 218.

²⁶¹ Em entrevista concedida pelas participantes ativas do Coletivo Autônomo de Mulheres Pretas – Adelinas ao Programa de Estudos Comparados de Literatura de Língua Portuguesa, do Departamento de Língua Clássicas e Vernáculas da Universidade de São Paulo, em abril de 2016, as entrevistadas ao abordarem o tema em questão afirmaram: “Não há uma estrutura hierárquica, pois optamos pelo compromisso com a horizontalidade nas relações do Coletivo, e pela auto-organização, com propósito de confrontar a lógica estruturante - que impacta na nossa vida individualmente, mas que também nos afeta como mulheres de forma coletiva. Funcionamos horizontalmente, justamente para não repetir um modelo autoritário, que já vivenciamos em outros movimentos dos quais nos desligamos. Justamente por ser um modelo falido de organização, que não proporciona a participação democrática e igualitária de todos. Nosso

Além disso, decidir horizontalmente significa rejeitar as formas de organização atuais, que se baseiam no autoritarismo, prestigiando as demandas dos grupos sociais com base em sua posição hierárquica. O princípio em questão também prevalecia na forma de organização dos quilombos, que se organizavam em torno de um círculo (marca das manifestações culturais afro-brasileiras) para deliberar de maneira coletiva sobre o cotidiano da comunidade. 262

4.4-b. Afrocentricidade

Outro importante princípio é a *afrocentricidade*, que representa expressa forma de combate as epistemologias de pesquisa que investigam as relações raciais a partir de um olhar eurocêntrico. O que é feito através da valorização dos elementos culturais africanos e da utilização do africano como sujeito das análises, de modo a se comprometer com a elaboração de nova narrativa da história da África, rejeitando-se a ideia de inferioridade demasiadamente repetida pelos estudos desenvolvidos pela raça dominante.

De acordo com Molefi Kete Asante:

“A ideia afrocêntrica refere-se essencialmente à proposta epistemológica do lugar. Tendo sido os africanos [aqui entendidos como afrodescendentes no continente africano e na diáspora em todo o mundo] deslocados em termos culturais, psicológicos, econômicos e históricos, é importante que qualquer avaliação de suas condições em qualquer país seja feita com base em uma localização centrada na África e sua diáspora. Começamos com a visão de que a afrocentricidade é um tipo de pensamento, prática e perspectiva que percebe os africanos como sujeitos e agentes de fenômenos atuando sobre sua própria imagem cultural e de acordo com seus próprios interesses humanos.”²⁶³

Desta forma, os integrantes dos grupos aqui tratados se incentivam reciprocamente a estudar obras de autores comprometidos com a *afrocentricidade*, bem

intuito é que todas tenham seu local de fala respeitado. O coletivo atualmente compõem-se por mães, empreendedoras, estudantes, acadêmicas, artistas, psicólogas e advogadas”

262 SILVA, Mariana Martha de Cerqueira. *Educação de africanidades em processos educativos de movimentos negros sorocabanos*. Laplage em Revista (Sorocaba), vol.2, n.3, set. - dez. 2016, Pg 52

263 ASANTE, Molefi Kete. *Afrocentricidade: notas sobre uma posição disciplinar*. In NASCIMENTO, Elisa Larkin. *Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora*. 1a ed. São Paulo: Selo Negro, 2009 Pg 93.

como a desenvolver pesquisas próprias com o mesmo viés acadêmico. Assim, ao discutirem as discriminações raciais, estes grupos têm como base uma maneira de investigação que cultural e historicamenterepresenta a África.

4.4-c Ubuntu

A palavra *Ubuntu* nasceu na África do Sul como uma expressão religiosa que significa “uma pessoa só é uma pessoa através de outras pessoas”, ou seja, somente por meio da cooperação com a comunidade seria possível ser humano. Deste modo, esta palavra seria bem mais do que um princípio, constituindo uma verdadeira filosofia coletiva de vida, baseada na ajuda mútua, na noção de igualdade entre os indivíduos, no sentimento de que para existir individualmente precisa-se do outro, no respeito ao próximo em situações de derrota e vitória, na valorização da amizade, na solidariedade e no repúdio ao racismo e a qualquer outra forma de discriminação. 264

Esta filosofia ironicamente ganhou ainda mais força na África do Sul por meio da *apartheid*²⁶⁵, uma vez que durante este período começou a nascer na população negra, que sofria com a opressão e discriminação do regime, o sentimento de solidariedade. Nesta fase popularizou-se a ideia segundo a qual, através da união o enfrentamento das discriminações seria menos penoso. Assim, os oprimidos desenvolveram o hábito de ajudarem-se uns aos outros, acostumando-se a contar com os outros membros da comunidade diante de situações de dificuldade. 266

Ressalta-se que o conceito de *ubuntu* em sua origem não está diretamente ligado à política ou à religião, compreendendo um modo de vida comunitário, que deve ser aplicado desde as relações mais íntimas, de parentesco, por exemplo, até a organização de um grupo social em si.

264 HOGEMANN, Edna Raquel, STROZENBERG, Flora, LEITE, Luiz Otávio Ferreira Barreto e NOVAIS, Matheus. *UBUNTU: ESTENDENDO A REFLEXÃO SOBRE A ETNODIVERSIDADE*. Rai. Rum., Vol. 03 No 01, Rio de Janeiro, jul., 2015. pg 16

265 O *apartheid* foi um regime de segregação racial adotado pela África do Sul durante os anos de 1948 e 1994, pelos governos do Partido Nacional. Neste regime, comandado pela minoria branca do país, os direitos da maioria negra foram cerceados. Apesar de a segregação negra existir na África do Sul desde a colonização, o *apartheid* só se tornou uma política oficial com as eleições de 1948, quando aprovada legislação que dividia os habitantes do país em grupos de raças. Através desta divisão, os negros ficavam impedidos de morar nas áreas residenciais brancas, além de serem forçados a utilizar serviços públicos como saúde e educação de qualidade inferior.

266 HOGEMANN, Edna Raquel, STROZENBERG, Flora, LEITE, Luiz Otávio Ferreira Barreto e NOVAIS, Matheus. *UBUNTU: ESTENDENDO A REFLEXÃO SOBRE A ETNODIVERSIDADE*. Rai. Rum., Vol. 03 No 01, Rio de Janeiro, jul., 2015. pg 16 e 17

De acordo com Swanson, viver sob esta filosofia seria uma alternativa ao materialismo imposto pelo sistema capitalista:

“O ubuntu também é a expressão viva de uma alternativa ecológica e antítese do materialismo capitalista, pois se posiciona contra essa interpretação ideológica da realidade através de uma filosofia nativa espiritual que está em maior consonância com a Terra, suas criaturas e suas formas vivas, e isso diz respeito a toda a humanidade em toda parte”²⁶⁷

O *ubuntu* é estudado e praticado pelos coletivos negros, isto porque seus integrantes ajudam-se mutuamente, na medida em que se solidarizam com as dificuldades e discriminações vividas por cada um. Deste modo, os mencionados grupos têm como característica essencial a atuação em conjunto, isto é, o repúdio a um episódio de racismo direcionado a um membro em específico, por exemplo, deve partir do grupo todo e não só da vítima.

Assim, ao aplicar tal modo de vida dentro da estrutura dos coletivos negros, seus membros demonstram uma forma de resistência ao modelo de relação social usado por nossa sociedade, que se baseia no individualismo e na hierarquização de classes e raças, um modelo que serve às elites e ao capital, segregando há gerações o povo negro. Desta forma, por meio da união, da cooperação, do respeito e solidariedade, universitários negros hoje podem resistir às discriminações do universo acadêmico, enegrecendo cada vez mais um ambiente criado e reservado aos brancos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como foco principal, a realização de análise do sistema de reserva de vagas para negros em universidades públicas. O que foi feito por meio do estudo das razões que o justificam, dos conceitos de ação afirmativa e igualdade material e principalmente da importância de seus resultados práticos, como os coletivos negros, por exemplo.

A fim de melhor assimilar o principal argumento que serve de fundamento a reserva de vagas para negros em universidades, apresentou-se estudo sobre a história da

²⁶⁷ SWANSON, Dalene. *Doing Democracy*. Disponível em: [HTTP://doingdemocracy.ning.com/profile/DaleneSwanson](http://doingdemocracy.ning.com/profile/DaleneSwanson), Acesso em: 14 de novembro de 2016.

discriminação racial no Brasil, no qual ficou claro que desde a chegada ao nosso país os africanos foram tratados como integrantes de grupo racial inferior.

Conforme visto, coube aos colonizadores o englobamento de todos os africanos em um só grupo, a partir da desvalorização da diversidade cultural e étnica existente na África. Uma vez que dentro do mencionado continente, os indivíduos se dividiam em tribos distintas, não se enxergando como iguais ou pertencentes a uma só raça. Os europeus também se encarregaram da criação de errôneas teorias científicas que serviram a ser utilizadas como forma de comprovação da inferioridade africana, o que sob um olhar eurocentrista, justificaria a sua escravização.²⁶⁸

A partir dessa ideia de superioridade branca, as autoridades brasileiras passaram a incentivar a miscigenação, com o objetivo de “embranquecer” a população e assim solucionar o que chamavam de “problema do negro”, já que acreditavam que uma sociedade formada prioritariamente por pessoas de cor estaria fadada ao fracasso. Desta forma, por meio destes incentivos tornou-se claro que os governantes do país não se opunham e nem se envergonhavam com a adoção de políticas racistas.²⁶⁹

Deste modo, o processo de dominação branca avançou significativamente, contudo, como forma de silenciamento das discussões sobre o racismo, fez-se necessária a popularização do “mito da democracia racial”, de acordo com o qual não haveria conflito entre as raças no Brasil, apenas um relacionamento harmônico.²⁷⁰ Este mito foi difundido pela sociedade brasileira e posteriormente para o mundo, de forma que findou por se tornar um argumento de autoridade, deslegitimando durante séculos o combate à discriminação racial, contribuindo para o prolongamento da escravidão e fazendo parte até os dias atuais do subconsciente do brasileiro médio.²⁷¹

Com o propósito de compreender as questões raciais a partir de um olhar crítico, utilizou-se a Teoria Crítica da Raça, que com suas premissas serviu a questionar os trabalhos realizados pela raça dominante sobre a África, sua história, povo e cultura. Em outras palavras, através da utilização desta teoria o presente estudo analisou o racismo, a

²⁶⁸ BARROS, José D'Assunção. *A construção social da Cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira*. Petrópolis, Vozes 2009. Pg 42.

²⁶⁹ MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França / organização Angela Rodolpho Paiva* - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013. Pg 249 a 252.

²⁷⁰ BERNARDINO, Joaze. *Acção Afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil*. Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, no 2, 2002, Pg 254 e 255. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n2/a02v24n2> Acesso em: 25 de outubro de 2016.

²⁷¹ AZEVEDO, Célia Marinho de. *Abolicionismo: Estados Unidos e Brasil, uma história comparada (século XIX)*. São Paulo, Annablume, 2003. Pg 89

resistência negra e as ações afirmativas por um ponto de vista *afrocêntrico*, isto é, que partiu de pesquisadores de cor que rejeitaram visão eurocentrista.²⁷²

Uma vez examinada a situação da discriminação racial no Brasil, partiu-se ao estudo das Ações Afirmativas, que consistem em políticas públicas de discriminação positiva. Isto é, políticas que reservam tratamento diferenciado a grupos vulneráveis (vítimas de discriminação), de forma a possibilitar favorecimento na sua inserção no mercado de trabalho, em universidades públicas e até no funcionalismo público. ²⁷³

Assim, trabalhou-se o conceito de Ações Afirmativas, ressaltando a importância das discriminações positivas como política indispensável à luta pela igualdade material. Isto porque, é incontroverso que a adoção isolada de medidas que proíbam as discriminações se mostra como insuficiente forma de combate às desigualdades, sendo necessária a adoção das políticas públicas em questão mesmo que de forma temporária.²⁷⁴

À medida que o conceito de Ações Afirmativas se confunde com o de igualdade material, realizou-se estudo sobre o tema segundo as perspectivas de diversos autores, desde Aristóteles à Norberto Bobbio. O que nos permitiu compreender que a desconsideração das desigualdades entre os grupos serve apenas como forma de manutenção das mesmas. ²⁷⁵

De forma que ficou claro que, objetivando alcançar o princípio constitucional da igualdade, é imprescindível que se associem estratégias que proíbam o preconceito às discriminações positivas. Já que sem as últimas alcançaríamos somente a igualdade formal, na qual se ignoram as vulnerabilidades e os indivíduos passam a ser iguais apenas na forma da lei. Isto é, desiguais em realidade.²⁷⁶

272 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 70

273 CASTEL, Robert . *A Discriminação Negativa - Cidadãos ou Autóctones?* - Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Pg 14.

274 PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui.vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005. pg 7.

275 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 16 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Pg 70.

276 ROTHENBURG, Walter Claudius. *IGUALDADE MATERIAL E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA*. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-92, ago. 2009. ISSN 2175-0491. Disponível em:

Assim, uma vez compreendido o conceito de Ações Afirmativas de forma geral, passou-se à análise minuciosa do tema do presente trabalho: a reserva de vagas para negros em universidades públicas. Dentro desta análise a discriminação racial foi apontada como fundamento para a aplicação da política em questão.

Isto porque, o histórico de dominação branca apresenta hoje, como uma de suas consequências principais, o racismo institucional, que pode ser observado a partir da análise das classes sociais e dos grupos raciais que as compõe. Isto é, a grande predominância de brancos em classes e posições sociais e de maior destaque e, por conseguinte, a presença majoritária negra em classes sociais baixas e no exercício de funções subalternas.²⁷⁷

Esta hierarquia racial, de acordo com a Teoria Crítica da Raça, seria o sistema de Supremacia Branca, existente no Brasil desde a primeira interação entre as raças, tendo a sua manutenção sido garantida em um primeiro momento através das discriminações propriamente ditas, bem como da escravidão. E posteriormente por meio da busca pela igualdade apenas em sua vertente formal, ou seja, desconsideração das diferenças entre duas raças que jamais foram iguais.²⁷⁸

Desta forma, buscando reverter tal supremacia, foram aprovadas as leis que preveem o sistema de cotas raciais. O que foi feito pioneiramente pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro²⁷⁹, tendo ganhado impulso ainda mais forte com a Lei de Cotas, que através do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), reserva 50% das vagas em universidades públicas federais para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Sendo metade das vagas reservadas destinadas a estudantes de escolas públicas com renda familiar bruta igual ou inferior a um salário mínimo e meio per capita e metade para estudantes de escolas públicas com renda familiar superior a um salário mínimo e meio. Em ambos os casos, também é levado em conta percentual mínimo correspondente ao da soma de pretos, pardos e indígenas no

<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 19 out. 2016.
doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v13n2.p77-92>.

277 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 65

278 SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. Pg 66.

279 PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e LIMA, Kamila Sousa. *As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013)*. O Social em Questão - Ano XVII - no 32 - 2014. Pg 22

estado, de acordo com o último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Levando em consideração o resultado positivo no que diz respeito ao combate ao racismo institucional e a manutenção da Supremacia branca, ficou comprovado que as cotas raciais, em menos de duas décadas já se tornaram instrumento imprescindível na inserção de alunos negros em um ambiente de preparação de profissionais e pensadores de excelência aos quais serão reservados importantes cargos no mercado de trabalho e no meio acadêmico.²⁸⁰

Contudo, de acordo com pesquisas recentes, esta ocupação por jovens negros de um espaço que secularmente foi reservado aos brancos não tem acontecido de maneira harmônica. Isto é, a pluralidade racial e o convívio com as minorias, não parece ter criado nos demais alunos um sentimento de igualdade e respeito às diferenças, ao contrário, os relatos dos alunos cotistas são no sentido da existência de diferentes episódios racistas dentro da universidade, de modo que o ambiente estudantil, em muitos casos, tem se mostrado como hostil aos estudantes negros.

Em decorrência desta hostilidade, surgiram os coletivos negros universitários, que reúnem alunos de cor com o objetivo de apresentar resistência à pressão imposta pelo racismo estrutural e epistemológico, além de reprimir episódios discriminatórios em geral e incentivar o estudo e debate das questões raciais a partir da leitura das obras de autores da metodologia colorida (tais como: Ana Luiza Flauzino, Abdias Nascimento, Marcus Garvey, Lélia Gonzáles, Franz Fanon e Kabengele Munanga) e da assimilação dos princípios por eles propostos, como o *ubuntu*²⁸¹, a *afrocentricidade*²⁸² e a *amefricanidade*²⁸³.

Deste modo, por meio dos coletivos temos a união de estudantes negros que tem legitimidade para protagonizar a luta contra o racismo por já o terem vivenciado em suas

280 Dados do Ministério da Educação. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/11/cotas-elevam-presenca-de-negros-nas-universidades-federais>.

281 Filosofia coletiva de vida desenvolvida na África do Sul, baseada na ajuda mútua, na noção de igualdade entre os indivíduos, no sentimento de que para existir individualmente precisa-se do outro, no respeito ao próximo em situações de derrota e vitória, na valorização da amizade, na solidariedade e no repúdio ao racismo e a qualquer outra forma de discriminação

282 SILVA, Mariana Martha de Cerqueira. *Educação de africanidades em processos educativos de movimentos negros sorocabanos*. Laplage em Revista (Sorocaba), vol.2, n.3, set. - dez. 2016, Pg 52

283 GONZALEZ, Lélia. *A categoria político-cultural de amefricanidade*. In *Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro: no 92/93 (jan./jun.). 1998, Pgs 76 e 77.

próprias experiências pessoais. Além disso, o grande potencial deste grupo está no fato de que estes jovens têm também altíssimos olhares críticos, em decorrência do estudo teórico que realizam, já que se propõem a estudar e discutir obras de autores de cor, que partindo de um ponto de vista negro, resgatam a memória de seu povo por meio da análise e estudo de sua trajetória de resistência e luta.

Assim, tomando como base o estudo desenvolvido, duas conclusões se tornaram incontroversas: A primeira é a indispensabilidade da política de cotas como forma de combate ao racismo estrutural. Isto porque as universidades constituem centros de poder, de modo que o ingresso nestas instituições equivale à oportunidade concreta de mobilidade social. Desta forma, ao permitir que jovens negros tenham acesso ao ensino superior de qualidade, possibilita-se a redução de uma desigualdade histórica que teve início com o tráfico negreiro e permanece a mesma até os dias atuais em nosso país: a hierarquia racial. Já a segunda conclusão incontroversa consiste na importância dos coletivos negros, uma vez que estes ajudam a reprimir episódios racistas no meio acadêmico, incentivar a pesquisa sobre a história e cultura africana a partir de um ponto de vista negro (rejeitando as epistemologias pré-estabelecidas pela raça dominante) e unir estudantes de cor através da cooperação, respeito e solidariedade para que possam enegrecer espaços criados para serem brancos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, José D'Assunção. *A construção social da Cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira*. Petrópolis, Vozes 2009

MEDEIROS, Carlos Alberto. *Ação Afirmativa em Questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França / organização Angela Rodolpho Paiva* - 1ª edição - Rio de Janeiro: editora Pallas, 2013.

BERNARDINO, Joaze. *Ação Afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil*. Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, no 2, 2002, Pg 254 e 255. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n2/a02v24n2> Acesso em: 25 de outubro de 2016

AZEVEDO, Célia Marinho de. *Abolicionismo: Estados Unidos e Brasil, uma história comparada (século XIX)*. São Paulo, Annablume, 2003. Pg 89

GONZALEZ, Lélia. *A categoria político-cultural de amefricanidade*. In *Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro: no 92/93 (jan./jun.). 1998, Pgs 76 e 77

BRITO, Luciana da Cruz, *Impressões Norte-Americanas Sobre a Escravidão, Abolição e Relações Raciais no Brasil Escravista*. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia,

Letras e Ciências Humanas, departamento de história, programa de pós-graduação em históriassocial, 2014. Pg 27 e 28. Disponível em:
<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/228079.pdf>.
Acesso em: 16 de outubro de 2016

GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, Rio de Janeiro, Pg 237.

BRASIL. *Decreto nº 528*, de 28 de Junho de 1890, dispõe sobre o serviço de introdução e localização de imigrantes no Brasil, Disponível em:
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 9 de outubro de 2016.

SILVA, Caroline Lyrio e PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI

CASTEL, Robert . *A Discriminação Negativa - Cidadãos ou Autóctones?* - Petrópolis, Rj: Vozes, 2008. Pg 14.

SANTOS, Sales. *A. Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC/UNESCO, 2005. Pg 45 e 46.

PIOVESAN, Flavia. *As Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cad. Pesqui.vol. 35 no.124 São Paulo Jan./Apr 2005.

BERGMANN, Barbara. *In defense of affirmative action*. New York: BasicBooks, 1996.Pg 7

GUIMARÃES, A. S. A. *A Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil*. In: SOUZA, J. (org.). Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil- Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997, p.233-242

MUNANGA, Kabengele. *Política de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil: Um ponto de vista em defesa de Cotas*. Sociedade e Cultura, v.4, n2 (jul/dez 2001). Pg 31 e 32.

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação Afirmativa: História e Debate no Brasil*. Cadernos de Pesquisa, n. 117, npo. 1ve9m7-b2r1o7/,2n0o0v2embro/ 2002 Pg 198. Disponível em:
<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf> Acesso em: 17 de outubro de 2016.

SILVA, Lúcia Helena Oliveira. *Forum Cotas*. Disponível em:
http://www.uel.br/prograd/divisao-politicas-graduacao/FORUM-COTAS/profa_lucia_helena.pdf Acesso em: 17 de outubro de 2016

BRASIL. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1968 Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminaci.htm>
Acesso em: 18 de outubro de 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade material e discriminação positiva: O princípio da isonomia*. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-92, ago. 2009. ISSN 2175-0491. Disponível em:
<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 19 out. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v13n2.p77-92>

PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva do gênero*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005. Pg.104.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 16.tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Pg.70.

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997. p. 228.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Editora Almedina. 1993. Pg 443 e 444.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v.3, n.11, jan./mar. 2003. Pg 29 à 35

MARTINS, S. da S. *Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil*. Estudos Feministas. IFCS/ UFRJ-PPCIS/Uerj, v. 4, n.1, p.202-208, 1996. Pg 206

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e LIMA, Kamila Sousa. *As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013)*. O Social em Questão - Ano XVII - no 32 - 2014. Pg 22

ADPF 186 Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 26/04/2012.

TORRES, Nelson Maldonato. *Pensamento crítico desde a subalternidade: os estudos étnicos como ciências descoloniais ou para a transformação das humanidades e das ciências sociais no século XXI*. Afro-Ásia, 34 (2006). Pg 120

ZUNINO, Luíza Maria da Rocha, BASTOS, João Luiz Dornelles, COELHO, Isabela Zeni e MASSIGNAM, Fernando Mendes. *A Discriminação No Ambiente Universitário: Quem, Onde E Por Quê?*

Sau. & Transf. Soc., ISSN 2178-7085, Florianópolis, v.6, n.1, 2016. Pg 24.

BASTOS, João Luiz et al . *Discriminación explícita y salud: desarrollo y propiedades psicométricas de un instrumento*. Rev. Saúde Pública, São Paulo , v. 46, n. 2, p. 269-278, Apr. 2012 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102012000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Nov. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102012000200009>.

NASCIMENTO, Elisa Larkin. *Teatro Experimental do Negro: trajetória e reflexões*. Estudos Avançados n18 (50), ano de 2004.

NASCIMENTO, Abdias. *Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira*. In NASCIMENTO, Elisa Larkin. *Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora*. 1a ed. São Paulo: Selo Negro, 2009, Pg 197 a 218.

SILVA, Mariana Martha de Cerqueira. *Educação de africanidades em processos educativos demovimentos negros sorocabanos*. Laplage em Revista (Sorocaba), vol.2, n.3, set. - dez. 2016, Pg 52

ASANTE, Molefi Kete. *Afrocentricidade: notas sobre uma posição disciplinar*. In NASCIMENTO, Elisa Larkin. *Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora*. 1a ed. São Paulo: Selo Negro, 2009 Pg 93.

HOGEMANN, Edna Raquel, STROZENBERG, Flora, LEITE, Luiz Otávio Ferreira Barreto e NOVAIS, Matheus. *UBUNTU: ESTENDENDO A REFLEXÃO SOBRE A*

ETNODIVERSIDADE. Rai. Rum., Vol. 03 No 01, Rio de Janeiro, jul., 2015. pg 16

SWANSON, Dalene. *Doing Democracy*. Disponível em: <HTTP://doingdemocracy.ning.com/profile/DaleneSwanson>, Acesso em: 14 de novembro de 2016.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do Sujeito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos 2003.

SCOTT, Joan W. *O enigma da igualdade*. SCOTT, Revista Estudos Feministas, Florianópolis, n 13 (janeiro/abril 2005) p. 11-30.

COOKE, Maeve. *A space of one's own: autonomy, privacy, liberty*. Philosophy and Social Criticism. vol 25 no1. p 23-53.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª Ed. Rio de Janeiro: Malheiros 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.ed. So Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - 5ª Ed.* Rio de Janeiro: 2015

MATTOS, Patrícia. *O reconhecimento, entre a justiça e a identidade*. Lua Nova nº 63, 2004. Karl-Otto

APEL, Karl-Otto. *Plurality of Good? The problem of Affirmative Tolerance in a Multicultural Society form an Ethical Point Pf View*. Ratio Juris. Vol.10 No. 2 June 1997 (199-212).

BENHAM, Robert. 1987. *Affirmative Action from a State Perspective: Old Myths and New Realities*. Georgia: Georgia Law Review, v. 21, Pg. 1195-1100.

AJZENBERG, Bernardo, et al.. 2002. A Imprensa e o racismo. Em: Silvia Ramos (org.), *Mídia e Racismo*. Rio de Janeiro: Pallas, Pg. 26-58.

TRABALHO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA BREVE SÍNTESE DO HISTÓRICO, ATUALIDADE, PERSPECTIVAS FUTURAS E APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 9.450, DE 24 DE JULHO DE 2018, QUE INSTITUIU A POLÍTICA NACIONAL DE TRABALHO NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL

TATIANA COSTA ANACHE:

Bacharel em direito, analista processual do Ministério Público da União²⁸⁴

RESUMO: A situação do preso no mercado de trabalho é um assunto pouco discutido e divulgado. O presente artigo objetiva demonstrar um pouco da realidade do sistema penitenciário brasileiro e quais medidas e soluções do poder público, por meio de políticas públicas, são capazes de amenizar o caótico cenário de desvantagens para o trabalhador em situação de cárcere. Perpassa-se, resumidamente, pela parte histórica da origem do trabalho prisional no mundo, pela atualidade do sistema prisional, destacando a realidade do sistema penitenciário brasileiro, findando na atualidade do trabalho no sistema prisional. Por fim, dá-se ênfase ao valor social do trabalho, juntamente com o caráter ressocializador da pena privativa de liberdade e suas alternativas levando em consideração as alternativas para o preso em regime fechado e as experiências de sucesso no Brasil.

Palavras-chave: Mercado de trabalho. Sistema prisional. Ressocialização. Trabalhador em situação de cárcere.

1.INTRODUÇÃO

A palavra trabalho tem origem latina, derivada de “tripalium”, que significa três paus. No princípio, tratava-se de um instrumento utilizado na lavoura, composto de três paus ferrados, pelo qual os agricultores batiam o trigo e as espigas de milho para rasgá-los e esfiapá-los. Também servia para prender animais domésticos de grande porte enquanto eram marcados. Ao final do século VI, passou a representar também o nome de um instrumento romano de tortura, usado para atormentar os escravos.

Nas mais variadas línguas, o trabalho foi associado a um sentimento de dor, sofrimento. Não obstante a ideia de trabalho como algo penoso, que causa fadiga, o

284 E-mail: tati_anache@hotmail.com

labor homem é o principal meio de manutenção da sua subsistência. Ele é necessário para sua própria sobrevivência.

Atualmente, arranjar um emprego não se trata mais de algo simples. Cada vez mais, o número de pessoas desempregadas no país é elevado, atingindo, no segundo trimestre do ano corrente (2023), o índice de 8,3 milhões de pessoas, segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O que dizer então, do labor da pessoa em situação de prisão e do mercado de trabalho para os egressos? O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, atingindo, no ano corrente, um universo de mais de 812.000.00 presos, conforme dados do Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O trabalho da pessoa em situação de cárcere, apesar de ser um direito humano e fundamental previsto em diversos dispositivos da legislação pátria, e em diversos diplomas internacionais a que o Brasil aderiu, não se encontra integralmente disponível por um simples motivo: o Estado não apresenta estrutura para absorver e suportar um número tão elevado de presos.

Nessa senda, uma salutar alternativa, que vem ocorrendo, é o aproveitamento da mão de obra de pessoas presas no setor privado. Trata-se do Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018, que instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional

Nesse cenário, há vantagens para o Estado, que não tem meios de ofertar trabalho para todos os presos e, para o empresário, que obtém com esse tipo de contratação a possibilidade de ofertar remuneração abaixo do mercado (no mínimo três quartos do salário mínimo) e a não incidência da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sem mencionar o valor social que esse tipo de iniciativa agrega à empresa.

Por fim, visa-se demonstrar quais têm sido as medidas e soluções ofertadas pelos governos e autoridades na busca de alternativas capazes de amenizar o caótico cenário atual do sistema prisional brasileiro

2. DESENVOLVIMENTO

De início, oportuno esclarecer que o trabalho prisional consiste, segundo Norberto Avena (2017, p. 49), entende-se por trabalho prisional "a atividade desempenhada pelos presos ou internados dentro ou fora do estabelecimento prisional, sujeita à devida remuneração. Tendo em vista sua função ressocializadora e a circunstância de que o trabalho se apresenta como fator de recuperação, disciplina e aprendizado para a futura

vida profissional, sua realização é prevista como um direito (art. 41, II, da LEP) e ao mesmo tempo um dever do condenado no curso da execução da pena (art. 39, V, da LEP)”

Ao adentrar em um estudo histórico acerca do início do trabalho nas prisões, tem-se que seu início ocorreu entre o final do século XV e início do século XVI, quando houve aumento da população urbana na Europa de forma descomedida, de maneira que a oferta da força de trabalho humano era maior do que a necessária. Aqui, deu-se a origem do proletariado, que se refere aos sujeitos desprovidos de manutenção e dos instrumentos de produção. Como consequência do aumento do proletariado, as ruas do ambiente urbano passaram a ser habitadas por uma grande massa de “mendigos” e de “vagabundos” – pessoas que não tinham ocupação, ocasionando um grande problema social.

Sobre este evento histórico os saudosos criminalistas italianos Melossi e Paravini (2006), grandes expoentes do direito penitenciário, afirmam que se negar a trabalhar, naquela época, era considerada uma intenção criminoso, já que, em 1601, na Inglaterra, o estatuto denominado “Old Poor Law” (Lei dos Pobres) facultava ao juiz mandar para o cárcere homens considerados desocupados.

Segundo o historiador Ismael Gonçalves Alves (2015), tanto a Old Poor Law como a New Poor Law (ato de emenda à Lei dos Pobres, de 1834), tinham por objetivo principal prestar assistência social aos indivíduos que, comprovadamente, não tinham condições de se sustentar, e nem parentes e amigos a quem pudessem recorrer. Dessa forma, o principal critério eletivo para o recebimento dos auxílios financeiros oferecidos pela Lei era a pobreza extrema e, para recebê-los, seus beneficiários deveriam prestar serviços obrigatórios em instituições de caridade, normalmente asilos e albergues.

O problema continuou se agravando a tal ponto que chegou a incomodar até mesmo os membros da burguesia, o clero inglês, que peticionaram ao Rei de Londres, solicitando o uso do Castelo de Bridewell como casa de acolhimento dos vagabundos e delinquentes para que, pela disciplina para o trabalho, pudessem aprender um ofício que permitisse a própria manutenção. A partir de então, surgem as denominadas “casas de trabalho” (*workhouses*).

O elevado número de homens recolhidos às casas de correção demandou dispêndio por parte do Estado. Para que o Estado suportasse a manutenção dos homens que eram sujeitos à disciplina nas casas do trabalho, foi criado um imposto, a ser pago pelos membros mais ricos da sociedade, os nobres. Referido imposto, contudo, não se tratava de caridade. Ele era pago pelos nobres em troca da mão de obra dos internados, em uma espécie de compensação.

Em outras palavras, aqueles que não trabalhavam para os burgueses não recebiam alimentação e tinham seus benefícios retirados ou negados. Nesse contexto, o trabalho do preso surgiu, pois, como uma forma de pagamento de uma dívida para com o Estado ou com a própria sociedade.

Foi somente no final do século passado que o detento passou a ter o direito de ser remunerado pelo seu trabalho. Importante mencionar que, a partir de então, o trabalho do preso passa a ser obrigatório, mas não forçado, de forma que, mesmo tolhido em sua liberdade física de locomoção, o preso tenha a liberdade de se autodeterminar para o trabalho e decidir se quer ou não exercer uma atividade laboral no interior de um estabelecimento penal.

O trabalho do preso é medida de ressocialização e, sobre tal aspecto, nossa legislação infraconstitucional, no Código Penal Brasileiro (CPB) assim encara a matéria:

“Art. 39. O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.”,

bem como o art. 40 do CPB determinou que:

“Art. 40. A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.”

Como é cediço, em nosso país, o Código Penal Brasileiro foi promulgado no ano de 1940, realizando várias inovações na lei, tendo por objetivo a moderação e limitação do poder punitivo Estatal. Todavia, apesar de ter ocorrido a promulgação do então novo Código Penal, o Estado Brasileiro ainda se encontrava carente de uma legislação que viesse a dispor detalhadamente sobre a matéria penitenciária e de execução penal, por inexistir, até então, regras que regulamentassem o período no qual o apenado estivesse cumprindo sua pena. Dessa forma, quarenta anos após a vigência do Código Penal, o Ministro da Justiça da época, Ibrahim Abi Hackel, apresentou em 1983, um projeto de Lei de Execução Penal, posteriormente convertido na Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, promulgando a Lei de Execução Penal, vigente até os dias atuais.

A supramencionada Lei passou a regulamentar em detalhes o direito penitenciário, incluindo o trabalho do preso.

Em seu artigo 3º, a LEP esclarece que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Dessa forma, o

condenado não é tolhido de seu direito ao trabalho. Sobre o labor da pessoa em situação de prisão, a LEP dedica um capítulo inteiro ao assunto. . Estabelece a LEP:

DO TRABALHO

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

A realização de um trabalho por parte da pessoa presa, orientada de acordo com a sua aptidão e capacidade, objetiva promover sua valorização como ser humano, bem como a materialização de sua dignidade.

A oferta de trabalho aos presos constitui uma obrigação do Estado, que também deve obedecer às precauções relativas à segurança e à higiene do trabalhador condenado. A LEP também dispõe, em seu artigo 33, que a jornada normal de trabalho do condenado não será inferior a seis nem superior a oito horas, com descanso aos domingos e feriados.

Ocorre que, conforme é cediço, as oportunidades de trabalho oferecidas aos encarcerados são bastante escassas, sendo as oficinas de artesanato uma alternativa de suposto trabalho, mesmo que na prática não passe de atividade meramente ocupacional. Embora exista no texto da LEP a previsão de que o artesanato não deveria ser considerado como atividade econômica, ressalvados os casos das regiões turísticas, esta acaba sendo a alternativa recorrente. Para Feitosa (2014),

O resguardo da dignidade do preso, com o oferecimento de meios ao trabalho, com uma adequada remuneração, constitui um dever do Estado que possibilitará não mais distinguir-se entre o cidadão livre e o cidadão preso, permitindo a este seu retorno para a sociedade sem a recidiva.

Feitosa (2014) afirma ainda:

[...] a participação ativa do presidiário no programa de reinserção social pressupõe não somente que tal processo revela a sua

voluntária adesão como também a passagem de um direito penal social para um direito que pretenda, também, ser democrático

Ocorre que, não obstante a criação da Lei de Execução Penal, com intuito de proporcionar um viés humano ao trabalho da pessoa presa, após a promulgação da Constituição da República de 1988, houve um verdadeiro desencontro dos princípios nela estabelecidos com artigos previstos na LEP, fazendo com que exista uma total incoerência entre eles.

A título exemplificativo, pode ser citada a divergência entre o disposto nos artigos 28, § 2º e 29 da Lei, ao estabelecer que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e, ainda, que será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 do salário mínimo, e o artigo 7º, inciso IV, da Magna Carta de 1988. Referido inciso dispõe que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

Tal previsão, não obstante mais correta e consentânea com a dignidade humana, torna ineficaz o preceituado no artigo 29, da LEP, que sustenta não poder ser o salário do preso inferior a 3/4 do salário mínimo. Além disso, o artigo 29, da Lei de Execução Penal faz cair por terra o objetivo da ressocialização do preso, uma vez que não é permitido que o preso contribua para a manutenção de sua família.

Ademais, o polêmico artigo 29, da LEP dispõe que a remuneração do presidiário deverá atender ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a sua manutenção, em proporção a ser fixada em lei. Contudo, referida parte do dispositivo não possui aplicação prática, em razão da inexistência de tal lei. Oportuno mencionar que sobre o tema existe um projeto de Lei do Deputado Federal Fábio Trad, projeto n. 9646 de 2018, que altera a LEP para prever nova regulamentação do trabalho obrigatório prestado pelo preso, bem como destinar 25% (vinte e cinco por cento) do salário do apenado para fins de ressarcimento ao Estado pelas despesas realizadas com sua manutenção.

Por prever o trabalho como direito do preso, a LEP condiciona a concessão de certos benefícios à prestação do trabalho, conforme disposição nos artigos 114, caput e 116, §1º, que dispõem que somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente e que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena, devendo a contagem de tempo referida no *caput* ser feita à razão de 1 dia de pena a cada 3 dias de trabalho.

Conclui-se, dessa forma, que desde o nascedouro das primeiras prisões no Brasil, com as casas correcionais, a pessoa em situação de prisão estava sujeita ao trabalho. Todavia, durante séculos, apesar da inegável existência da força de trabalho dentro das prisões, não havia uma regulamentação sobre referido labor, o que veio a ocorrer apenas com a edição da Lei 7.210, em 1984. Apenas posteriormente a promulgação da referida lei passou-se a adotá-lo como sendo um direito subjetivo do preso, permitindo que ocorra ressocialização e reeducação do apenado pelo desenvolvimento de uma atividade, bem como remição da pena.

Assim, não obstante a existência de uma legislação específica sobre o direito penitenciário, após a promulgação da Carta Magna de 1988, se faz necessária a reformulação de diversos dispositivos, para fins de adequação com a lei maior, principalmente no que toca aos artigos referentes ao trabalho da pessoa em situação de prisão, de modo que venha a ser obstada a exploração econômica do trabalho do preso, prejudicando a finalidade ressocializadora da pena, bem como seja estabelecida uma isonomia de direitos em relação aos trabalhadores não encarcerados, tais como a obtenção de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Não obstante tudo o que já foi abordado em relação às prisões desde remotas épocas, o que se vê atualmente no Brasil, não difere do que acontece em grande parte do mundo; há instituições penitenciárias conhecidas como “escolas do crime” que não cumprem seu papel ressocializante (ALVIM, 2008).

É preciso reorganizar a forma de aplicação do trabalho, devendo além de ocupar o tempo ocioso, preparar e oportunizar esses sujeitos para escolhas mais conscientes e transformadoras (DE MASI, 2000).

O DECRETO Nº 9.450, DE 24 DE JULHO DE 2018, QUE INSTITUIU A POLÍTICA NACIONAL DE TRABALHO NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL:

Acerca também da temática do trabalho do preso de suma importância mencionar importante legislação pátria recentemente inaugurada. Trata-se do Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018, que instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e que regulamenta o § 5º do art. 40, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o disposto no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, que institui normas para licitações e contratos da administração pública, firmados pelo Poder Executivo Federal.

Referido decreto conta com apenas dez artigos, que são de suma importância para promoção da inserção dos presos e pessoas egressas do sistema prisional no mercado de trabalho e na geração de renda.

O decreto em questão alcança as contratações realizadas pela União para realização de serviços. Conforme disposição o artigo 5º, no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estes, para realizar a contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00, deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional.

As mencionadas alterações legislativas que passaram a vigorar determinaram percentuais de contratação da mão de obra de presos e egressos, que agora seguem percentuais proporcionais à quantidade de funcionários da empresa que contratar com o poder público. Com essa regulamentação, espera-se um crescimento na oferta de postos de trabalho nessas empresas, conforme elencado no artigo 6º, veja-se:

[...] A empresa deverá contratar, para cada contrato que firmar, pessoas presas, em cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, ou egressas do sistema prisional, nas seguintes proporções:

I - três por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar duzentos ou menos funcionários;

II - quatro por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar duzentos e um a quinhentos funcionários;

III - cinco por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar quinhentos e um a mil funcionários; ou

IV - seis por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar mais de mil empregados.

De suma importância ainda, ressaltar as iniciativas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no que tange à inserção do trabalho do preso e do egresso no mercado corporativo.

O CNMP regula o tema pelas Resoluções de nº 56 e nº 196, as quais explicitam a competência do Ministério Público no monitoramento da implantação do projeto. A Resolução nº 56, que dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público, foi recentemente alterada pela Resolução

196 março de 2019, com a inclusão dos artigos Art.1º-A e 1º-B para mencionar a atribuição do Ministério Público do Trabalho (MPT) no acompanhamento da Política Nacional de Trabalho no âmbito do sistema prisional, monitorando as contratações públicas e a regularidade do desenvolvimento das condições de saúde e segurança no trabalho, com especial atenção ao cumprimento dos direitos trabalhistas.

O EGRESSO E O MERCADO DE TRABALHO

Segundo dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o índice de desemprego no Brasil ultrapassou o percentual de 11%; o mercado informal tem sido uma das únicas alternativas para o brasileiro de garantir seu próprio sustento e de sua família. (IBGE, 2019).

Essa situação se torna ainda mais grave quando se trata de egressos do sistema prisional. Como buscar trabalho para essas pessoas, quando não há postos de trabalho nem mesmo para boa parte da população, que jamais cumpriu alguma sanção penal? Além disso,

“alguns desafios relacionados ao aumento de oferta de emprego para egressos coincidem com os enfrentados no caso do trabalho de pessoas presas, como estigma e escolaridade baixa. Se somam a essas questões, a carência de documentação desses indivíduos, que, com frequência, deixam unidades prisionais sem ter carteira de identidade, CPF ou histórico escolar, por exemplo”(TINOCO; PELLEGRINO, 2018).

Importante mencionar que, em relação ao mercado de trabalho das pessoas em situação de cárcere, foi estatuída, no âmbito do CNJ, a Resolução nº 96/2009, que trata das seguintes temáticas: Projeto Começar de Novo; Portal de Oportunidades; reinserção social; egressos; sistema carcerário; monitoramento.

O Projeto Começar de Novo objetiva promover ações de reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas e penas alternativas. Já o Portal de Oportunidades, parte integrante o Projeto Começar de Novo realiza o cadastramento de propostas de cursos, trabalho, bolsas e estágios ofertados pela Rede de Reinserção Social.

De suma importância mencionar que, com o objetivo de dar efetividade ao recente decreto, bem como às resoluções apontadas, em maio de 2019, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Departamento Penitenciário Nacional realizaram cerimônia de

entrega do “Selo Resgata” 2019/2020, concedido pelo reconhecimento do engajamento na política pública de geração de trabalho e renda para as pessoas privadas de liberdade e egressos do sistema prisional pessoas que estão cumprindo penas alternativas, destinado às empresas, órgãos públicos e empreendimentos de economia solidária. A título informativo, no ano de 2019, 198 empresas públicas e privadas de 15 estados foram habilitadas com a chancela.

Oportuno ressaltar que não há que se falar em qualificação do preso apenas nos últimos meses de cumprimento da pena. É preciso qualificá-lo no transcurso de todo o tempo de recolhimento à prisão. Nesse sentido, cabe destacar a iniciativa de criação do Escritório Social, uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Ministério da Justiça e Segurança Pública para enfrentar problemas estruturais do sistema prisional brasileiro. Resultado da união de esforços entre o Judiciário, Executivo e Sociedade Civil, o projeto, que é uma das ações do Programa Justiça Presente, foi implantado em 2016 no Estado do Espírito Santo e será implantado em mais 12 estados até o final de 2019.

Por meio do programa Justiça Presente, a metodologia do Escritório Social está sendo aprimorada e potencializada. A mobilização de pré-egressos, desenvolvida após estudo de caso no Chile, consiste na mobilização de equipes de atendimento a partir de seis meses antes da soltura ou da mudança de regime. Essa equipe trabalha na elaboração de um Projeto Singular Integrado, no qual serão mapeadas as necessidades de cada um, como capacitação profissional, educação, atendimento de saúde ou inclusão em programas sociais, por exemplo (CNJ, 2019).

Para o Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário do CNJ,

Ao descuidar da etapa do retorno da pessoa à sociedade, não raro depois de anos sem vínculo familiar ou social, o Estado acaba desperdiçando os recursos que foram empenhados para mantê-la presa, uma vez que uma reintegração falha abre oportunidade para reincidência (CNJ, 2019).

Por isso, é preciso apostar em iniciativas como esta de forma que se expanda por todo o Brasil e consiga, de fato, diminuir a criminalidade e o retorno ao cárcere para que projetos como este não se extingam com as trocas de governo.

Outrossim, oportuno mencionar o importante papel que assume o Ministério Público, considerando o crescimento vertiginoso da criminalidade e a conseqüente insegurança da sociedade ante esse cenário, exercendo salutar papel na busca do equilíbrio social.

Necessário, pois, a atuação articulada entre todas as esferas administrativas e judiciais, apoiadas pela sociedade civil e sob a fiscalização do MP para que sejam produzidas ações socializadoras para inserção de presos e egressos na vida em sociedade, visto que se trata de uma

população jovem, com menos de 35 anos, que não tem escolaridade ou acesso a capacitação profissional, sendo em sua maioria analfabetos completos ou funcionais, membros de família de baixa renda e moradores de bairros periféricos, além de apresentar reincidentes criminais. Tais características demonstram a existência de uma seletividade ou tendência do sistema penal em selecionar pessoas ou ações e exercer a criminalização destas com base em sua classe e posição social. Para além desse perfil social, ao saírem da prisão, esses indivíduos carregam consigo o estigma de serem egressos, o que torna ainda mais difícil a tarefa de se recolocar e disputar uma vaga de trabalho [...] além do fato de que um(a) ex-detento(a) não inspira confiança na maioria das pessoas (SANTOS et al., 2018).

3. CONCLUSÃO

O vertiginoso aumento dos índices de criminalidade associado às condições de miserabilidade de uma parcela considerável da população, a corrupção que se alastra como praga abrangendo diversos setores da sociedade, tráfico de drogas, dentre outras coisas, pintam um quadro desolador, que traz como consequência um exponencial aumento da população carcerária. A situação de extrema pobreza, a ausência de infraestrutura do Estado, a falta de saúde, educação e trabalho desembocam na prática de mais crimes e na consequente necessidade de punir do Estado, colocando cada dia mais pessoas atrás das grades.

Ao lado disso, fica evidenciada a ineficiência do Estado em gerir a própria máquina estatal e, mais ainda, em administrar seu sistema prisional, cada vez mais inchado, em que o número de vagas disponíveis não acompanha o crescimento desordenado da população carcerária.

A superpopulação carcerária constitui-se, assim, num dos principais fatores impeditivos ao cumprimento das finalidades da pena, não possibilitando, nem de longe, qualquer proposta de ressocialização do detento.

Os presídios brasileiros, geridos em sua grande maioria pelo Estado, expõem os presos a condições degradantes, falta de higiene, instalações inadequadas. Promiscuidade e violência entre os presos fazem parte da rotina das prisões, ferindo os princípios basilares da execução penal, colocando o princípio da humanização da pena como uma perfeita utopia e, junto a isso, todos os dispositivos da LEP, garantidores de assistência e direitos de uma pessoa presa, transformados em letra morta e em verdadeira falácia do legislador.

Nesse contexto caótico e desacreditado, o trabalho dentro e fora do sistema carcerário para presos em regime fechado, aberto e egressos do sistema prisional é um dos principais aliados para redução da criminalidade e uma ferramenta muito eficiente para reinserção social, evitando também a reincidência.

O Estado precisa buscar alternativas de trabalho capazes de capacitar o preso de modo que este tenha alternativas de sobrevivência no momento em que retorna à sociedade. Dentre tais alternativas, está a celebração de convênios com a iniciativa privada para oferta de postos de trabalho e parcerias com o terceiro setor de forma a oportunizar experiências de trabalho para o preso e os egressos.

Muitas alternativas de trabalhos para presos já fracassaram no Brasil e uma das explicações para tal fracasso foi a dificuldade de fiscalizar o trabalho dentro e fora dos presídios, pois ferramentas se transformam em armas, trabalhos extramuros se transformam em possibilidades para fuga, o estigma de preso que causa medo e não inspira confiança nas outras pessoas, mas isso não serve como desculpa por parte do Estado para não buscar resolver essas questões.

Não há que se falar em construção de mais presídios para ampliar o quantitativo de vagas disponíveis quando, na verdade, é preciso investir em formas variadas de trabalho, formação técnica e profissional para que o preso não tenha apenas uma profissão, mas, sobretudo, o sentimento de pertencimento e utilidade, no momento do retorno social, que só o labor é capaz de trazer.

Já existem muitas experiências de sucesso e muitas ainda poderão vir, basta que o governo incentive, cumpra seu papel fiscalizador e trabalhe na união de esforços para que haja redução dos índices de criminalidade e oferta de trabalho e estudo para todos.

4.REFERÊNCIAS:

ALVES, Ismael Gonçalves. Da caridade ao *welfare state*: um breve ensaio sobre os aspectos históricos dos sistemas de proteção social ocidentais. **Ciência e Cultura**, v. 67, n. 1, p. 52-55, 2015.

AVENA, Norberto. **Execução penal**. São Paulo: Método, 2017.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

FEITOSA, Isabela Britto. Direitos dos presidiários à luz da constituição federal de 1988 e das legislações ordinárias: código penal e lei de execução penal (Lei 7.210 de 1984). 2014. Disponível em: <<https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/148692982/direitos-dos-presidiarios-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988-e-das-legislacoes-ordinarias>>.

TINOCO, Dandara; PELLEGRINO, Ana Paula. **Na porta de saída, a entrada no trabalho**: políticas para a expansão do emprego de presos e egressos no Rio de Janeiro. Instituto Igarapé. Artigo estratégico 38, nov. 2018. Disponível em: <<https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Na-porta-de-saida-a-entrada-no-trabalho-pessos-e-egressos.pdf>>

AS DIFICULDADES DAS PREFERÊNCIAS SELETIVAS NO PROCESSO DE ADOÇÃO

SABRINA RITIELY ALVES DE SOUZA:

graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de JALES - UNIJALES.

ERICA MOLINA RUBIM

(orientadora)

RESUMO: Este trabalho aborda as dificuldades das preferências seletivas no processo de adoção. A adoção é um procedimento complexo, que envolve a seleção cuidadosa de famílias adotivas para crianças que precisam de um lar. No entanto, as preferências seletivas podem ser um obstáculo nesse processo, pois podem restringir o número de famílias disponíveis e prolongar o tempo de espera para a criança. Este estudo busca compreender as principais dificuldades enfrentadas pelas agências de adoção e pelas famílias adotantes no equilíbrio entre as preferências seletivas e a necessidade de encontrar um lar adequado para a criança. Serão exploradas questões relacionadas aos critérios de seleção, como idade, raça, saúde e antecedentes familiares, além dos desafios éticos e legais envolvidos nesse processo. Através de uma revisão de literatura, análise de casos e entrevistas com profissionais da área, pretende-se oferecer uma visão abrangente das dificuldades enfrentadas e possíveis soluções para melhorar o processo de adoção e garantir o bem-estar das crianças envolvidas. Compreender essas dificuldades é fundamental para promover uma adoção mais inclusiva, justa e eficiente, garantindo o direito de cada criança a um ambiente seguro e amoroso.

Palavras-Chave: Adoção, família, direito.

ABSTRACT: This work addresses the difficulties of selective preferences in the adoption process. Adoption is a complex procedure that involves carefully selecting adoptive families for children in need of a home. However, selective preferences can be an obstacle in this process, as they can restrict the number of families available and prolong the waiting time for the child. This study seeks to understand the main difficulties faced by adoption agencies and adopting families in balancing selective preferences and the need to find a suitable home for the child. Issues related to selection criteria will be explored, such as age, race, health and family background, in addition to the ethical and legal challenges involved in this process. Through a literature review, case analysis and interviews with professionals in the field, we intend to offer a comprehensive view of the difficulties faced and possible solutions to improve the adoption process and ensure the well-being of the children involved. Understanding these difficulties is fundamental to promoting a more inclusive,

fair and efficient adoption, guaranteeing each child's right to a safe and loving environment.

Keywords: Adoption, family, law

1 INTRODUÇÃO

A adoção é um processo que envolve a criação de vínculos familiares entre uma criança e uma família adotiva. É uma forma de proporcionar um ambiente seguro, amoroso e estável para crianças que, por diversos motivos, não podem viver com suas famílias biológicas. No entanto, o processo de adoção não é simples e envolve uma série de desafios e dificuldades, especialmente no que diz respeito às preferências seletivas.

As preferências seletivas referem-se aos critérios e preferências que as famílias adotivas têm ao buscar uma criança para adotar. Essas preferências podem variar amplamente, desde características físicas, como idade, raça e aparência, até aspectos relacionados à saúde, antecedentes familiares e origem étnica. Embora as preferências seletivas possam ser consideradas como uma maneira de encontrar uma família adequada para a criança, elas também podem gerar desafios e dilemas éticos.

O objetivo deste trabalho é discutir as dificuldades enfrentadas pelas preferências seletivas no processo de adoção. Serão abordadas questões relacionadas aos critérios de seleção, como idade, raça e saúde, e as implicações éticas e legais envolvidas na adoção. Além disso, serão exploradas as consequências dessas preferências seletivas para o tempo de espera das crianças por um lar adotivo e as possíveis soluções para equilibrar as preferências das famílias adotivas com a necessidade de encontrar um ambiente seguro e amoroso para a criança.

Uma das principais dificuldades enfrentadas pelas preferências seletivas é a restrição do número de famílias disponíveis para adoção. À medida que as famílias adotivas definem critérios rígidos e específicos, como a preferência por crianças recém-nascidas ou de uma determinada raça, o pool de famílias elegíveis para adoção diminui consideravelmente. Isso pode levar a um prolongamento do tempo de espera das crianças por um lar adotivo, uma vez que o número de famílias dispostas a adotar uma criança que atenda a essas preferências é limitado.

Outra dificuldade é a possível discriminação e exclusão de crianças com características que não se enquadram nas preferências seletivas das famílias adotivas. Crianças mais velhas, com necessidades especiais, pertencentes a minorias étnicas ou com histórico de trauma podem enfrentar dificuldades adicionais para encontrar um lar adotivo

devido às preferências seletivas estabelecidas pelas famílias. Isso levanta questões éticas sobre o direito de todas as crianças a um ambiente familiar adequado, independentemente de suas características individuais.

Além disso, a aplicação de preferências seletivas pode entrar em conflito com os princípios legais que regem a adoção. Em muitos países, as leis de adoção visam priorizar o melhor interesse da criança, garantindo que ela seja colocada em um ambiente seguro e amoroso, independentemente de suas características individuais. Portanto, é necessário encontrar um equilíbrio entre as preferências das famílias adotivas e a necessidade de garantir o bem-estar e os direitos das crianças envolvidas.

Nesse contexto, é fundamental explorar alternativas e abordagens mais inclusivas no processo de adoção. Isso pode envolver a conscientização e educação das famílias adotivas sobre as necessidades e potenciais das crianças com características diferentes, bem como o suporte e orientação durante o processo de adoção. Além disso, é importante promover políticas e práticas que incentivem a adoção de crianças mais velhas, com necessidades especiais ou pertencentes a minorias étnicas, de forma a reduzir as disparidades e promover a igualdade de oportunidades para todas as crianças.

Ao abordar as dificuldades das preferências seletivas no processo de adoção, este trabalho visa contribuir para uma reflexão mais ampla sobre como garantir o direito de todas as crianças a um lar adotivo seguro e amoroso. Ao equilibrar as preferências das famílias adotivas com as necessidades das crianças, é possível promover uma adoção mais inclusiva, justa e eficiente, onde todas as crianças tenham a oportunidade de encontrar um ambiente familiar adequado para seu crescimento e desenvolvimento.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A Adoção é um tema de grande relevância, visto que envolve a construção de vínculos afetivos e a oportunidade de proporcionar um ambiente familiar amoroso e estável para crianças que não podem ser criadas por suas famílias biológicas. Neste ensejo, discutiremos o sistema de adoção brasileiro, abordando suas características, desafios e avanços.

Para Diniz (2007), a adoção é caracterizada como:

Ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família na condição de um filho pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco

civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta.

Para França (1999), a adoção é um “instituto de proteção à personalidade, em que essa proteção se leva a efeito através do estabelecimento, entre duas pessoas – o adotante e o protegido adotado – de um vínculo civil de paternidade (ou maternidade) e de filiação.

O sistema de adoção no Brasil enfrenta uma série de dificuldades que impactam o processo de colocação de crianças em famílias adotivas. Um dos desafios mais evidentes é a existência de um número expressivo de crianças em situação de acolhimento institucional, aguardando uma oportunidade de adoção. Essa realidade é destacada por Silva (2019), que ressalta a importância de políticas e ações efetivas para lidar com essa questão.

O desafio, como a preferências seletivas das famílias adotivas que as crianças em situação de adoção enfrentam se trata de um ponto relevante e de grande destaque, tendo em vista que embora seja compreensível que as famílias tenham suas preferências e características específicas em mente ao buscar uma adoção, visando uma satisfação interna ou até mesmo social, é importante garantir que essas preferências não excluam crianças com perfil diferente das expectativas pré-estabelecidas. Nesse linear, Maria Berenice Dias (2018) afirma que o próprio sistema brasileiro “faz com que as crianças se tornem ‘inadotáveis’”. A autora ainda destaca a importância de promover a igualdade no processo de adoção, evitando a perpetuação de desigualdades e discriminando crianças com características específicas.

A burocracia e a morosidade nos processos de adoção também são questões relevantes que dificultam o sistema. O excesso de documentação, os trâmites legais complexos e a demora para a conclusão dos processos são fatores que podem desmotivar as famílias adotivas e prolongar o tempo de espera das crianças por uma família. Kiyomura (2020) argumenta que é necessário simplificar e agilizar os procedimentos, de forma a facilitar a concretização das adoções.

Apesar dessas dificuldades, é importante destacar os avanços conquistados pelo sistema de adoção brasileiro. Um exemplo é a adoção tardia, que oferece uma oportunidade de família para crianças mais velhas ou com necessidades especiais que estão há um longo período em instituições de acolhimento. Niederauer (2018) destaca a importância desse tipo de adoção, permitindo que essas crianças e adolescentes construam vínculos afetivos e tenham uma família para chamar de sua.

Outra iniciativa positiva é a implementação do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), um sistema informatizado que centraliza as informações sobre crianças disponíveis para adoção e famílias habilitadas. Amaral (2019) ressalta o papel do CNA na agilização e eficiência do processo de adoção, promovendo uma maior aproximação entre crianças e famílias adotivas.

Cury (2010), argumenta que:

Quis o legislador, de um lado, privilegiar a tutela ou guarda legal em detrimento da guarda de fato, assim como criar entraves à chamada “adoção *intuitu personae*”, que geralmente, envolve crianças recém-nascidas ou de tenra idade, que são confiadas à guarda de fato de terceiros, de forma completamente irregular, não raro à custa de paga ou promessa de recompensa (caracterizando assim o crime tipificado no art. 238 do ECA). Pessoas interessadas em adotar devem ter consciência de que o único caminho a seguir é o caminho legal, com a prévia habilitação (e preparação) à adoção, não podendo a Justiça da Infância e da Juventude ser complacente com aqueles que agem de má-fé e/ou usam meios escusos para a obtenção da guarda ou adoção de uma criança.

Para superar as dificuldades enfrentadas pelo sistema de adoção brasileiro, é fundamental uma atuação conjunta entre o poder público, a sociedade civil e os profissionais envolvidos. Oliveira (2016) destaca a importância de uma abordagem integral, que envolva aprimoramentos legislativos, capacitação profissional, campanhas de conscientização e investimentos em acolhimento institucional de qualidade.

Em conclusão, o sistema de adoção brasileiro enfrenta desafios significativos, como a existência de um grande número de crianças em acolhimento, as preferências seletivas das famílias adotivas e a burocracia nos processos. No entanto, também há avanços importantes, como a adoção tardia e a implementação do Cadastro Nacional de Adoção. É fundamental buscar soluções que promovam a igualdade de oportunidades para todas as crianças, garantindo que elas possam encontrar um lar amoroso e estável. Isso requer o esforço conjunto de todos os atores envolvidos, visando aprimorar o sistema de adoção, eliminar desigualdades e assegurar o bem-estar das crianças que aguardam por uma família.

As dificuldades das preferências seletivas no processo de adoção são um tema relevante e complexo, com impactos significativos para as crianças que estão em busca de um lar. Neste ensaio, abordaremos as perspectivas de autores renomados sobre o tema, utilizando citações de acordo com o formato solicitado. Uma das principais dificuldades

das preferências seletivas no processo de adoção é a exclusão de certos grupos de crianças que não atendem aos critérios preferenciais estabelecidos pelas famílias adotivas. Jennifer Anne Brown (2018) argumenta que ao estabelecer critérios restritos para adoção, as famílias adotivas podem inadvertidamente perpetuar desigualdades e negar oportunidades para crianças que já enfrentam adversidades significativas (Brown, 2018, p. 23). Essa citação destaca a preocupação de que as preferências seletivas possam acentuar as desigualdades e limitar as chances de adoção para crianças que já enfrentam dificuldades em suas vidas.

Além disso, as preferências seletivas podem ter implicações negativas para crianças mais velhas e adolescentes que estão em busca de um lar adotivo. Emily Berry (2019) argumenta ao priorizar a adoção de crianças mais jovens, muitas vezes negligenciamos as necessidades e os direitos dos adolescentes que também estão em busca de um ambiente familiar amoroso e estável (Berry, 2019). Vemos assim, a importância de considerar as necessidades de todas as faixas etárias no processo de adoção, buscando evitar a exclusão e o preconceito contra crianças mais velhas.

A preferência por crianças de determinada raça ou etnia reflete um viés profundamente enraizado na sociedade e perpetua a ideia de que a família ideal deve ter uma correspondência perfeita em termos de aparência" (Ost-Vollmers, 2017). Existe a necessidade de superar os preconceitos raciais e étnicos no processo de adoção, a fim de garantir oportunidades iguais para todas as crianças, independentemente de sua origem étnica.

Além disso, é importante considerar as implicações psicológicas e emocionais das preferências seletivas para as crianças que estão em busca de adoção. Deborah A. Goelman (2008) afirma: "quando as crianças percebem que não são escolhidas devido a características além de seu controle, como idade, raça ou histórico médico, isso pode afetar negativamente sua autoestima e senso de pertencimento" (Goelman, 2008, p. 78).

Diante desse cenário é perceptível que as consequências negativas que as preferências seletivas podem ter no bem-estar emocional das crianças, afetando sua percepção de valor e autoestima. No entanto, é importante reconhecer que as preferências seletivas também podem surgir de preocupações legítimas e necessidades específicas das famílias adotivas. Amy E. Anderson (2015) observa que é compreensível que as famílias adotivas possam ter preferências específicas, pois desejam criar uma conexão significativa com a criança adotada e proporcionar o melhor ambiente possível para seu desenvolvimento (Anderson, 2015, p. 112).

Dessa forma, é crucial encontrar um equilíbrio entre as preferências seletivas legítimas e a garantia de igualdade de oportunidades para todas as crianças. Embora seja razoável que as famílias adotivas tenham suas preferências, é importante garantir que essas preferências não sejam usadas para perpetuar desigualdades e discriminação no sistema de adoção (Barth, 2017). Essa citação ressalta a importância de abordar as preferências seletivas de forma consciente e responsável, visando sempre o melhor interesse das crianças e promovendo a igualdade de oportunidades no processo de adoção.

O sistema de adoção brasileiro é um assunto de grande importância e complexidade, abrangendo questões legais, sociais e psicológicas. Neste ensaio, discutiremos o sistema de adoção no Brasil, suas características, desafios e avanços, utilizando citações de autores para enriquecer a análise.

Para compreender o sistema de adoção brasileiro, é fundamental entender o marco legal que o orienta. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, é a principal legislação que regula a adoção no país. Sobre isso, Maria Berenice Dias (2018) afirma:

"A adoção no Brasil é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece princípios fundamentais para garantir os direitos das crianças e adolescentes em processo de adoção" (Dias, 2018, p. 123).

O ECA busca assegurar o melhor interesse da criança, garantindo sua proteção integral e buscando garantir a convivência familiar e comunitária.

No entanto, o sistema de adoção brasileiro enfrenta desafios significativos. Um dos principais obstáculos é a existência de um número expressivo de crianças em instituições de acolhimento, aguardando por uma família adotiva. Em relação a isso, Denise Maria Perissini da Silva (2019) destaca: "ainda existem muitas crianças em situação de acolhimento, aguardando um processo de adoção, o que evidencia a necessidade de aprimorar as políticas e práticas de adoção no Brasil" (Silva, 2019, p. 87).

Por outro lado, Minahim (2017, n.p.) argumenta que "normalmente, não é a situação econômica que afasta as crianças, mas uma condição mínima de cuidado que não é observado por esses pais e mães", assim, pode se concluir que apenas o desamparo econômico-social daquela família não é caráter exclusivo para colocar uma criança em adoção. A autora ainda argumenta que "a pobreza ou falta de condições econômicas é um fator que faz com que as redes de proteção sejam acionadas para dar estrutura para essas famílias".

Um aspecto desafiador do sistema de adoção brasileiro está relacionado às preferências seletivas das famílias adotivas. As preferências podem incluir critérios como idade, aparência física, origem étnica ou condições de saúde. Sobre essa questão, Maria Auxiliadora Minahim (2017) argumenta:

"As preferências seletivas podem resultar em um processo de adoção mais lento e restrito, dificultando a efetivação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes que não se enquadram nos critérios preferenciais" (Minahim, 2017, p. 56).

O sistema de adoção brasileiro também enfrenta desafios relacionados à burocracia e à morosidade dos processos. A demora nos processos de adoção, devido à burocracia e à falta de recursos adequados, pode gerar impactos negativos na vida das crianças e adolescentes, prolongando seu tempo de espera por uma família" (Kiyomura, 2020).

Todavia, de acordo com o Ministério da Justiça, de acordo com dados extraídos do CNCA (Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Há mais 46 mil crianças e adolescentes atualmente no Brasil em acolhimento. Desse número, de acordo com o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), apenas cerca de 7 mil estão aptas para adoção. Em contrapartida, o mesmo cadastro mostra que há mais de 37 mil pessoas interessadas em adotar. (ALVEZ, n.p., 2016).

Isso demonstra, que apesar do grande avanço nos mecanismos de adoção, há um descompasso em decorrência dos perfis de pretendentes e das crianças e adolescentes cadastrados, além de que, há dificuldades no trâmite para efetivação da adoção.

Em decorrência de tamanha morosidade e burocracia, o Superior Tribunal de Justiça, reconheceu, ao julgar o REsp. nº 1347228-SC que na adoção deve-se prevalecer o interesse do menor.

Deste modo, indubitável o reconhecimento de novas espécies de adoção, atípicas, contudo, inevitáveis, pois dependendo do caso em concreto que a criança se encontra.

No entanto, é importante ressaltar os avanços e iniciativas positivas no sistema de adoção brasileiro. A adoção tardia é um exemplo disso, em que crianças mais velhas ou com necessidades especiais encontram uma oportunidade de ter uma família. Sobre esse aspecto, a adoção tardia é um caminho promissor para crianças e adolescentes que estão há tempos nas instituições de acolhimento, permitindo-lhes construir vínculos afetivos e ter uma família para chamar de sua (Niederauer, 2018).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção é um tema de extrema importância, envolvendo a construção de vínculos afetivos e a possibilidade de oferecer um lar amoroso e estável para crianças que não podem conviver com suas famílias. Ao discutir as dificuldades das preferências seletivas no processo de adoção, fica evidente a necessidade de equilibrar as expectativas das famílias adotivas com a promoção da igualdade de oportunidades para todas as crianças.

O sistema de adoção brasileiro enfrenta desafios como a morosidade nos processos, a existência de um número significativo de crianças em acolhimento e as preferências seletivas das famílias adotivas. No entanto, também há avanços significativos, como a adoção tardia e a implantação do Cadastro Nacional de Adoção, que buscam simplificar e tornar mais eficiente o processo de adoção.

A superação dessas dificuldades exige uma atuação conjunta do poder público, da sociedade civil e dos profissionais envolvidos. É preciso investir em políticas públicas efetivas, capacitação profissional, campanhas de conscientização e maiores incentivos à adoção tardia. Além disso, é fundamental combater o preconceito, os estereótipos e a exclusão, garantindo que todas as crianças tenham oportunidades iguais de encontrar um lar.

É fundamental que as preferências seletivas sejam abordadas de forma consciente e responsável, tendo sempre em conta o superior interesse das crianças. As famílias adotivas devem levar em consideração suas preferências legítimas, mas sem manter a desigualdade e a discriminação no processo de adoção.

Diante do exposto, a hipótese apresentada busca dar prioridade às crianças e adolescentes que estão à mercê do sistema, haja vista que é obrigação do Estado tratar com prioridade as questões relativas aos direitos dos menores, dada a necessidade de que as crianças e adolescentes devem ter a oportunidade de viver e crescer em um ambiente digno e saudável. É preciso reconhecer que o Estado se omite quanto aos direitos desses menores, que, além de crescerem em meio a um ambiente totalmente desestruturado, acabam perdendo as expectativas quanto às possibilidades futuras, tendo em vista que já se sentem frustrados desde a infância. Dessa forma, é preciso tratar prioritariamente a criança e o adolescente, considerando que são mais vulneráveis, que precisam que suas necessidades sejam atendidas sem afrontar os princípios necessários para uma vida digna e estável, pois são pessoas que devem ser tratadas com dignidade, com satisfação de suas necessidades.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Maria. O Cadastro Nacional de Adoção como ferramenta para agilizar o processo de adoção no Brasil. In: SANTOS, Ana Lúcia; LIMA, Rafaela Silva (Orgs.). *Perspectivas da Adoção no Brasil*. São Paulo: Editora XPTO, 2019. p. 37-51.

ALVES, J. F. *Adoção, a procura de uma lei melhor*. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2016.

BRASIL, Lei nº 8.069, de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 24/07/2023.

BORDALLO, G. A. C. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos* (Coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). São Paulo. Saraiva. 2015.

CHAVEZ, A. *Adoção e Guarda*. Belo Horizonte. Del Rey. 2010.

CURY, Munir (Coord). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 11 ed, p. 237-238. São Paulo. Malheiros. 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Preferências seletivas na adoção: um desafio para a igualdade*. São Paulo: Editora XPTO, 2018.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. São Paulo. Saraiva, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. 2017. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, v. 31.

KIYOMURA, Juliana. Burocracia e morosidade nos processos de adoção: uma análise crítica. In: ALMEIDA, Sílvia Ferreira; ROCHA, Luciana Moura (Orgs.). *Desafios Contemporâneos da Adoção*. Rio de Janeiro: Editora DEF, 2020. p. 99-116.

LIMONGI FRANÇA, R. *Instituições de Direito Civil: todo o Direito Civil num só volume*. São Paulo. Saraiva. 1999.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Preferências seletivas na adoção: uma análise crítica*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 19, n. 96, p. 53-68, 2017.

NIEDERAUER, Carlos Antônio Cardoso. *Adoção tardia: uma análise dos desafios e benefícios para crianças e adolescentes*. *Psicologia em Estudo*, v. 23, e44642, 2018.

OLIVEIRA, Maria de Fátima. *Reflexões sobre a construção de um sistema de adoção efetivo*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 18, n. 92, p. 87-97, 2016.

DIAS, M. B. Filhos do Afeto: Questões jurídicas. 2º ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017.

RODRIGUES, S. Direito Civil, 27 ed. São Paulo. Saraiva. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

SILVA, Denise Maria Perissini da. Reflexões sobre a adoção tardia: perspectivas e desafios. In: OLIVEIRA, Eloisa Leite; CARVALHO, Renata Souza (Orgs.). Adoção Tardia: desafios e possibilidades. São Paulo: Editora ABC, 2019. p. 85-99.

TARTUCE, F. Direito Civil. Direito de Família. 13º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WEBER, L.N.D.; KOSSOBUDZKI, L.H.M. 1996. Filhos da solidão: institucionalização, abandono e adoção. Curitiba, Governo do Estado do Paraná, p. 211

A NACIONALIDADE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL E BRASILEIRO

KATHELEEN ANDREA OLIVEIRA SOUTO:

Discente do Curso de Bacharelado em Direito na Universidade Luterana do Brasil²⁸⁵.

JOÃO CHAVES BOAVENTURA²⁸⁶

(orientador)

Resumo: O presente estudo se propõe a analisar o instituto jurídico da nacionalidade, destacando seus conceitos, efeitos na identidade e pertencimento, na proteção e direitos civis, na participação política, na proteção diplomática e no acesso aos direitos humanos internacionais. A nacionalidade está intrinsecamente ligada à cultura, história, língua e tradições de um país, e é por meio desse vínculo jurídico e político que os cidadãos têm acesso a direitos fundamentais, como liberdade de expressão, igualdade de direitos, direito à vida e à segurança pessoal, criando um senso de pertencimento e coesão social. O presente artigo examina a importância da matéria e suas implicações, incluindo os fenômenos de aquisição e perda da nacionalidade e seus requisitos. Por fim, o artigo foi fundamentado em pesquisas bibliográficas, por meio de artigos científicos que abordam o tema pesquisado.

Palavras-chave: Nacionalidade. Direito Internacional. Nacionalidade no Brasil. Direitos Fundamentais.

Abstract: The present study aims to analyze the legal institute of nationality, highlighting its concepts, effects on identity and belonging, protection and civil rights, political participation, diplomatic protection and access to international human rights. Nationality is intrinsically linked to the culture, history, language and traditions of a country, and it is through this legal and political link that citizens have access to fundamental rights, such as freedom of expression, equal rights, right to life and security personal, creating a sense of belonging and social cohesion. This article examines the importance of the matter and its implications, including the phenomena of acquisition and loss and their requirements. Finally, it was based on bibliographical research, through scientific articles that address the researched topic.

285 E-mail: koliveirasouto@gmail.com

286 Docente da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA)

Keywords: Nationality. International right. Nationality in Brazil. Fundamental Right

1.Introdução

Com a intensificação do movimento global, o contato de indivíduos com outros países tornou-se inevitável. O número elevado de pessoas estabelecendo residência distante do seu local de origem reflete diretamente no instituto da nacionalidade. Isto pois, em muitos casos, adquirem nova nacionalidade para ali permanecer.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, surgiu após a Segunda Guerra Mundial e delineou os direitos humanos básicos, fazendo constar em seu artigo 15 que "todo homem tem direito a uma nacionalidade", e complementa o princípio com o parágrafo seguinte: "Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade".

Nesta senda, a nacionalidade passou a ser tratada como um direito humano fundamental, intrínseco ao indivíduo e estreitamente ligado à sua dignidade, sendo essencial para o reconhecimento do ser humano como pessoa de direitos e deveres. Ou seja, a nacionalidade é um vínculo jurídico-político que une uma pessoa física a um Estado, do qual decorrem diversos direitos e obrigações recíprocas.

Para o Direito Internacional, é a definição da condição de nacional que determinará a aplicação ou não da proteção diplomática, da condição jurídica do estrangeiro, do exercício de direitos políticos, da lei aplicável, da jurisdição. Para o Direito Interno, a matéria mostra-se relevante visto que somente o nacional possui direitos políticos e acesso às funções públicas, tem obrigação de prestar serviço militar, tem plenitude de direitos privados e profissionais e é protegido da expulsão ou da extradição.

A Convenção de Haia de 1930 foi a primeira tentativa internacional de garantir a aquisição da nacionalidade à todas as pessoas, e aborda em seu primeiro artigo sobre o princípio da competência ao estabelecer que "cabe a cada Estado determinar, segundo a sua própria legislação, quem são os seus nacionais". Assim, estando em conformidade com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade, essa legislação será aceita pelos outros Estados.

Portanto, compete a cada Estado legislar, através de seu direito interno, sobre as questões relativas à nacionalidade. Sob esse prisma, a Constituição Federal Brasileira de 1988, versa sobre a matéria em seu artigo 12, e estabelece os critérios para a aquisição da nacionalidade brasileira, distinguindo quem é brasileiro nato, naturalizado e estrangeiro, além de elencar taxativamente os casos de perda de nacionalidade.

Além disso, é importante mencionar que o processo de aquisição da nacionalidade brasileira também envolve outras formas, como naturalização, adoção e opção, regulamentadas pela Lei de Nacionalidade (Lei nº 13.445/2017).

Torna-se, portanto, evidente que a nacionalidade está diretamente relacionada ao reconhecimento e à garantia dos direitos humanos internacionais. Tratados e convenções de direitos humanos frequentemente estabelecem direitos e proteções específicas para os cidadãos de determinado Estado. Sem uma nacionalidade reconhecida, as pessoas podem enfrentar dificuldades em obter a proteção e os benefícios assegurados por esses instrumentos internacionais, prejudicando sua proteção e seus direitos fundamentais.

2.Desenvolvimento

2.1. A Nacionalidade como Direito Fundamental

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) declarou que o direito à nacionalidade é um dos mais importantes direitos do homem, depois do direito à própria vida, isto pois, todas as prerrogativas, garantias e benefícios que o indivíduo obtém por pertencer a uma comunidade política e social, o Estado, decorrem ou são apoiados pelo direito.

O instituto da nacionalidade surgiu do conceito de Estado e seus efeitos, passando a ser influenciado ulteriormente pela soberania. Na perspectiva histórica, o direito à nacionalidade foi uma conquista lenta e fruto das revoluções liberais (RAMOS, 2017, p. 902-903). Desde os primórdios, o ser humano sempre procurou conquistar seu espaço, assim, ante a necessidade de efetivar a atuação do povo e conter a arbitrariedade do governo, foi necessário determinar quem era o povo para então conceder-lhes poder para construir uma comunidade política.

Diferentes correntes doutrinárias divergem na definição do elemento caracterizador da nacionalidade, sob o prisma sociológico. Uma abordagem, de origem alemã, concebe a nacionalidade como tendo bases objetivas, abrangendo fatores como território, raça, religião, língua e comunidade cultural, que podem existir de maneira isolada ou em conjunto, e é conhecida como teoria objetiva.

Em contraste, a segunda corrente, de origem francesa e italiana, denominada teoria subjetiva ou voluntarista, rejeita a fundamentação da nacionalidade em bases objetivas, afirmando que esse vínculo deriva da vontade dos indivíduos de se unirem. Por fim, a terceira corrente argumenta que a nacionalidade é determinada *a posteriori*, com base na realidade empírica, uma vez que os elementos mencionados pelas teorias objetiva e

subjetiva são considerados apenas como explicadores do "pró-nacionalismo", ou seja, das razões que levam os indivíduos a desejar se unir, mas não explicam o vínculo em si (JUBILUT, 2007, p. 120-121).

No que pese as discussões supramencionadas, hodiernamente, a nacionalidade é considerada um vínculo jurídico-político. Nas palavras do ilustríssimo doutrinador, Francisco Cavalcante Pontes de Miranda: "é o vínculo jurídico-político de Direito Público, interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado." Acerca dessa temática, Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1977) nos apresenta o seguinte conceito de nacionalidade:

A nacionalidade é o vínculo que prende um indivíduo a um Estado, fazendo desse indivíduo um componente do povo desse Estado, integrante, portanto, de sua dimensão pessoal. É o direito de cada Estado que diz quem é nacional e quem não o é, ou seja, quem é estrangeiro. Segundo direito internacional público, o nacional continua preso ao Estado, de cujo povo é membro, mesmo quando se acha fora do alcance de seu poder, estabelecido em território de outro Estado.

Na concepção de Aguinaldo Allemar (2007, p. 29), a nacionalidade

não está necessariamente relacionada à crença, religião, condição social ou ideologia. É o elo jurídico porque o nacional de um determinado Estado encontra-se compulsoriamente vinculado à obediência de seu ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que faz jus aos seus direitos civis. E é também elo político, porque o devidamente registrado como nacional goza de todos os direitos políticos inerentes à condição de cidadão, como, por exemplo, o ato de votar e ser votado, limitados estes apenas pelo ordenamento jurídico a que está vinculado.

Como visto, a nacionalidade possui duas perspectivas: a jurídica e/ou política, chamada de dimensão vertical e a sociológica, chamada de dimensão horizontal. A primeira, segundo Jacob Dolinger (2005), é o vínculo entre o indivíduo e o Estado ao qual pertence, da qual discorre uma série de obrigações do indivíduo para com o Estado, com a contrapartida da proteção diplomática que o Estado estende ao indivíduo onde quer que se encontre no exterior. Enquanto o conceito sociológico da nacionalidade consiste no pertencimento do nacional de determinado Estado ao seu povo, à nação.

Ora, entende-se então que a nacionalidade desempenha um papel crucial na definição da identidade e pertencimento de cada indivíduo, e compõe um amplo conjunto de fatores determinantes para existência do Estado e do indivíduo, permitindo que os nacionais exerçam seus direitos tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo.

No campo do Direito Internacional, o tema da nacionalidade é amplamente discutido por diversos autores e doutrinas, inclusive, elencada em vários tratados e convenções, dentre elas a Convenção de Haia sobre conflitos de nacionalidade de 1930, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.

Alguns princípios foram consagrados nesses diplomas internacionais, dois deles merecem destaque, como o princípio do Direito à Nacionalidade, previsto no art. 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que além de garantir a todos os indivíduos pelo menos uma nacionalidade, assegura que ninguém pode ser arbitrariamente privado dela e nem da sua mudança (OHCHR, 1948), em uma tentativa de evitar o fenômeno indesejado dos apátridas.

O princípio da competência, previsto no art. 1º da Convenção de Haia de 1930, afirma que cabe a cada Estado legislar sobre a nacionalidade de seus indivíduos, ou seja, cada Estado é livre para legislar sobre a matéria, é uma atribuição interna que “será aceita por todos os demais Estados, desde que esteja de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade”.

Em complemento ao parágrafo anterior, é importante mencionar que, no que concerne a dupla nacionalidade, a Convenção em seu art. 3º assevera que “sob reserva das disposições da presente Convenção um indivíduo que tenha duas ou mais nacionalidades poderá ser considerado por cada um dos Estados cuja nacionalidade possua seu nacional”.

Neste sentido, pode-se afirmar que são, portanto, nacionais de um Estado aqueles que o seu direito define como tais. É uma situação jurídica e não uma mera situação de fato (BASTOS, 1988-89, p. 547).

Em síntese, é a definição da condição de nacional que, para o Direito Internacional, vai determinar a aplicação ou não, da proteção diplomática, da condição jurídica do estrangeiro, do exercício de direitos políticos, da lei aplicável, da jurisdição, dentre outros (MELLO, p.955).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconhece, expressamente, a nacionalidade como direito fundamental. No âmbito político, a nacionalidade é uma condição necessária para o exercício dos direitos políticos, tais como o direito de voto e o direito de se candidatar a cargos públicos. Através da nacionalidade, os indivíduos têm a oportunidade de participar ativamente do processo democrático, influenciando as decisões que tiveram suas vidas e desejando a governança do país. Isso permite a expressão da vontade popular e a construção de sociedades mais justas e inclusivas.

Dessa forma, considerando a natureza do direito fundamental à nacionalidade, observa-se que ele desfruta de todas as proteções inerentes aos demais direitos fundamentais. É por isso que a nacionalidade é reconhecida como um direito humano e fundamental, uma vez que a ausência de nacionalidade de um indivíduo implica na sua condição de desamparo perante o poder estatal, impossibilitando-o até mesmo de pleitear a efetivação de seus direitos no âmbito da ordem jurídica soberana. De fato, negar a atribuição de nacionalidade a um sujeito equivale a negar-lhe a titularidade de direitos, privando-o, conseqüentemente, de qualquer forma de proteção legal.

Essas diferentes abordagens doutrinárias tanto no Direito Internacional quanto no Direito Brasileiro refletem a diversidade de perspectivas sobre o conceito de nacionalidade e a forma como ela é adquirida. Cada sistema jurídico busca estabelecer critérios que sejam adequados às suas particularidades e às necessidades de sua sociedade, levando em consideração aspectos como a identidade nacional, a integração social e os princípios de justiça e igualdade.

2.2. Formas de aquisição e perda da nacionalidade

A aquisição da nacionalidade envolve diferentes espécies e critérios, que são estabelecidos pelas legislações de cada país. No contexto brasileiro, a nacionalidade é tratada principalmente pela Constituição Federal de 1988 e por legislação específica.

Decorre da doutrina duas espécies de nacionalidade: a primária, também chamada de originária, que é adquirida automaticamente no momento do nascimento, ou seja, a pessoa possui essa nacionalidade devido à sua origem; e a secundária, também chamada de derivada ou adquirida, que um indivíduo busca obter após o seu nascimento, não relacionada à sua origem, mas sim decorrente de eventos posteriores ao nascimento, isto é, deriva de atos voluntários, geralmente por meio do processo de naturalização.

O artigo 12 da Constituição estabelece os critérios para a aquisição originária da nacionalidade brasileira. Dentre esses critérios, destacam-se o princípio do nascimento (*ius soli*), que concede a nacionalidade aos indivíduos nascidos no território brasileiro, independentemente da nacionalidade de seus pais, e o princípio da filiação (*ius sanguinis*),

que permite a aquisição da nacionalidade por descendência de brasileiros. O Brasil adota tradicionalmente o *jus soli*, contudo, há exceções em prol do *jus sanguinis*, portanto, pode-se dizer que o Brasil adere à um sistema misto (MELLO, p. 957).

A Constituição Federal define os nacionais da seguinte forma:

Art. 12. São brasileiros:

I- natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

Por seu turno, a aquisição da nacionalidade derivada no Brasil está prevista constitucionalmente no inciso seguinte:

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

A nacionalidade secundária ou derivada é obtida por meio do processo de naturalização, o qual atualmente é majoritariamente um ato de escolha voluntária por parte do indivíduo. Quando a naturalização é um ato voluntário, o indivíduo renuncia à sua nacionalidade anterior, podendo, em algumas legislações, ser tácita, diferentemente do

Brasil, que admite somente a forma expressa, observando as regras específicas. Ademais, a concessão de naturalização é ato discricionário do Poder Executivo, portanto, a simples satisfação dos requisitos acima não assegura a nacionalização do estrangeiro (MORAES, p.203).

Ressalta-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, as disposições do artigo 12, inciso II, da Constituição Federal estipulam as diretrizes fundamentais para o processo de naturalização de estrangeiros, enquanto os critérios objetivos para essa modalidade de obtenção da nacionalidade são definidos na legislação específica, Lei nº 13.445/2017, conhecida como a Lei de Migração, em seus artigos 64 a 73.

Não obstante, cumpre salientar que, por via de regra, os indivíduos que obtêm a nacionalidade brasileira por meio de naturalização terão os mesmos direitos que os brasileiros natos, conforme estabelecido na própria Constituição Federal, em seu art. 2º, § 2º. Todavia, é essencial notar que existem exceções, como as previstas no terceiro parágrafo do referido dispositivo legal, que estabelece as funções reservadas aos brasileiros natos.

Outro ponto importante é a perda da nacionalidade, considerada um dos pilares da identidade jurídica de um indivíduo. A Constituição Federal prevê as hipóteses no parágrafo 4º, incisos I e II, do seu artigo 12. Um dos casos de perda da nacionalidade é quando o brasileiro tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de fraude relacionada ao processo de naturalização ou de atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Além disso, a perda da nacionalidade também pode ocorrer quando o brasileiro fizer pedido expresso de perda da nacionalidade brasileira perante autoridade brasileira competente, ressalvadas situações que acarretem apatridia. Isso significa que um indivíduo que manifesta, de forma clara e consciente, o desejo de abrir mão de sua nacionalidade brasileira poderá perdê-la. No entanto, é importante observar que existem diferenças legais que permitem a dupla nacionalidade em determinadas situações, como nos casos de países que reconhecem a nacionalidade originária de seus cidadãos mesmo após a naturalização em outro país.

Outrossim, há conflito de nacionalidade quando o mesmo indivíduo é titular de duas ou mais nacionalidades (conflito positivo) ou quando o indivíduo está na situação de apatridia, sem qualquer nacionalidade (conflito negativo) (HUSEK, 2017).

Hannah Arendt, na obra "As Origens do Totalitarismo" traz importante esclarecimento quando diz que:

Ser privado da nacionalidade é como ser privado da pertença ao mundo, é como retornar ao estado natural, como homens das cavernas ou selvagens... O homem que não é nada mais que um homem perdeu aquelas qualidades que tornaram possível para outras pessoas o tratarem como igual... Pode viver ou morrer sem deixar vestígios, sem ter contribuído em nada para o mundo comum.

Importante frisar que, uma vez perdida a nacionalidade é possível a sua reaquisição da nacionalidade. O indivíduo readquire a nacionalidade no mesmo *status* que possuía antes de perdê-la: se era brasileiro nato, voltará a ser brasileiro nato; se naturalizado, voltará a ser naturalizado (SILVA, p. 335). Diante desse viés, a perda da nacionalidade no direito brasileiro está relacionada a casos específicos previstos na legislação, tais medidas visam preservar os interesses do Estado e garantir a segurança nacional, todavia, devem ser aplicadas de forma criteriosa e em consonância com os princípios constitucionais e legais, uma vez que envolve a privação de um direito fundamental do ser humano.

2.3. Limites do poder dos Estados em relação à nacionalidade

Os limites do poder dos Estados em relação à temática da nacionalidade são alcançados tanto na esfera jurídica internacional quanto na esfera jurídica nacional, e são essenciais para garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e para evitar arbitrariedades por parte dos Estados.

Como mencionado alhures, cabe a cada Estado determinar através de sua própria legislação quais são os seus nacionais, resultado da soberania estatal. Portanto, não cabe ao direito internacional, mas ao direito interno, determinar quem é, e quem não é considerado um súdito (OPPENHEIM, 1955).

Contudo, no que pese a determinação da nacionalidade e as implicações legais a ela associadas sejam, de um lado, regidas pelas normas internas do Estado em questão, o conceito de nacionalidade, paradoxalmente, é um elemento com raízes no direito internacional. A coexistência de Estados soberanos e o estabelecimento de relações internacionais são, ao que parece, premissas fundamentais para a própria conceituação de nacionalidade (SCELLE p. 66).

Como corolário, pode-se notar que não se trata apenas de um assunto de âmbito nacional, mas também de relevância internacional. Nesse contexto, é importante observar que a prerrogativa do Estado em dirimir questões relativas à nacionalidade pode ser sujeita a limitações estabelecidas por convenções e práticas internacionais, bem como pelos princípios jurídicos universais amplamente aceitos.

Na esfera jurídica internacional, as normas e os princípios do direito internacional dos direitos humanos são relevantes na definição dos limites do poder dos Estados em relação à perda da nacionalidade. Diversos tratados e convenções internacionais estabelecem os direitos e garantias dos indivíduos no contexto da nacionalidade, visando evitar a violação aos direitos humanos. Por exemplo, o princípio da não discriminação que assegura o tratamento igualitário a todos os indivíduos, limita a capacidade dos Estados de fazer mudanças arbitrárias ou discriminatórias nas leis de nacionalidade.

No âmbito nacional, a Constituição Federal é a principal fonte de limitação do poder estatal em relação à perda da nacionalidade. No Brasil, a Constituição de 1988 assegura a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo princípios e garantias que devem ser observados pelo Estado no exercício de seu poder. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e o princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) são fundamentais na definição dos limites do poder estatal em matéria de perda da nacionalidade.

É de suma importância que as leis internas que regulam a nacionalidade sejam compatíveis com os princípios de direito geralmente reconhecidos acerca da matéria, as convenções internacionais e o costume internacional para que seja aceita pelos demais Estados. Isto pois, os Estados devem considerar o impacto das mudanças em suas leis de nacionalidade, de modo que uma alteração não resulte na apatridia, situação em que uma pessoa não é considerada nacional por nenhum Estado.

Torna-se, portanto, evidente que, embora os Estados mantenham a soberania sobre suas regras de nacionalidade, a teoria jurídica atualmente reconhece que essa autoridade está sujeita a uma rede de obrigações e limitações derivadas do direito internacional e dos princípios de direitos humanos. Isso garante a proteção dos direitos individuais e promove a estabilidade nas relações internacionais, concomitantemente em que preserva a identidade e a autonomia dos Estados.

3. Conclusão

A nacionalidade é um direito inerente a todos os seres humanos, e consiste no vínculo jurídico- político que liga o indivíduo ao Estado, ou, em outras palavras, o elo entre a pessoa física e um determinado Estado (PONTES DE MIRANDA, p. 347). Paulo Henrique Gonçalves Portela (2011, p. 259) define a nacionalidade como “vínculo jurídico-político que une uma pessoa física a um Estado, do qual decorre uma série de direitos e obrigações recíprocas”.

O referido instituto, em sua essência, é primordialmente objeto de regulamentação pelo ordenamento jurídico interno. Em termos mais específicos, a determinação acerca da

concessão da nacionalidade por parte do Estado é um ato de soberania, incumbindo exclusivamente a cada ente estatal a prerrogativa de estipular as normas que nortearão a atribuição de sua própria nacionalidade e, em certos casos, deliberar discricionariamente sobre sua conferência aos indivíduos, sem que qualquer interferência de outro Estado seja admitida nesse processo.

Embora seja de competência do Estado a elaboração da legislação relativa às políticas de nacionalidade, é importante ressaltar que esse instituto possui *status* de direito fundamental, conferindo proteção a todos os seres humanos em âmbito global, conforme estipulado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Quando o Estado concede a nacionalidade a um indivíduo, ele reconhece seus direitos e obrigações, ao mesmo tempo em que assegura sua proteção para além das fronteiras. Conforme observado por Dolinger (2013), nos países que adotam a nacionalidade como critério principal para regular as questões relativas ao estatuto pessoal, a determinação da nacionalidade assume um papel de suma importância no contexto do Direito Internacional Privado. Além disso, a assistência diplomática daqueles que se encontram no exterior e que igualmente dependem desse critério.

O Brasil utiliza o princípio do *ius soli* como regra geral para determinar a nacionalidade originária, o que significa que, em princípio, basta que uma pessoa nasça em solo brasileiro para ser considerado brasileiro nato. No entanto, em situações excepcionais, admite-se a aplicação do princípio do *ius sanguinis*, desde que sejam atendidas certas condições, permitindo que a pessoa obtenha a nacionalidade de acordo com a ascendência paterna ou materna. Adicionalmente, temos a naturalização ou nacionalidade secundária, adquirida após o nascimento e decorre da vontade do próprio indivíduo.

Conforme exposto, ao analisar o sistema internacional e a ordem jurídica nacional, podemos concluir que a nacionalidade é um direito inalienável que está intrinsecamente ligado à natureza humana. Sua ausência compromete de maneira significativa a existência saudável e digna das pessoas.

Realizado por meio de pesquisa bibliográfica, o presente estudo evidenciou a necessidade de uma relação coesa e harmoniosa entre o Direito Internacional e o Direito Interno, especialmente em um mundo globalizado, no qual as interações humanas desempenham um papel inevitável e crucial.

4. Referências

ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALLEMAR, Aguinaldo. Direito internacional. Curitiba: Juruá, 2007.

ARENDT, Hanna. As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Editora Saraiva, 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 out. 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 de julho de 2022.

CONVENÇÃO DE HAIA. Decreto-Lei nº 3.087, de 21 de junho de 1999. Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. [S. l.], 31 mar. 2021.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: parte geral. 5. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Atualizada, 2013. 479 p.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1976. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, 2021.

FRAZÃO, Ana Carolina. Uma breve análise sobre o direito à nacionalidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57>. Acesso em: 16 out. 2023.

HUSEK, Carlos Roberto. Nacionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/494/edicao-1/nacionalidade>. Acesso em: 16 out. 2023.

JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 14. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 953-955.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Atlas, 2022.

OHCHR - OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 16 out. 2023.

OPPENHEIM, Lassa F.L. International law, a treatise, vol. I., 8a ed. Londres: Longmans, Green & Co. 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Forense, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 3. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 919.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REPORT ON CHILE, 1985, p.146, para. 6, apud Jaime Oraá, Human Rights in States of Emergency in International Law, 1996, p. 99.

SCELLE, Georges. Précis de Droit des Gens.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16a edição, São Paulo: Malheiros, 1999.

TANURE, Rafael Jayme. A nacionalidade sob a perspectiva da comunitarização do Direito Internacional Privado. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº. 191. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1485>> Acesso em: 16 out. 2023.

PROTEÇÃO DA MATERNIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: UM ESTUDO SOBRE A LEGISLAÇÃO, DIREITOS E DESAFIOS

LUANA PEREIRA PACHECO ALVES:
graduanda em Direito pela UNIBH²⁸⁷.

BIANCA PACHECO FERNANDES DO SANTOS

SILVANE FELIX CAMPOS

(coautores)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo examinar a realidade das detentas gestantes no sistema prisional brasileiro, abordando aspectos da garantia de seus direitos fundamentais quanto ao acompanhamento durante a gestação, amamentação, o contato com o nascituro e demais pontos relevantes ao tema. Serão discutidas as práticas adotadas pelas instituições prisionais femininas destinadas a proteger os direitos das grávidas gestantes quanto aos cuidados pré-natais e do recém-nascido. A ONU (Organização das Nações Unidas) estabelece a obrigação do poder público de adotar medidas não discriminatórias relacionadas à maternidade. Essas medidas incluem as Regras de Mandela, regra 29.1, que garantem a convivência familiar de crianças com responsáveis presos. Além disso, o Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, protege a dignidade do nascituro. Considerando esses princípios e após uma decisão recente do STF (Supremo Tribunal Federal) sobre Progressão de regime e maternidade (HC 217283), surge o problema de pesquisa que orienta a presente investigação: Em que medida as políticas e práticas atuais estão alinhadas com as diretrizes internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos das mulheres encarceradas em situação de maternidade? Buscando responder à problemática apresentada, o presente estudo tem como objetivo principal analisar como o sistema prisional brasileiro observa os princípios constitucionais de garantias fundamentais em relação às detentas e aos nascituros, com o intuito de identificar possíveis violações de direitos humanos e propor medidas para a promoção da igualdade de gênero e humanização do sistema. Além disso, tem como objetivos específicos: caracterizar o sistema carcerário feminino e o tratamento dado às detentas em estado gestacional; analisar a possibilidade do cumprimento da pena em domicílio em virtude da gestação. Para alcançar os objetivos propostos, optou-se pelo uso da metodologia do tipo qualitativa. Quanto aos meios, trata-se de uma investigação do tipo documental e bibliográfica; quanto aos fins, é uma pesquisa descritiva.

287 E-mail: luanappacheco0@gmail.com.

Palavras-chaves: Maternidade; Direitos Humanos; Mulheres; Sistema Prisional.

ABSTRACT: This article aims to examine the reality of pregnant inmates in the Brazilian prison system, addressing aspects of guaranteeing their fundamental rights regarding monitoring during pregnancy, breastfeeding, contact with the unborn child and other points relevant to the topic. Practices adopted by women's correctional institutions designed to protect the rights of expectant mothers regarding prenatal and newborn care will be discussed. The UN (United Nations) establishes the obligation of public authorities to adopt non-discriminatory measures related to maternity. These measures include the Mandela Rules, rule 29.1, which guarantee family coexistence for children with imprisoned guardians. Furthermore, the 2002 Civil Code, in its article 2, protects the dignity of the unborn child. Considering these principles and following a recent decision by the STF (Supreme Federal Court) on Regime Progression and Maternity (HC 217283), the research problem that guides this investigation arises: To what extent are current policies and practices aligned with the guidelines international and national protection of the human rights of incarcerated women in maternity situations? Seeking to respond to the problem presented, the main objective of this study is to analyze how the Brazilian prison system observes the constitutional principles of fundamental guarantees in relation to inmates and unborn children, with the aim of identifying possible violations of human rights and proposing measures for the promotion gender equality and humanization of the system. Furthermore, its specific objectives are: to characterize the female prison system and the treatment given to pregnant inmates; analyze the possibility of serving the sentence at home due to pregnancy. To achieve the proposed objectives, we chose to use qualitative methodology. As for the means, it is a documentary and bibliographical investigation; As for the purposes, it is a descriptive research.

Keywords: Maternity; Human rights; Women; Prison System.

1 INTRODUÇÃO

ade no sistema prisional feminino suscita questões cruciais sobre os direitos fundamentais das detentas gestantes e puérperas que enfrentam uma série de desafios no cárcere, como a falta de infraestrutura apropriada, assistência pré-natal e pós-gestacional, bem como a imposição de penas cruéis que limitam o convívio da criança com a mãe.

O sistema prisional não foi projetado considerando as necessidades das mulheres, o que agrava a precariedade das condições para as mulheres grávidas ou recém-paridas. Isso ocorre devido ao fato de que as unidades prisionais geralmente possuem uma proporção maior de instalações destinadas aos homens em comparação com as unidades

destinadas às mulheres, levando à negligência das particularidades femininas, especialmente no contexto da maternidade (BOTELHO, 2018).

A ONU (Organização das Nações Unidas) estabelece a obrigação do poder público de adotar medidas não discriminatórias relacionadas à maternidade. Essas medidas incluem as Regras de Mandela, regra 29.1, que garantem a convivência familiar de crianças com responsáveis presos. Além disso, o Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, protege a dignidade do nascituro. Considerando esses princípios e após uma decisão recente do STF (Supremo Tribunal Federal) sobre Progressão de regime e maternidade (HC 217283), surge o problema de pesquisa que orienta a presente investigação: Em que medida as políticas e práticas atuais estão alinhadas com as diretrizes internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos das mulheres encarceradas em situação de maternidade?

Buscando responder à problemática apresentada, o presente estudo tem como objetivo principal analisar como o sistema prisional brasileiro observa os princípios constitucionais de garantias fundamentais em relação às detentas e aos nascituros, com o intuito de identificar possíveis violações de direitos humanos e propor medidas para a promoção da igualdade de gênero e humanização do sistema. Além disso, tem como objetivos específicos: caracterizar o sistema carcerário feminino e o tratamento dado às detentas em estado gestacional; analisar a possibilidade do cumprimento da pena em domicílio em virtude da gestação.

Para alcançar os objetivos propostos, optou-se pelo uso da metodologia do tipo qualitativa. Quanto aos meios, trata-se de uma investigação do tipo documental e bibliográfica; quanto aos fins, é uma pesquisa descritiva.

O presente artigo é composto por cinco partes, a saber: a introdução, na qual são apresentados o objetivo da pesquisa, o problema e a metodologia. Em seguida, duas seções nas quais são abordados os seguintes temas: "Detentas em Processo de Gestação: O Sistema Prisional Brasileiro e as Garantias Fundamentais" e "A Possibilidade do Cumprimento da Pena em Domicílio em Virtude da Gestação". Ao final, são apresentadas as considerações finais e as referências que contribuíram para embasar a presente investigação.

2. DETENTAS EM PROCESSO DE GESTAÇÃO: O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ao se falar em encarceramento feminino, é imperativo tratar da realidade existente no Brasil. O país ocupa atualmente a quarta colocação no ranking mundial, com cerca de 30.625 mulheres encarceradas (DEPEN 2021). Em primeiro lugar, estão os Estados Unidos, com aproximadamente 211 mil mulheres presas; em segundo, a China, com mais de 107

mil presas; e a Rússia ocupa a terceira posição, com cerca de 48 mil mulheres privadas de sua liberdade (INFOPEN, 2021).

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2018), do Departamento Penitenciário Nacional, órgão ligado ao Ministério da Justiça, entre os anos de 2000 a 2016, o aumento do encarceramento feminino foi da ordem de 656%, acima da média masculina, que foi de 293% no mesmo período.

Entre os cinco países com maior população prisional feminina do mundo, o Brasil é o que apresenta a maior taxa de crescimento. A título de exemplo, enquanto a taxa de aprisionamento feminino no Brasil cresceu mais de 5 vezes, a da Rússia caiu 2%. Na comparação com o número de homens presos, o de mulheres pode ser considerado pequeno; são aproximadamente 640.089 homens presos e 30.625 mulheres (INFOPEN, 2021). E justamente por compor a minoria da população prisional do Brasil, as mulheres passam despercebidas na prisão.

Conforme o levantamento de 2021 (INFOPEN), o Brasil possui cerca de 1.180 unidades prisionais masculinas, 231 mistas e 138 femininas. Ou seja, mais de 76,18% das prisões no Brasil são exclusivamente masculinas, 14,92% são mistas e apenas 8,90% dedicadas a mulheres. Quanto às vagas por gênero, segundo dados do INFOPEN (2021), o Sistema Prisional brasileiro conta com o total de 466.529 vagas, sendo 433.628 (92,95%) masculinas e 32.901 (7,05%) vagas destinadas a mulheres.

O aumento da população carcerária feminina nos últimos 10 anos faz com que haja uma superlotação dos presídios dedicados exclusivamente a elas. Com a falta de espaço nesses locais, as mulheres passam a ser direcionadas aos presídios mistos, onde a situação da população feminina é delicada, uma vez que se tornam vítimas em potencial de abusos sexuais, verbais e morais.

Em relação ao número de gestantes e lactantes privadas de liberdade, é possível verificar que vem ocorrendo uma queda nos últimos anos. De acordo com o levantamento de informações penitenciárias do primeiro semestre de 2016, o país possuía 536 gestantes e 350 lactantes presas. Em contrapartida, conforme os dados do INFOPEN Mulheres (2019) até o mês de junho de 2017, existiam 342 mulheres gestantes e 196 lactantes. No relatório do Depen Nacional (2021), que contém os dados do segundo semestre de 2021, eram 159 gestantes/parturientes e 85 lactantes.

Com o elevado crescimento da população carcerária feminina, surge a preocupação em relação à maternidade exercida dentro dos presídios, diante disso, surge o problema de como as políticas públicas têm prestado assistência para as mulheres que são privadas

de sua liberdade na gestação, parto e pós-parto. A mulher que está privada de sua liberdade merece grande atenção, uma vez que existem peculiaridades da sua condição de mulher que devem ser discutidas, uma delas é a maternidade.

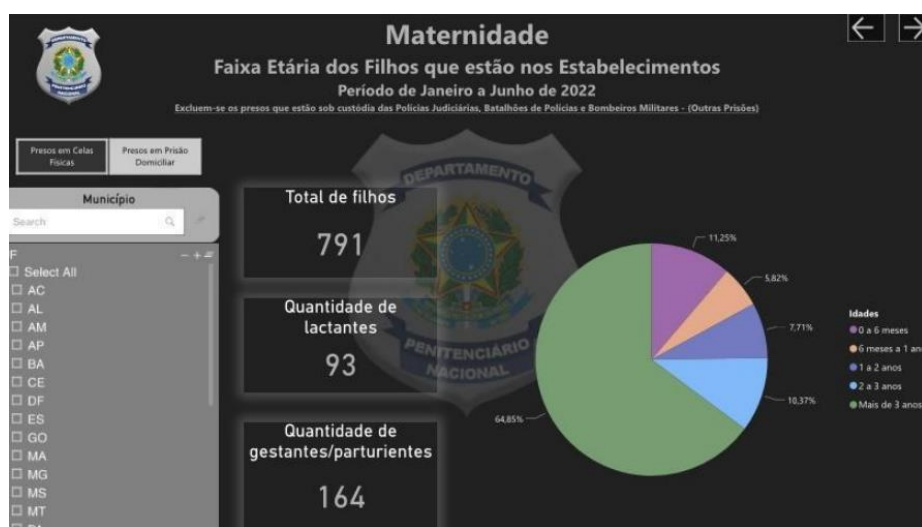
A maternidade exercida dentro do ambiente prisional é uma das especificidades da mulher presa, e deve ser fortemente considerada no levantamento das estatísticas e no debate das políticas públicas, devido ao seu alto nível de complexidade. Contudo, este assunto é pouco debatido e por isso apresenta escassas informações acerca da efetivação dos direitos das mulheres na gestação, parto e pós-parto, que estão privadas de liberdade.

A Constituição Federal de 1988 assegura a proteção à maternidade como parte dos Direitos Sociais garantidos às mulheres, com o objetivo de preservar o desenvolvimento do feto, conforme estipulado no artigo 6º, 201 e 203. No mesmo sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 8º, §10.

Diante disso, ainda dentro dos direitos sociais, tem-se o direito à saúde, tanto da mulher, quanto do seu bebê e que devem ser garantidos os cuidados médicos e de assistência. É importante salientar que esses direitos deveriam ser tratados direitos de fato e não concebidos na maioria de suas vezes como benefício (LASALA, 2012).

Na análise da infraestrutura dos estabelecimentos prisionais no que se refere a maternidade, serão utilizados dados apresentados na segunda edição do INFOPEN (2018) Mulheres de 2018. No que tange aos dados sobre a maternidade nos presídios brasileiros foi extraído o seguinte dado:

Imagem 1 - Maternidade



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional; Levantamento de Informações Penitenciárias - Período de janeiro a junho de 2022.

No período de janeiro a junho de 2022, o sistema penitenciário brasileiro contava com 164 gestantes/parturientes, 93 lactantes e 791 crianças que se encontravam na companhia das mães dentro das penitenciárias. Quanto a idade das crianças, 64,85% tinham mais de 3anos, 10,37% possuíam entre 2 a 3 anos, 7,71% de 1 a 2 anos, 5,82% de 6 meses a 1 ano, e 11,25% de 0 a 6 meses (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2022)

É evidente que a perda da liberdade acarreta, conseqüentemente, à limitação de outros direitos relacionados a este, como exemplifica Nucci ao explicar que aquele que tem plena pena a sua liberdade cerceada, acaba por não ter prerrogativa integral à intimidade. Entretanto, o mesmo não pode se estender e atingir os demais direitos inerentes àquele indivíduo, como por exemplo, o direito à honra, à integridade física, entre outros.

A Constituição Federal de 1988 cuidou em seu artigo 5º, inciso XLV, de um importante preceito penal, pilar doutrinário e jurisprudencial dos dias atuais: a individualização da pena, também conhecido como responsabilização pessoal da pena, é um princípio cauteloso de personalização e se fundamenta na lógica impetrada pelo Estado de que a sanção, com esmero os castigos penais, não deve passar da pessoa do criminoso (SOUZA, 2011).

Preceito material e processual, que possui a sua efetividade notadamente fracassada quando se trata da existência do cárcere feminino. Um universo onde a presença de crianças, não autoras de fato tipificados como crime, é normatizada e sobreposta a medida cautelar de prisão domiciliar, o nascimento e os primeiros meses de vida por entre as grades do sistema prisional brasileiro faz cair por terra o formalismo garantista das Leis e normas.

No contexto apresentado, a prisão domiciliar é discutida em relação à falta de consideração pela individualização da pena, já que o cárcere é imposto a um terceiro que não faz parte da relação processual. Esse indivíduo, que não era réu nem vítima e não integrava a tríade subjetiva do processo, surge dentro das prisões como sujeito de direitos. Apesar disso, sua humanidade é rejeitada pelo Judiciário, especialmente quando ele compartilha a prisão com a mãe, enquanto poderia estar em um ambiente doméstico, levantando assim a questão da possibilidade da prisão domiciliar (MORAIS, 2021).

Nesse sentido, diante da perspectiva que toda maternidade em situação prisional é vulnerável, a preservação de determinados direitos inerentes a esta torna-se um pressuposto para que seu exercício dentro das grades ocorra de forma menos prejudicial possível, tanto para mãe, quanto para o seu filho. Entretanto, o Estado mostra-se falho e

incapaz de cumprir com as suas obrigações de manutenção dos demais direitos de sua população carcerária, principalmente quando os sujeitos são mulheres no pleno exercício da maternidade.

Segundo Morais (2021) quando uma mulher privada de sua liberdade está grávida, a manutenção da saúde - visando seu bem-estar físico, mental e social - torna-se um desafio ainda mais complexo. Durante a gravidez, ela passa por mudanças de extrema importância, que se intensificam no ambiente prisional e afetam não apenas sua saúde, mas também a do filho que ainda está em formação e depende diretamente de seu bem-estar

Tal fato corrobora que a invisibilidade de gênero, em âmbito de cumprimento de sanção penal, nada mais é do que realidade cruel de um conjunto normativo construído para homens e adaptado para mulheres, sem respeito às peculiaridades de gênero. O artigo 227 do texto constitucional determina que é dever da família e do Estado promover o bem-estar absoluto, prioritariamente, das crianças e adolescentes, não é forçoso alimentar reflexões acerca de como é instrumentalizado a proteção integral aqueles que são rebentos vindo à luz no cárcere e lá permanecendo por tempo, inclusive normatizado. Ainda, no artigo 8º, § 5º que traz previsões legislativas sobre o parto foi todo alterado pela Lei 13.257/16, e adentrou o universo intramuros dos estabelecimentos prisionais, trazendo previsões específicas para crianças nascidas no cárcere.

A assistência ao parto e garantia de um atendimento pré-natal, mesmo para mães que se encontrem em situação de privação de liberdade é uma novidade legislativa. Recente, a Lei que modificou o artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente cuidou de evidenciar as unidades de custódia, alcançando crianças que nascem em estabelecimentos prisionais, ampliando os direitos a uma gestação sadia, a um parto digno e a uma infância capaz de promover o desenvolvimento social, motor, cognitivo do ser em formação.

E quando as mães se encontram sob custódia do Estado, sob condição de cumprimento de pena, ou ingressa no sistema prisional, o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê esta possibilidade, trazendo no seu art. 5º: "Nenhuma criança poderá ser objeto de negligência e discriminação [...] por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais, isso significa que todas as crianças mesmo as filhas de presidiárias têm direito à amamentação e ao atendimento em creches" (BRASIL, 2016).

Recomenda-se que o bebê fique com a mãe durante os meses que dura o aleitamento materno, variando entre 6 meses a 6 anos, contudo, são poucas as instituições prisionais no Brasil que oferecem unidades com condições adequadas de abrigar lactantes

e recém-nascidos, trazendo uma problemática pouco debatida nas remotas pesquisas sobre o cárcere feminino BRASIL, 2016).

Nesse sentido Villela (2017) sustenta que em muitos estados brasileiros, mulheres grávidas são transferidas para unidades prisionais que abrigam mães com seus filhos durante o terceiro trimestre de gestação. Após dar à luz em hospitais públicos, elas retornam à mesma unidade, onde podem permanecer com seus filhos por um período que varia de 6 meses a 6 anos. Após esse período, as crianças geralmente são entregues à família da mãe, que então retorna à prisão de origem.

Nesse contexto, as mulheres são afastadas dos filhos, os estabelecimentos prisionais que têm unidades de isolamento para mães e bebês são em centros longe de suas famílias, dos outros filhos, o que culminará o abandono e a solidão, sendo impossível que a garantia constitucional seja efetivada e justa. Dessa forma, resta claro que as mães e seus filhos possuem direitos no ambiente prisional, mas os mecanismos que efetivam a garantia deste direito, na prática, quase nunca acontecem.

3. A POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA EM DOMICÍLIO EM VIRTUDE DA GESTAÇÃO

Segundo Lippi (2011) os primeiros anos de vida de uma criança, bem como o período gestacional da mãe, são fundamentais para estabelecer o desenvolvimento do indivíduo na sociedade, por isso vem ganhando espaço importante em quase todos os países e seus programas de governo.

As crianças são sujeitas de direito desde a sua concepção, gozam de todas as garantias inerentes à pessoa humana. Dito isto, esses direitos estão regulamentados pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, além de outras regulamentações. No campo dos estudos sobre a maternidade no cárcere são poucas as produções científicas que tratam dessa temática.

Na concepção de Leal (2016), a presença de crianças no sistema prisional é tema que merece atenção devido à situação das prisões brasileiras, o Estado deve garantir a dignidade a todos. Nesse sentido, o Estado deve garantir direitos para essas crianças que nascem na prisão.

De acordo com Leal (2016), em uma pesquisa realizada pela Fiocruz demonstrou que mais de um terço das mulheres encarceradas disseram que ficaram algemadas na hora

do parto. Já em relação às consultas no período do pré-natal, 55% disseram que fizeram menos do que o recomendado pelos médicos.

A pesquisa revelou, ainda, que 32% dessas mulheres não foram diagnosticadas com sífilis durante a gestação, contudo, 4,6% das crianças nasceram com sífilis congênita. Ainda, é importante destacar que durante a hospitalização, 15% das mulheres afirmaram ter sofrido algum tipo de violência, verbal, psicológica ou física.

Na visão de Viafore (2005), em consequência, as condições terríveis que a detenta tem que enfrentar dentro do ambiente prisional, além de todos os conflitos vividos dentro de uma prisão atingem a formação do feto que absorve todas as sensações vividas pela mãe.

Para Goellber (2018), quando uma mulher gera um filho na prisão é garantido a ela permanecer com a criança durante o período de amamentação, conforme preceitua o artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a mãe tem o direito de permanecer com o seu filho após o nascimento, ao mesmo tempo em que ela exerce esse direito, ela viola o direito do seu filho de viver em liberdade, de crescer em uma sociedade e de conviver com os seus familiares.

O sistema penitenciário feminino é um ambiente precário e insalubre em que as mulheres enfrentam quando estão privadas de sua liberdade. Além disso, elas enfrentam a gravidez e suportam os primeiros meses de vida de seus filhos dentro desse ambiente, que na maioria dos presídios não possuem berçários ou dormitórios apropriados para recebê-los. As penitenciárias no Brasil foram construídas para os homens e por esse motivo muitas ainda não são adequadas para oferecer um ambiente digno para as gestantes (INFOPEN, 2017).

Nesse contexto, deve-se destacar o que determina as Regras de Mandela, que são diretrizes mínimas a serem observadas pelo Estado para o tratamento de reclusos. Essas regras foram criadas pela ONU e passaram por uma importante revisão no ano de 2015, nas quais foram incorporadas mais garantias com o intuito e foco de assegurar tratamento digno às pessoas em situação de privação de liberdade. A regra de nº 29.1, determina que:

Regra 29 1. A decisão de permitir uma criança de ficar com seu pai ou com sua mãe na unidade prisional deve se basear no melhor interesse da criança. Nas unidades prisionais que abrigam filhos de detentos, providências devem ser tomadas para garantir:

(a) creches internas ou externas dotadas de pessoal qualificado, onde as crianças poderão ser deixadas quando não estiverem sob o cuidado de seu pai ou sua mãe.

(b) Serviços de saúde pediátricos, incluindo triagem médica, no ingresso e monitoramento constante de seu desenvolvimento por especialistas.

O artigo 83, §2º, da Lei de Execuções Penais estabelece que os estabelecimentos penais destinados à mulher serão dotados de berçário, onde as apenadas possam cuidar e amamentar seus filhos, no mínimo até os seis meses de idade da criança. O artigo 89 do mesmo diploma legal assegura que a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada quando a mãe estiver presa.

Para Ronchi (2018), a maternidade no cárcere tem diversas maneiras de ser analisada, pois além daquelas mulheres que tem filho menor de idade fora da prisão, a mulher que já entra na prisão grávida ou aquela que engravida lá dentro e, aquelas mulheres que está com o filho recém-nascido, em todas essas hipóteses a mulher tem que lidar com as consequências de afastamento.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura as presidiárias e mães os seus direitos regulados em leis. Apesar das dificuldades enfrentadas pelas mulheres em exercer a maternidade no cárcere, o problema maior está relacionado à separação de seu filho, uma vez que esse afastamento deveria ocorrer de forma gradual para evitar traumas para ambos. Outra questão está ligada a incerteza quanto ao destino da criança, pois nem sempre são entregues a um membro da família.

Os institutos da prisão preventiva e domiciliar, são demasiadamente aplicados em todo o país, este último ao ser aplicado às gestantes e mães com filho de até 12 anos de idade, que estão presas preventivamente é alvo de inúmeras críticas e divergências. Tendo em vista a necessidade de assegurar a correta aplicação da justiça.

O código de processo penal elencou em seu artigo 318, algumas hipóteses em que o juiz poderá substituir a prisão preventiva em domiciliar. A Lei nº 13.257/16, conhecida como 'Lei da Primeira Infância', de 08 de março de 2016, inseriu mais duas hipóteses a este rol, quais sejam: gestantes e mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

A prisão domiciliar está prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, e nada mais é do que o recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, podendo sair da mesma apenas com autorização judicial. Dentre as hipóteses para a permissão deste benefício estão agentes que sejam as mulheres gestantes e mães de filhos de até 12 anos.

Lima (2018), sustenta que atualmente o sistema de justiça criminal brasileiro vem se mostrando extremamente ineficiente quanto a utilização do instituto da prisão domiciliar, instituto este que aplicado de forma coerente traria inúmeros benefícios a sociedade, sobretudo às mulheres em cárcere. A prisão domiciliar, nestas hipóteses, possui cunho humanitário, ou seja, ela tem o condão de humanizar as relações entre mães que estejam em segregação cautelar e seus respectivos filhos

Nesta esteira, uma valorosa alternativa para findar com as mazelas causadas às crianças devido as prisões preventivas de suas mães e minimizar a cultura do encarceramento, seria a prisão domiciliar. O IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, apontou esta alternativa dizendo que, “uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar”, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do “combate ao crime” presente nos discursos e práticas do sistema de justiça. (BRASIL, 2015).

Todavia, haja vista a discricionariedade do juiz em aplicar ou não o benefício da prisão domiciliar, esta medida vinha sendo amplamente negada pelos magistrados brasileiros. Tal afirmação se comprova nas palavras do eminente ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski ao apontar este fato como consequência da cultura do encarceramento vigente no Brasil. Na ocasião, o Ministro assim relatou:

Há, (...), uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças. (STF - HC: 143641 SP – SÃO PAULO, Relator: min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data do Julgamento: 24/10/2018. Data de Publicação: DJe-228 26/10/2018).

Sendo assim o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus coletivo 143641/SP, determinou que todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças que estivessem em prisão preventiva fossem contempladas com o benefício da prisão domiciliar. Importante destacar aqui breve trecho elucidativo do referido Habeas Corpus:

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício (STF - HC: 143641 SP – SÃO PAULO, Relator: min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data do Julgamento: 24/10/2018. Data de Publicação: DJe-228 26/10/2018).

Em outra recente decisão do Supremo Tribunal Federal, o HC 217283, o Ministro relator Alexandre de Moraes negou a progressão de regime para uma mãe, uma vez que a paciente não exercia a guarda de fato da criança que permanecia sob os cuidados da avó. No julgamento restou definido que apenas o fato de ser mãe, para a Corte, não é suficiente para que a mulher presa faça jus ao benefício da prisão domiciliar. Destaca-se um breve trecho do HC:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. PROGRESSÃO ESPECIAL DE REGIME. BENEFÍCIO INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. 1. A decisão que negou a concessão do benefício da progressão especial de regime prisional (art. 112, §3º, da Lei de Execução Penal) está lastreada em fundamentação idônea, sobretudo porque a paciente não exercia a guarda de fato da criança, que permanece aos cuidados da avó paterna, além de ter utilizado sua residência para a prática de crimes. 2. A análise das questões fáticas suscitadas pela defesa, de forma a

infirmar o entendimento da instância ordinária, demandaria o reexame do conjunto probatório, providência incompatível com esta via processual. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF - HC: 217283 SC – SANTA CATARINA, Relator: min. Alexandre de Moraes, Data do Julgamento: 22/08/2022. Data de Publicação: DJe-228 22/08/2022).

Destarte, conforme aludido em linhas supra, a prisão domiciliar concedida a mulheres gestantes e mães com filhos de até doze anos, possibilita que estas crianças tenha um crescimento mais saudável e digno. Sendo assim, resguarda-se de forma adequada direitos fundamentais, tanto das mães quando de seus filhos, como a dignidade da pessoa humana, bem como, evita-se a intranscendência da pena.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa referente à situação do desenvolvimento da maternidade da mulher encarcerada mostrou claramente as dificuldades enfrentadas e as negligências do Estado, que estão atreladas à falta de profissionais, de investimentos, de políticas preventivas, enfim de humanização do sistema prisional, busquei problematizar a maternidade no interior das prisões femininas. Se as fragilidades da educação e da falta de qualificação, acesso à saúde são registradas entre os cidadãos em liberdade o que se vê entre as encarceradas é a precarização desses direitos.

A Carta Magna brasileira garante a todos os cidadãos direitos fundamentais, para que tenha uma vida digna e preservada a sua condição de pessoa. Não se pode tirar direitos fundamentais nem mesmo daqueles que estão privados de liberdade. Na medida das peculiaridades do cumprimento de pena, as detentas devem receber um tratamento humano e digno. É imperioso destacar que juridicamente a pessoa em cárcere responde a um delito e uma vez cumprida pena legalmente executada, deverá retornar à vida em sociedade. Dessa forma os direitos constitucionais inerentes a todo ser humano deveriam ser respeitados.

A complexa relação entre a maternidade e o cárcere, acarreta um outro tipo de violação, uma vez que das mães condenadas é tirado o que lhes assegura o artigo 6º da Constituição Federal, o direito à maternidade. A essas mulheres estão assegurados direitos relativos a amamentação, convivência entre mãe e filho, assistência médica e social, berçários e creches, entre outros, que ainda que previstos na legislação por vezes permanecem apenas na Lei, uma vez que não são materializados.

A luta pela efetivação dos direitos das mulheres mães dentro do cárcere, passa pela posição de questionamento acerca do modelo de punição que o Estado utiliza, sendo este a representação direta das violações dos direitos humanos pelo próprio Estado e instrumento para encarceramento da população pobre e preta do corpo social. No cenário

das penitenciárias femininas, são necessárias infraestrutura e políticas adequadas ao gênero, além de um combate incisivo ao sistema patriarcal, que viola direitos e não reconhece as mulheres em suas necessidades específicas.

Uma vez inseridas no sistema, as mulheres, quando gestantes, na maioria dos casos, já entram no sistema prisional grávidas, isso porque a visita e o apoio familiar para elas são bem tímidos, dado ao estigma vivenciado pelas presas. As mulheres convivem com o abandono, não há visitas, são rechaçadas pela sociedade. Os bebês quando nascem, permanecem com as mães pelo prazo do aleitamento materno, e depois, caso não exista familiares para quem entregar a criança, esta é encaminhada para o acolhimento institucional.

Para além da série de transgressões no mundo prisional feminino, o caso de gestantes, eixo central desta pesquisa, a ausência de escoltas, de uma alimentação equilibrada e adequada ao seu estado de gravidez, acompanhamento médico e familiar, o direito de ter um familiar apoiando-as no momento de nascimento e até o levantamento para saber se aquela gravidez era ou não desejada, nada mais é do que a representação do exercício de dominação que o Estado exerce sobre uma população exaustivamente invisível, vulnerável e criminalizada, sendo, portanto, a proposta de controle de classes marginalizadas.

Acreditamos que o estudo abre caminho para um olhar mais atento e para futuras pesquisas que busquem dar visibilidade histórica e social àquelas que são ocultadas, silenciadas e marginalizadas pelo sistema. Depois de uma análise do sistema prisional em relação ao que determina a legislação sobre o aprisionamento de gestantes e nascituros, considerando os princípios constitucionais de garantias fundamentais. Espera - se contribuir para a proteção dos direitos das detentas em relação a maternidade, além de fornecer subsídios para a formulação de políticas públicas mais efetivas e justas.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] União, Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de set. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. INFOPEN – junho de 2016. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. DEPEND – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2016. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf/view. Acesso em: 26 de set. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. INFOPEN – Junho de 2017. **Relatório Temático sobre mulheres privadas de liberdade**. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/DEPENhttps://www.gov.br/depen/pt-br/acesso-a-sistemas/sisdepen/infopen-mulheres/infopen-mulheres/compose?authenticator=6212ab1bf5a3d8ba7bf4727b47e3bab29554c81>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL, **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, INFOPEN – Informações Penitenciárias. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2017. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrijoiywixyji3mtktndzizi00yvhllwfn2etmdm2nddhzdm5nje2iwi dci6imvimdkwndiwlqt0ngmtndnmny05mwyyltriogrhnjmjzthlmsj9>. Acesso em: 25 de set. 2023.

BRASIL. IPEA. **Dar a sombra na luz: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 25 de set. 2023.

_____. Decreto-Lei nº **7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial [da] União, Brasília, 11 de jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 30 de set. 2023.

Decreto- Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 ago. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 03 de out. 2023.

DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2021 – jul. a dez. 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrijoizAzOGQzYzktMTQ2NS00ODQyLTk3M2ItYjk4NTk4NzdiZGYxIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 15 de set. 2023.

DEPEN. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional. Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade, INFOPEN mulheres**. Consultor Marcos Vinícius Moura Silva. Junho de 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf. Acesso em: 03 de out. 2023.

LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva Ayres; PEREIRA, Ana Paula Esteves; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. **Nascer na Prisão: Gestaçao e parto atrás das grades no Brasil**. Ciência e saúde coletiva vol.21 no.7 Rio de Janeiro Julho 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061. Acesso em: 03 de out. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

LIPPI, Umberto Gazi. **Parto: Assistência Materna. In: CYPEL, Saul (Org.). Fundamentos do desenvolvimento infantil: da gestação aos 3 anos.** São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2011. Acesso em: 03 de out. 2023.

MORAIS, Elayne Cristine Barbosa. **Encarceradas: reflexões sobre as relações sociais e o encarceramento feminino no Brasil.** 2021. 95 f. Monografia (Bacharelado – serviço social) – Universidade Federal de Alagoas, Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <http://tede.fjp.mg.gov.br/handle/tede/315>. Acesso em: 07 jul. 2022.

RONCHI, Isabela Zanette. **A maternidade e o Cárcere: Uma análise de seus aspectos fundamentais.** PUCRS, 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/03/isabela_ronchi_20172.pdf. Acesso em: 03 de out. 2023.

SOUSAL, Isabel Lopes Cançado. **O princípio da intransferência da ação penal como fundamento para a concessão do benefício auxílio-reclusão.** Disponível em: . Acesso em: 12 de set. 2023.

VIAFORE, Daniele. **A gravidez no cárcere brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier.** Revista Direito da PUCRS, Rio Grande do Sul, 2005, v.31, n.2(2005). Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/571>. Acesso: 03 de out. 2023.

VILLELA, Flávia. **Grávidas são privadas de direitos em presídios, dis estudo da fiocruz.** Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2017-06/gravidas-sao-privadas-de-direitos-em-presidios-segundoestudo-da>>. Acesso em: 18 de set. 2023.

SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PRISÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

BRUNO MARQUES DE ASSIS:

Pós-graduado em Direito Civil e LGPD. Funcionário Público Estadual²⁸⁸

RESUMO: O presente trabalho propõe à análise das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no que diz respeito à prisão preventiva no sistema do Tribunal do Júri, como uma decorrência das condenações impostas, levando-se em consideração a quantificação da pena, e a (não) conformação com a Constituição Federal.

Palavras-chave: Prisão preventiva; Tribunal do Júri; Constituição Federal.

ABSTRACT: This work proposes the analysis of the changes promoted by Law nº. 13.964/2019 with regard to preventive detention in the Jury Court system, as a result of the convictions imposed, taking into account the quantification of the sentence, and the (not) conformity with the Federal Constitution.

Keywords: Preventive detention; Jury court; federal Constitution

1. Prisão preventiva – nova sistemática no Tribunal do Júri

Promulgada com a finalidade de aperfeiçoar “a legislação penal e processual penal”, a Lei nº 13.964/2019, também conhecido como “Pacote Anticrime”, foi elaborado sob a justificativa de recrudescimento do sistema penal, a fim de estabelecer uma resposta estatal aos clamores sociais de maior efetividade do sistema e redução dos índices de criminalidade.

Esse viés está claro em todo contexto da legislação e foi destacado pelo relator do grupo de trabalho da Câmara de Deputados à época, deputado Capitão Augusto, ao afirmar que *“De forma geral, o pacote foi desfigurado pelo grupo, composto por 16 deputados, dos quais a grande maioria é contrária à essência do pacote, que é o endurecimento da legislação penal”*.²⁸⁹

288 E-mail: bru_dir@hotmail.com

²⁸⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/589088-relator-do-pacote-anticrime-diz-que-proposta-nada-tem-a-ver-com-o-caso-da-menina-agatha/>. Acesso em 29.01.2023

De qualquer modo, diversos dispositivos legais foram objeto de alteração, dentre eles o art. 492 do Código de Processo Penal, cujo teor reputa-se oportuno transcrever:

“Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

- a) fixará a pena-base;
- b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;
- c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;
- d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;
- e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;** (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação;

II – no caso de absolvição:

- a) mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso;
- b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas;
- c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração

penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - não tem propósito meramente protelatório; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)" (grifamos)

Cabe destacar que a primeira parte da alínea "e" do inciso I do art. 492 do CPP não implicou necessariamente uma novidade, na medida em que apenas repete a já

existente regra do sistema de que é possível a decretação da prisão preventiva, se demonstrados os requisitos do art. 312 do mesmo diploma legal.

Nada, portanto, digno de maiores digressões, até porque a redundância em dispositivos legais não chega a ser nenhuma novidade no sistema legal brasileiro.

De outro lado, para o presente estudo, a novel legislação estabeleceu um sistema objetivo de presunção de periculosidade, na medida em que firmou um patamar mínimo para a execução provisória da pena, exceto em caso excepcional, quando houver questão substancial que possa levar à revisão da condenação.

A temática passa necessariamente pela discussão a respeito da admissibilidade ou não da execução provisória de penas, e se tal permissivo conflita com a garantia constitucional de não culpabilidade previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Igualmente, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece a garantia de que *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*.

As interpretações, por ora, são divergentes a respeito da constitucionalidade – e também convencionalidade do tema –, sobretudo com leituras díspares a respeito da prevalência ou não do princípio da não culpabilidade para as condenações no âmbito do Tribunal do Júri.

Pois bem, a partir do julgamento das ADC's 43, 44 e 54, do Supremo Tribunal Federal retomou posição anterior no sentido de que o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos. Na oportunidade, a Corte Suprema reafirmou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, segundo o qual *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”*.

Contudo, para os que defendem a constitucionalidade da execução provisória da pena, na hipótese do Tribunal do Júri, há um *distinguish* que permite solução diversa da adotada no julgamento das mencionadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a saber, o respeito à garantia constitucional da soberania dos veredictos.

É o que se extrai do voto do Ministro Luís Roberto Barroso por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 118.770/SP:

“(…) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, art. 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). Assim, uma interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”.

Trata-se de precedente que inclusive subsidiou o desprovimento do HC 211365 AgR, também de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, em 27.04.2022, ressaltando a possibilidade da execução provisória da pena:

“Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Homicídio qualificado. Súmula 691/STF. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder. 1. O Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou o entendimento no sentido da inadmissibilidade da impetração de habeas corpus contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF). A hipótese de que se trata não autoriza a superação do entendimento da Súmula 691/STF. 2. As peças que instruem este processo não evidenciam situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize o acolhimento da pretensão defensiva. 3. A Primeira Turma do STF tem orientação consolidada no sentido de que não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso (HC 118.770). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Primeira Turma)

E ao resumir o posicionamento favorável à execução da pena, Renato Brasileiro destaca outro argumento que sustenta essa corrente:

“Aliás, se admitirmos que o cabimento de apelação contra decisão condenatória do júri pelo fato de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos teria o condão de obstar o trânsito em julgado, vez que, na eventualidade de seu provimento, haveria a cassação da decisão impugnada (juízo rescindente), então também teríamos que aguardar ad aeternum pelo julgamento de possível revisão criminal, já que esta, à semelhança da apelação do art. 593, III, “d”, do CPP, também pode ser ajuizada objetivando a cassação da decisão impugnada quando a decisão condenatória for contrária à evidência dos autos (CPP, art. 621, I, in fine (...))” (Manual de Processo Penal, p. 1.540)

Constituiu também o Enunciado nº 37 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): *“A execução provisória da pena decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri é constitucional, fundamentando-se no princípio da soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, ‘c’)”*.

Entretanto, a questão está longe de ser pacífica, inclusive pela existência de corrente contrária no próprio Supremo Tribunal Federal, que pode ser resumida nas palavras do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 174.759, de 10 de outubro de 2020:

“Não cabe invocar a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, para justificar a possibilidade de execução antecipada (ou provisória) de condenação penal recorrível emanada do Tribunal do Júri, eis que o sentido da cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”) não o transforma em manifestação decisória intangível, mesmo porque admissível, em tal hipótese, a interposição do recurso de apelação, como resulta claro da regra inscrita no art. 593, III, “d”, do CPP (...)

O princípio da soberania dos veredictos do Júri, desse modo, impede o Tribunal “ad quem”, ao reformar decisão emanada do Conselho de Sentença (que seja manifestamente contrária à prova dos autos), de substituí-la, em sede recursal, por um pronunciamento do próprio órgão colegiado de segunda instância. A mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalidar a manifestação decisória do Conselho de Sentença, quando esta puser-se em situação de

evidente antagonismo com a prova existente nos autos, não ofende a cláusula constitucional que assegura a soberania do veredicto do Júri, eis que, em tal hipótese, a cassação do ato decisório, determinada pelo órgão judiciário “ad quem”, não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do próprio Tribunal do Júri.

(...)

São essas as razões que tornam inaceitável a conclusão de que a soberania do veredicto do júri legitimaria a execução antecipada ou meramente provisória da condenação proferida, em primeira instância, pelo Conselho de Sentença.”

Seguindo tal orientação, o Superior Tribunal de Justiça inclusive emitiu a Tese 10 (Jurisprudência em Teses do STJ - Ed. 185), com o seguinte teor:

“Apesar da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 492, I, e, do Código de Processo Penal - CPP, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal entende que é ilegal a execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri, salvo quando demonstrados os fundamentos da prisão preventiva.”

Em sede de doutrina, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa acrescentam o argumento de que *“ao não se revestir de caráter cautelar, sem portanto analisar o periculum libertatis e a necessidade efetiva da prisão, converte-se em uma prisão irracional, desproporcional e perigosíssima, dada a real possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar ainda a possibilidade de reexame e anulação do júri em sede de recurso especial e extraordinário)”*²⁹⁰

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto acrescentam os seguintes argumentos:

“De se ver, inicialmente, que se conferiu ao princípio da soberania do Júri um alcance que aparentemente ele não ostenta. De sorte que, embora com previsão constitucional, esse princípio é relativo , sofrendo forte mitigação quando a lei permite, na dicção do art. 593,

²⁹⁰ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>. Acesso em 29.01.2023

III, ' d', do Código de Processo Penal, que o Tribunal de Justiça mande o réu a novo Júri, acolhendo apelação e reconhecendo que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. E nem poderia ser diferente, já que, embora se admitindo a soberania dos veredictos, há que se ter um meio de revisão das decisões evidentemente equivocadas. Não que ao Tribunal de Justiça se autorize, por meio de uma apelação, condenar ou absolver o réu. Mas poderá, sem arranhar o aludido princípio constitucional, determinar que outro julgamento seja realizado. Nesse sentido o posicionamento do STF: (...). Daí porque já foi denominado esse recurso, quando manejado contra decisões provenientes do Júri, de apelação 'sui generis', já que atua como verdadeiro juízo de cassação, posto que, segundo lição de José Frederico Marques, 'a soberania continua a existir, mas desaparece a onipotência arbitrária' (Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1997, vol. IV, p. 228)." ("Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados", p. 1.294/1.295, 2017, JusPODIVM)

Para essa corrente, portanto, a soberania dos vereditos não guarda em si um valor absoluto, na medida em que o Tribunal de Justiça continua detendo a competência para exercer um juízo rescindente e, por consequente, determinar novo julgamento em caso de decisão plenária manifestamente contrária à prova dos autos.

E Renato Brasileiro ainda questiona: *"Ora, como se pode justificar a execução provisória de uma prisão penal, decorrente de decisão condenatória proferida por órgão especial do Poder Judiciário pertencente à primeira instância, se esse decisum ainda está sujeito ao controle recursal pelo próprio Poder Judiciário, a quem compete se pronunciar sobre a regularidade dos veredictos?"*²⁹¹

A resposta a esse embate virá – não sem receber, por certo, as inequívocas críticas, dada as posições diametralmente opostas – pelo Supremo Tribunal Federal, que inclusive reconheceu a repercussão geral no RE 1.235.340, que se encontra pendente de julgamento (Tese 1068), cujo relator é o ministro Luís Roberto Barroso, o qual externou seu posicionamento favorável, como acima destacado.

Entretanto, o debate, para além das posições que clamam por um direito penal rígido, não pode estar alheio às próprias falhas do sistema e à possibilidade de a

²⁹¹ Idem, p. 1.540.

regra se tornar ainda mais prejudicial, sem refletir necessariamente na redução da criminalidade.

Como se sabe, novidades legislativas afins são trazidas ao mundo jurídico por intermédio do clamor por mais rigidez penal, como se a tendência ao cometimento de crimes contra a vida fosse desestimulada a partir de um tratamento mais duro.

Não é assim; aliás, nunca foi. Poucos são aqueles que efetivamente conhecem as regras do processo penal a ponto de se afastar do crime ou ponderar entre cometê-lo ou não.

Há, ainda, a necessidade de satisfazer um senso geral de que a “justiça funciona”, o que reforçaria a necessidade de o sentenciado sair do plenário algemado, pagando sua pena.

Contudo, o dia a dia do Júri revela que muitas são as circunstâncias a envolver o cometimento de crimes dolosos contra a vida, de modo que nem sempre existe o clamor pela prisão, mormente nos casos em que o réu acompanhou todo processo em liberdade, não oferece nenhuma periculosidade e ainda pode ser valer dos meios recursais para eventualmente reverter a condenação.

No estágio atual de amadurecimento do sistema penal, há insegurança em se permitir a celeridade processual às custas de quem tem a possibilidade de ser preso e, posteriormente, liberto.

Com isso, não se afasta em absoluto a possibilidade do cumprimento provisório da pena, pois se presentes os pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP, é possível a decretação da prisão, inclusive com a pendência de recursos às instâncias superiores.

Contudo, tal determinação deve estar pautada em fatos concretos, elementos efetivamente existentes nos autos e que possam recomendar a clausura antes do trânsito em julgado.

Aliás, se para a decretação da prisão preventiva no início ou no curso do processo se exige decisão *“motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”*, com mais razão é de se pressupor que a prisão decorrente de condenação pelo Júri esteja estribada em fatos concretos e não apenas em razão da pena aplicada.

2. Conclusão

Não são poucas as reflexões que se extraem a partir do que foi exposto, notadamente a existência de efetivamente quanto à aplicação de um sistema “tarifado” para incidência da prisão preventiva.

A alteração legislativa em comento vem como resposta a um clamor de endurecimento do sistema penal, como se bastasse a vontade do Parlamento para alterar a realidade brasileira, com o aumento exponencial da criminalidade e da violência nas ruas.

Como se sabe, diversos fatores influenciam para o cenário criminal observado na sociedade brasileira, o que perpassa necessariamente pela melhoria na qualidade de vida, maiores oportunidades e redução das desigualdades tão presentes no cotidiano do país.

Ademais, a implementação de uma prisão como decorrência automática da condenação, além de não alcançar necessariamente o efeito intimidador esperado, tangencia a flexibilização de caros princípios constitucionais, conquistados no decorrer dos anos e que representaram inequívocos avanços à dignidade e liberdade pessoal.

Espera-se, portanto, que a Corte Suprema, ao analisar o tema, possa pacificar a temática de modo a trazer conformidade da legislação penal à Constituição Federal e aos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL. Decreto-Lei nº **3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. Tese 10. Ed. 185. Disponibilizada em 11 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional PEN. Relator: Ministro Marco Aurélio (Relator do acórdão: Ministro Edson Facchin). Brasília, DF, 12 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 44**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil CFOAB. Relator: Ministro Marco Aurélio (Relator do acórdão: Ministro Edson Facchin). Brasília, DF, 12 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 54**. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.770/SP**. Impetrante: Marcel Ferreira de Oliveira. Coator: Relatora do HC nº 120.241 no STJ. Relator: Ministro Marco Aurélio (Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso). Brasília, DF, 24 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 174.759/CE**. Impetrante: Oseas de Sousa Rodrigues Filho. Coator: Relator do HC nº 528.469 no STJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 211.365/GO**. Impetrante: Carlos Luiz Espindula Gonzaga Cardoso. Coator: Relator do HC nº 692.183 no STJ. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 03 de maio de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches Cunha; PINTO, Ronaldo Batista. Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados. 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. Conjur, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>. Acesso em 29.01.2023.

A TEORIA DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO – ANÁLISE DE SUAS BASES E DO ESPAÇO PARA SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

VICTOR AUGUSTO AGUIAR MANFREDI:

Advogado e Mestrando em Efetividade do Direito, núcleo de Direito Civil, pela PUC-SP²⁹².

RESUMO: A teoria da violação positiva do contrato, mencionada com frequência por nossos Tribunais quando do julgamento de controvérsias relacionadas ao inadimplemento contratual, foi criada como remédio a uma lacuna existente no direito alemão, que, adotando uma teoria bipartida do inadimplemento, não tratava e nem previa consequências para situações na qual um direito ou interesse do credor era violado pelo devedor, mas que não se caracterizava, à luz do Código Civil alemão, inadimplemento absoluto ou simples atraso (mora). O Brasil, porém, não possui essa mesma lacuna, já que, historicamente, nosso conceito de mora é muito mais amplo do que aquele estabelecido no direito alemão, de modo que é necessário ponderar se há mesmo entre nós espaço para aplicação da teoria da violação positiva do contrato, considerando as circunstâncias objetivas que legitimam tal teoria e as peculiaridades de nosso ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil – Teoria da Violação Positiva do Contrato – Inadimplemento – Mora – Violação de Deveres Anexos – Descumprimento Parcial.

1.INTRODUÇÃO

A teoria da violação positiva do contrato foi criada, em 1902, na Alemanha, para suprir uma lacuna existente no recém editado Código Civil daquele País, que não tratava uma série de situações na qual a prestação é entregue ao devedor de forma deficiente, mas essa deficiência, por não consistir em simples atraso, não pode ser qualificada como mora (em seu conceito tradicional), tampouco em inadimplemento, já que não retira o interesse ou utilidade da prestação ao credor.

A teoria foi muito bem aceita, não só na Alemanha, diga-se, mas em outros países, como em Portugal, pois, de fato, a maioria dos ordenamentos jurídicos adota uma classificação bastante restrita do inadimplemento, que (nesses ordenamentos) estará caracterizado apenas quando a prestação for entregue a destempo (mora) ou deixar de ser útil ou interessante ao credor (inadimplemento absoluto), motivo pelo qual havia, de fato, um amplo espaço para incidência da teoria da violação positiva do contrato.

292 **E-mail:** vmanfredi@santosbevilaqua.com.br

Em território nacional, a teoria da violação positiva do contrato também foi objeto de análise e estudo por nossa jurisprudência, havendo estudiosos que entendem pela possibilidade prática de sua aplicação, no mesmo passo que há doutrina de renome que defenda que, diante das razões pela qual concebida e das peculiaridades de nosso ordenamento jurídico, não há espaço para sua incidência ou importação.

Nesse contexto, o propósito deste trabalho é avaliar as circunstâncias objetivas que justificaram a criação da teoria da violação positiva do contrato e suportam sua aplicação, para assim cotejá-las com o nosso ordenamento jurídico interno e aferir, à luz também dos argumentos apresentados por seus defensores e opositores, se há realmente espaço para sua aplicação no Brasil ou se referida teoria é absorvida pelos institutos tradicionais previstos em nosso sistema jurídico.

2.O DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL: LINHAS GERAIS

Tradicionalmente, os ordenamentos jurídicos de origem românico-germânica estabelecem apenas duas espécies de não cumprimento: o inadimplemento absoluto (impossibilidade ou incumprimento definitivo) e a mora²⁹³.

A caracterização do inadimplemento absoluto pode variar em cada ordenamento jurídico. No Brasil, Giovanni Ettore Nanni²⁹⁴ aponta que, de acordo com o que dispõe o art. 395, parágrafo único, do Código Civil²⁹⁵, nosso ordenamento adotou o critério da utilidade (e não da necessidade ou possibilidade) da obrigação, de modo que o inadimplemento absoluto só se consumará se, em razão do descumprimento, a obrigação pactuada se revelar inútil ao credor.

Não se avalia, assim, sob a ótica do inadimplemento, a possibilidade de cumprimento da obrigação, pois (ao menos em nosso ordenamento), essa possibilidade deve ser examinada apenas na esfera da responsabilidade civil²⁹⁶, isto é, se o descumprimento é atribuível ao devedor, hipótese em que responderá por perdas e danos.

No sistema português, contudo, conforme explica Martinez, o descumprimento definitivo se materializa quando a prestação não é cumprida e nem

293_ MARTINEZ, Pedro Romano. **Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 117.

294_ **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 42

295_ Art. 395. (...) *Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.*

296_ NANNI, Giovanni Ettore. Ob. Cit. P. 42.

poderá sê-lo²⁹⁷. Essa impossibilidade, ainda segundo o autor (e com base no referido sistema), pode decorrer de três motivos **(a)** a perda do interesse do credor na prestação; **(b)** quando, após o vencimento, decorre o prazo para cumprimento concedido pelo credor; e **(c)** de acordo com alguns doutrinadores, quando o próprio devedor manifesta que não cumprirá a obrigação²⁹⁸.

A utilidade e o interesse citados acima devem ser entendidos e tratados como circunstâncias objetivas, a serem avaliadas à luz da boa-fé objetiva²⁹⁹. Martinez, inclusive, aponta que essa análise deve ser feita quando do vencimento da obrigação, exceto se houver vencimento antecipado³⁰⁰.

De fato, como o interesse do credor não é irrestrito, ele não tem liberdade plena para, por qualquer motivo, rejeitar a obrigação. Por essa razão, deve-se avaliar, caso a caso, se realmente o inadimplemento acarretou a perda da utilidade da prestação ao credor, evitando-se, assim, incentivar-se a mera teimosia ou emulação (o direito não deve tutelar os chatos), bem como que o credor se valha de incorreções mínimas na prestação para desvencilhar-se de uma relação obrigacional assumida validamente³⁰¹ (coisa que violaria o princípio da preservação dos contratos) ou, pior, enriquecer sem causa (situação vedada pelo art. 884 do Código Civil³⁰²). Todas essas situações caracterizariam abuso de direito (art. 187 do Código Civil brasileiro³⁰³) e afronta à boa-fé objetiva (art. 422 do mesmo diploma³⁰⁴), de modo que devem ser coibidas no exame da subsistência do interesse do credor na obrigação.

A conceituação de mora também é variável. A maior parte dos ordenamentos jurídicos qualifica a mora apenas como impontualidade, como é o caso do ordenamento

297 _ Ob. Cit. P. 122.

298 _ O autor não considera a impossibilidade como hipótese ensejadora do descumprimento, pois, em sua visão, o descumprimento do contrato pressupõe que a prestação devida seja devida e possível.

299_ NANNI, Giovanni Ettore. Ob. Cit. P. 43.

300_ Ob. Cit. P. 122.

301_ NANNI, Giovanni Ettore. Ob. Cit. P. 43

302_ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

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

304_ Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

jurídico português (Martinez reforça que, naquele ordenamento, a mora consiste apenas na falta temporal incorrida pelo devedor³⁰⁵) e do texto do BGB (Código Civil Alemão) que entrou em vigor em 1900, o que é bastante natural, já que o próprio significado da palavra mora aduz ao atraso.

O Código Civil brasileiro, contudo, adotou uma concepção muito mais ampla de mora, ao estabelecer, em seu art. 394, que "*Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer*".

Nota-se que o legislador nacional não limitou a mora a um critério temporal, de modo que, em interpretação estrita da lei, "*haverá mora não apenas quando ocorrer atraso no cumprimento da obrigação, mas também quando ele ocorrer em lugar ou de forma diversa daquela estabelecida pela lei ou pela convenção*" 306.

Atente-se que a principal diferença entre o inadimplemento absoluto e a mora é sua definitividade³⁰⁷. O inadimplemento absoluto é definitivo, ao passo que a mora não, porquanto admite remédio, materializado, se ainda houver interesse do credor, pelo adimplemento, ainda que a destempo, da obrigação ajustada, extinguindo-a por seu cumprimento.

É importante registrar que em qualquer situação, em atenção ao princípio do "exato adimplemento" citado por Nanni³⁰⁸, só haverá falar em adimplemento se o devedor executar sua prestação com exatidão, atendendo tanto às suas condições subjetivas (os sujeitos passivos e ativos das obrigações), objetivos (como e onde cumprir) e temporais, de modo que, se desatendidos quaisquer desses pressupostos, estará descumprida, ainda que parcialmente, a obrigação.

Em sentido semelhante, Martinez³⁰⁹ afirma que o cumprimento está submetido a três princípios **(a)** o da pontualidade, aqui entendido em sentido amplo, a exigir que a obrigação seja satisfeita não só no tempo devido, mas também no tempo e modo ajustado (inclusive no que diz respeito à natureza, qualidade e quantidade da coisa), em atenção, inclusive, aos deveres laterais e de direito impostos ao devedor; **(b)** o da boa-

305 _ Ob. Cit. P. 126/127.

306_ PELUZO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado: Doutrina e jurisprudência**. 16. Ed. rev e atual. Barueri: Manole. 2022. P. 383.

307_ NANNI, Giovanni Ettore. Ob. Cit. P. 42.

308 _ Ibidem.

309 _ Ob. Cit. P. 117.

fé, a determinar que a obrigação seja satisfeita de modo a não prejudicar o credor; e (c) do cumprimento integral, que exige que o cumprimento seja feito de forma integral e não por partes (exceto se houver ajuste em sentido contrário). O desatendimento de qualquer um desses deveres gera o inadimplemento.

3.O CUMPRIMENTO DEFEITUOSO E A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Como visto, uma parte substancial dos sistemas jurídicos adota uma classificação meramente bipartida a respeito do descumprimento contratual, que poderá (o descumprimento) resultar, na letra fria lei, apenas no inadimplemento absoluto ou na mora, sendo que a mora, também tradicionalmente, possui um aspecto temporal, referindo-se apenas ao não cumprimento da obrigação no vencimento ajustado.

E é esse o caso do ordenamento jurídico alemão, pois o BGB (o Código Civil alemão), na versão que entrou em vigor em 1900, assentou-se na mencionada classificação bipartida do inadimplemento. Desse modo, o descumprimento do contrato pelo devedor poderia caracterizar apenas a impossibilidade (*unmöglichkeit* - §§280) e a mora (*verzug* - §§ 284 ss.), esta última caracterizada pelo simples atraso do devedor na entrega de sua prestação^{310 e 311}.

Acontece que, em especial em face da necessidade de o adimplemento ser exato (ou pontual), atendendo ao melhor interesse do credor, é possível imaginar-se uma série de situações em que a prestação não é entregue da forma ajustada entre as partes, mas que o desarranjo entre o pactuado não caracteriza impossibilidade ou inadimplemento absoluto (a prestação ainda é possível ou atende ao interesse do credor) ou simples atraso. É o caso, por exemplo, das situações em que a inexecução do contrato decorre de um comportamento positivo do devedor, que cumpre sua prestação, mas o faz de forma inexata, causando prejuízos ao credor, como, por exemplo, o pintor que é contratado para pintar uma casa, mas, ao fazê-lo, destrói toda a mobília do credor (houve a satisfação de um interesse do credor, mas de forma manifestamente inadequada).

Essa situação é manifestamente contrária ao espírito que anima a relação obrigacional, que pressupõe que as partes recebam aquilo que foi pactuado, sem sofrer danos ou prejuízos. Apesar disso, não se trata de situação abrangida pelas figuras

310_ MARTINEZ. Ob. cit. P. 120.

311_ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **A violação positiva do contrato é figura efetivamente útil no direito brasileiro?** In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito civil, constituição e unidade do sistema: anais do congresso de direito civil constitucional – V congresso do IBDCivil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, P. 97

tradicionais do inadimplemento previstas no BGB (ou seja, poder-se-ia cogitar do cumprimento do contrato). Daí, porque existia uma verdadeira lacuna no que diz respeito ao tratamento dessa situação antijurídica, apta (a lacuna) a deixar o credor desprotegido.

Essa lacuna foi rapidamente percebida por Hermann Staub, advogado alemão que, em 1902, constatou que o vigente Código Civil alemão, que estava em vigor há apenas dois anos, não possuía solução para uma série de situações que não resultavam na impossibilidade ou mora, mas que, principalmente em face de um comportamento positivo do devedor, eram aptas a gerar prejuízos diversos ao credor³¹².

A partir dessa percepção, Staub desenvolveu a denominada teoria da "*violação positiva do contrato*", que consiste, basicamente, numa terceira via de inadimplemento, a ser trilhada nos casos em que o comportamento faltoso do devedor não puder ser enquadrado na impossibilidade ou mora.

É importante salientar que Staub não se preocupou em definir de forma rígida os critérios objetivos a legitimar a aplicação de sua teoria, pois sua principal preocupação foi a de apontar que existia lacuna no BGB³¹³, que deveria ser suprida. Apesar disso, Terra³¹⁴ afirma que é possível extrair do trabalho de Staub cinco grupos de comportamentos faltosos que podem ser abrangidos por sua teoria (também geralmente aceitos pela jurisprudência), consistentes no **(i)** mau cumprimento dos deveres de prestação, **(ii)** descumprimento de deveres laterais, **(iii)** recusa antecipada do devedor em cumprir sua obrigação, **(iv)** descumprimento de obrigações negativas, e **(iv)** não cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo.

Todas essas hipóteses, sem dúvida, embora contrárias ao interesse legítimo do credor, não se inseriam no conceito de impossibilidade ou inadimplemento absoluto (a obrigação ainda é útil ou do interesse do credor), tampouco na acepção tradicional de mora (não se trata de atraso, afinal), podendo afirmar-se estava fora do campo de tratamento do BGB.

Por essa razão, a tese da violação positiva do contrato foi aceita pela doutrina alemã (e também pela de outros Países), que a lapidou e passou a admiti-la como de aplicação residual. Nesses termos, haverá suporte objetivo para sua aplicação apenas se a situação concreta não se caracterizar como impossibilidade ou mora. Nesse sentido,

312_ Ibidem.

313_ TERRA. Ob. Cit. P. 98

314_ Ibidem.

Ferreira Silva relata que a aplicação da teoria em exame está submetida a quatro condicionantes elementares, a seguir definidas³¹⁵:

- (i) **A realização da prestação:** a prestação deve ser realizada de algum modo, para que não seja caracterizado inadimplemento absoluto (ou seja, nenhum interesse do credor é satisfeito) ou mora (atraso);
- (ii) **O cumprimento defeituoso:** deve haver uma evidente desconformidade entre a prestação entregue (o que é) e aquilo que legitimamente se esperava (o que deve ser), sendo que essa desconformidade deve ser atribuível ao devedor, isto é, exige-se a demonstração de sua culpa;
- (iii) **O vício não pode ser regulado pelo ordenamento jurídico:** dado o caráter residual da teoria, que sequer é positivada, o defeito na prestação não pode ser disciplinado pelo ordenamento jurídico, pois, do contrário, deve-se aplicar a disciplina própria já estabelecida; e
- (iv) **Os danos devem ser típicos:** devem estar presentes os danos típicos ou decorrentes dos defeitos na prestação, ou seja, os danos não devem ser os próprios do inadimplemento ou da mora³¹⁶.

Portanto, é possível constatar, em síntese, que a teoria da violação positiva do contrato ³¹⁷, nasce na Alemanha para, inicialmente, suprir uma lacuna existente no Código Civil Alemão, e, conseqüentemente, com o propósito de tratar das conseqüências do descumprimento de um dos deveres oriundos da relação jurídica obrigacional, que não resultem na mora ou no inadimplemento absoluto, inclusive o cumprimento imperfeito e o descumprimento dos deveres laterais.

A seguir, serão examinadas, individualmente, cada uma das hipóteses (ou grupo de situações) na qual se admitiria a aplicação da teoria da violação positiva do contrato.

315 _ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 225.

316_ Ibidem. P. 244.

317_ Alguns autores defendem a substituição da expressão "violação positiva do contrato" por "violação positiva da obrigação", dado o alcance mais amplo – e, conseqüentemente, menos restritivo – deste desta expressão (e.g. Nanni, Ob. Cit. P. 44).

3.1 O CUMPRIMENTO DEFEITUOSO

Como visto, o mau cumprimento dos deveres de prestação, que também pode ser definido como o cumprimento imperfeito, consiste em uma das hipóteses ensejadoras da aplicação da teoria da violação positiva do contrato, uma vez que, tal hipótese, no ordenamento alemão, não poderia caracterizar impossibilidade (a obrigação de algum modo foi cumprida) ou mora (não houve atraso, apenas imperfeição no cumprimento).

Os ordenamentos jurídicos em geral não definem no que consistiria o cumprimento defeituoso, o que é natural, dada a preponderância de uma classificação meramente bipartida do inadimplemento. Apesar disso, nota-se a existência de algumas disposições esparsas em torno do tema, como é o caso do art. 35 da Convenção de Viena³¹⁸, que estabelece pressupostos para que uma venda de mercadoria seja considerada em desconformidade, ainda que haja a entrega da coisa objeto do contrato.

Essas disposições esparsas, contudo, não são suficientes para estabelecer regramento completo e exauriente sobre o assunto, de modo que o tema vem sendo tratado de acordo com as lições doutrinárias produzidas à luz de cada ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, Martinez³¹⁹, conceitua o cumprimento defeituoso, que também chama de cumprimento inexato ou imperfeito, como "*uma desconformidade entre a prestação devida e a que foi realizada*".

Pode-se afirmar que o cumprimento defeituoso decorre, principalmente, da violação ao princípio da pontualidade (ou do exato inadimplemento), que, como já visto, exige que a prestação seja cumprida integralmente, no tempo lugar e modo devidos. Essa

318_ (1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida. (2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se: (a) forem adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam; (b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato, salvo se das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo; (c) possuírem as qualidades das amostras ou modelos de mercadorias que o vendedor tiver apresentado ao comprador; (d) estiverem embaladas ou acondicionadas na forma habitual para tais mercadorias ou, à falta desta, de modo apropriado à sua conservação e proteção. (3) O vendedor não será responsável por qualquer desconformidade das mercadorias em virtude do disposto nas alíneas (a) a (d) do parágrafo anterior, se, no momento da conclusão do contrato, o comprador sabia ou não podia ignorar tal desconformidade.

319_ OB. Cit. P. 129

impontualidade, que também ataca os princípios da boa-fé e da integralidade (que determinam que as prestações sejam cumpridas na íntegra, tal qual avençadas), pode, na visão do autor, decorrer de vários motivos, inclusive de natureza jurídica (como a promessa de entrega de coisa alheia) ou pela violação de deveres acessórios³²⁰.

O autor³²¹, com base no ordenamento jurídico português, exige a presença de quatro pressupostos para que esteja caracterizado o cumprimento defeituoso, a saber **(i)** é necessário que o devedor realize a prestação em violação ao princípio da pontualidade, **(ii)** é indispensável que o credor aceite a prestação por desconhecer o defeito ou, conhecendo-o, seja feita reserva, pois a aceitação sem reserva sana o defeito (se conhecido, repita-se) e libera o devedor³²²; **(iii)** o defeito deve ser relevante, em análise objetiva, pois coisas irrelevantes não podem gerar responsabilidade; e **(iv)** devem sobrevir danos típicos³²³ e ³²⁴.

À luz desses pressupostos, Martinez afirma que o cumprimento inexato só é efetivamente autônomo quando há a entrega de uma prestação, ainda que irregular, e essa prestação é aceita pelo credor, pois se não há prestação e nem aceite, haverá mora, caso posteriormente haja o cumprimento, ou incumprimento definitivo, caso deixe a prestação de ser possível ou útil ao credor³²⁵.

No Brasil, pela própria forma em que os institutos da mora e do inadimplemento absoluto, a qualificação jurídica do cumprimento defeituoso merece tratamento distinto, dada as peculiaridades de nosso ordenamento jurídico.

Como visto, o cumprimento defeituoso se materializa "*quando embora sendo realizada pelo devedor, a prestação não corresponde integralmente à prestação a que se vinculou, não permitindo assim a satisfação adequada do credor*"³²⁶.

320 _ Ibidem. P. 129/ 130.

321 _ Ibidem.

322 _ Na visão do autor, a aceitação, a despeito da evidência do erro, pode ocorrer porque a prestação é de algum modo útil ao credor ou, mesmo que não seja, pois por algum motivo a boa-fé determina a aceitação.

323_ Ob. Cit. P. 129/130

324_ Na visão do autor, o cumprimento imperfeito, se evidenciado, quase sempre perturbará a equivalência das prestações.

325_ ver Martinez a partir do 26

326_Leitão, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações. 11. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, v. 2, p. 269. *Apud.* Nanni. Giovanni Ettore. Ob. Cit. P. 51.

No Brasil o tema (cumprimento defeituoso) não tem grande destaque, tal qual existe especialmente na Alemanha e em Portugal, simplesmente porque, entre nós, o cumprimento imperfeito é absorvido pela mora, dado os contornos atribuídos a esse instituto pelo Código Civil nacional, sendo inclusive discutível a pertinência de tratá-lo como figura jurídica autônoma, atribuindo-lhe efeitos próprios e distintos daqueles previstos expressamente por nossa legislação.

De acordo com o art. 394 do CC, "*considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelece*". Na estrita dicção da lei, portanto, a mora não está restrita à impontualidade (temporal) no cumprimento da obrigação, mas também restará caracterizada nas hipóteses em que o devedor deixa de cumprir sua obrigação na forma e lugar ajustados.

É justamente diante desse conceito mais amplo da mora definida por nosso legislador, que Agostinho Alvim afirma que, embora a principal situação de ocorrência da mora seja o retardo (ou atraso) no cumprimento da obrigação, a mora se efetivará também em situações outras, em que houver qualquer imperfeição na obrigação no que diz respeito também à forma e ao lugar de cumprimento da obrigação³²⁷.

No mesmo sentido, Nanni define a mora como a "*não realização ou realização incorreta da prestação, uma ou outra, inadequada ao tempo, lugar e forma convencionados*" ³²⁸. A forma, aqui, não deve ser compreendida como a declaração negocial (ou seja, à solenidade do negócio), mas diz respeito à maneira de ser (coisa) ou fazer (fato) da prestação³²⁹, de modo que consiste efetivamente na substância, isto é, no modo em que a prestação deve ser executada.

Ademais, a mora, independentemente de sua causa (isto é, se decorrente do desrespeito ao tempo, forma ou lugar pactuado), admite o remédio do defeito pelo devedor (afinal, não há previsão expressa em sentido contrário pelo legislador), ainda que tenha havido o cumprimento falho, sem prejuízo, obviamente, da obrigação de o credor reparar as perdas e danos decorrentes da mora em que incorreu (por qualquer motivo). Aliás, é até mesmo possível que o cumprimento defeituoso (enquanto mora) seja convertido em inadimplemento absoluto.

327_ Alvim, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. P11.. *Apud*. Nanni. Giovanni Ettore. Ob. Cit. P. 52

328_ Ob. Cit. P. 53.

329 - *Ibidem*. P. 54.

Diante da amplitude do conceito de mora em nosso ordenamento jurídico, embora exista doutrina no sentido contrário³³⁰, é possível afirmar-se que o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento defeituoso da prestação, não sendo necessário qualificá-la, entre nós, como uma hipótese autônoma de descumprimento.

Essa conclusão também parece ser aquela adotada por nossos Tribunais, pois nossa jurisprudência³³¹ costuma tratar o cumprimento defeituoso ou inexato como hipótese caracterizadora da mora e, portanto, enquadrada no artigo 394 do Código Civil, a justificar os efeitos daí advindos³³² (isto é, decorrentes da mora).

Registra-se, por fim, que justamente em virtude da inexistência de delimitação de seu conceito, a existência do cumprimento imperfeito não é unânime na doutrina estrangeira, pois há quem defenda que se trata apenas de uma espécie do gênero incumprimento parcial. Martinez³³³ crítica essa posição, pois o incumprimento parcial, a seu ver, tem um viés quantitativo – isto é, em certa medida o interesse do credor é satisfeito -, que nem sempre se compatibiliza com o cumprimento inexato.

3.2 DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES LATERAIS

Os deveres laterais são aqueles que não se relacionam diretamente com os fins específicos do contrato, mas com algum outro bem jurídico ou interesse do credor³³⁴.

330_ Orlando Gomes defende que mora somente representa o não cumprimento da obrigação no tempo devido, sendo que as infrações relativas ao tempo e lugar são passíveis de responsabilização, mas não constituem mora (Obrigações. 12, ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 168 *Apud.* Nanni. Giovanni Ettore. Ob. Cit. P. 52).

331_ Nesse sentido, veja-se: TJ-SP - AC: 91513154420088260000 SP 9151315-44.2008.8.26.0000, Relator: Hamid Bdine, Data de Julgamento: 02/04/2012, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/04/2012; ou TJ-PR - APL: 00171378320208160030 Foz do Iguaçu 0017137-83.2020.8.16.0030 (Acórdão), Relator: Fernando Ferreira de Moraes, Data de Julgamento: 13/08/2021, 13ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/08/2021.

332_ Nesse sentido é elucidativo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que consignou que "*Caracterizam a mora o cumprimento defeituoso da obrigação e o atraso no tocante ao seu adimplemento, sendo efeitos do instituto em comento a responsabilização do devedor pelos prejuízos causados ao credor e a perpetuação da obrigação (art. 399 do Código Civil).*" (TJ-DF - APC: 20110110077943 DF 0002491-25.2011.8.07.0001, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 10/12/2014, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 20/01/2015 . Pág.: 622)

333_ Ob. Cit. P. 140/141.

334_ SILVA. OB. Cit. P. 221.

Ferreira Silva aponta os deveres laterais foram construídos a partir de alguns grupos, tutelando diferentes situações jurídicas³³⁵. Segundo o autor, o primeiro grupo desses deveres tem relação com o chamado dever de proteção, que se destina a proteger o próprio patrimônio ou a pessoa do credor; a esse grupo foi acrescentado um segundo, relacionado aos deveres do melhor adimplemento, caracterizado por situações em que não há mora ou inadimplemento absoluto, mas mero desrespeito a uma obrigação necessária para que seja entregue ao credor o resultado mais útil e eficaz³³⁶.

Com a clareza que lhe é própria, Judith Martins-Costa³³⁷ explica que os deveres laterais (que denomina de deveres anexos ou instrumentais) estão relacionados com os interesses de prestação, atuando para otimizar o adimplemento satisfatório, motivo pelo qual não dizem respeito a “o que prestar”, mas sim a “como prestar”. Explica, ainda, que os deveres laterais estão fundados sempre na boa-fé, que atuará inclusive em caráter integrativo, caso a regulamentação negocial levada a efeito pelas partes seja carente ou inidônea³³⁸.

De fato, conforme relembra Terra³³⁹, a relação obrigação é complexa e não abrange apenas direitos e deveres de prestação, mas também diversos outros direitos e deveres que, com fundamento na boa-fé objetiva, condicionam o negócio – inclusive restringindo a autonomia da vontade – para que se adeque a padrões de convivência e confiança mútua.

Assim, exemplificadamente, um dever lateral pode ser entendido como o dever (de o obrigado, ao cumprir sua obrigação, não causar danos ao credor ou prejuízo a um interesse deste, pois, se o fizer, ainda que entregue a prestação pactuada, incorrerá na violação a um dever oriundo da boa-fé objetiva. Essa mesma violação se caracterizará se o devedor, ao entregar sua prestação, não presta informações suficientes para que o credor consiga utilizá-la e retirar-lhe proveito, agora em virtude da violação aos deveres (laterais) de cooperação e informação.

Em ambos os casos há cumprimento da obrigação ajustada, mas não da forma necessária para que seja satisfeito o melhor interesse do credor. É justamente por isso que a infringência de um dever lateral não pode traduzir inadimplemento absoluto (há

335_ Ibidem. P. 228

336_ TERRA. Ob. Cit. P. 97

337_ **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Ponts. 2015.P. 222

338_ Ibidem.

339_ TERRA. Ob. Cit. P. 100.

cumprimento do pactuado) ou mora (em sua acepção tradicional), de modo que tal infringência pode atrair a aplicação da teoria da violação positiva do contrato.

Ferreira Silva³⁴⁰ ainda aponta que nem sempre é tarefa simples distinguir a violação de um dever lateral da prestação defeituosa, pois, em sua visão, ambas teriam pressupostos semelhantes e acarretam danos típicos. Para distinguir essas duas figuras jurídicas, é necessário, em sua visão, examinar qual é o dever violado pelo comportamento do devedor: se sua falha se relaciona a um dever de prestação, ter-se-á o cumprimento defeituoso; se a falta não se refere a prestação, mas algo lateral e necessário para o atender ao melhor interesse do credor, ter-se-á a violação de um dever lateral.

3.3 DEMAIS HIPÓTESES COMUMENTE ACEITAS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Além das duas hipóteses citadas nos capítulos antecedentes, a teoria da violação positiva do contrato seria admitida ainda, como visto, de um modo geral, em mais três situações (desde que delas não resulte em mora-atraso ou inadimplemento), consistentes na **(i)** recusa antecipada do devedor em cumprir sua obrigação, **(ii)** descumprimento de obrigações negativas, e **(iii)** não cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo.

A recusa antecipada, também chamada de inadimplemento anterior ao termo, consistiria em uma falta do devedor, que, anteriormente ao termo pactuado, manifesta-se no sentido de que não cumprirá a obrigação que assumiu. Esse comportamento, desde que manifestado de forma inquestionável e definitivo (não é suficiente a simples suscitação de dúvida no credor), independentemente de ser expressa ou tácita, por meio de comportamento comissivo ou omissivo, caracterizará inadimplemento antecipado, já que não faz sentido obrigar-se o credor a manter-se vinculado a uma relação estéril e exigir que ele aguarde o implemento do termo pactuado para exigir a satisfação de seu interesse³⁴¹, ainda mais quando se sabe que esse termo é estabelecido apenas para permitir que o devedor se organize para cumprir a obrigação (se ela não vai ser cumprida, não faz sentido dar-lhe esse prazo).

340_ SILVA. OB. Cit. P. 244/246.

341 _ TERRA. Ob. Cit. P. 105.

Essa falta, para alguns doutrinadores como Ruy Rosado de Aguiar Júnior³⁴², traduziria violação positiva do contrato, por não se enquadrar em mora, inclusive na acepção ampla que lhe confere o art. 394 do Código Civil brasileiro, ou inadimplemento, consistindo, verdadeiramente, na quebra de um dos deveres oriundos da boa-fé objetiva e, por isso, apto a implicar a violação positiva do contrato.

Relativamente às obrigações negativas, a caracterização da violação positiva do contrato dar-se-ia porque o descumprimento destas, a princípio, não se enquadraria, nos conceitos tradicionais de mora, uma vez que a prática de um ato a que o devedor se obrigou a abster-se de realizar não se considera, via-de-regra, atraso (exceto se apenas retardou o início de sua abstenção) ou inadimplemento, já que o credor ainda pode ter interesse ou extrair utilidade do comportamento negativo do devedor (a despeito de um descumprimento momentâneo), o que justificaria, pela lacuna legal (nos ordenamentos que adotam a classificação bipartite e com conceito mais reduzido de mora), a adoção a teoria formulada por Staub.

As obrigações de fornecimento em contrato sucessivo, por sua vez, estariam, na visão de Ferreira Silva³⁴³, inseridas nas obrigações duradouras, de modo que o inadimplemento de uma dessas prestações sucessivas daria ensejo à violação positiva do contrato, eis que abalaria a relação de confiança havida entre as partes. E como esse abalo na confiança não traduz mora ou inadimplemento, bem como não nasce do inadimplemento em si, mas de um dever jurídico prévio, estaria violado um dever meramente lateral (e não da obrigação), a ensejar, portanto, a adoção da teoria da violação positiva do contrato.

4.DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA VIOLAÇÃO POSITIVA NO BRASIL

No Brasil há discussão no âmbito de nossa doutrina a respeito do cabimento e margem para aplicação da teoria da violação positiva do contrato, em especial porque o espaço vago entre a mora e o inadimplemento absoluto o existente na Alemanha na época de sua concepção, que constitui o suporte objetivo da teoria em questão, é, entre nós, suficientemente ocupado por outros instrumentos jurídicos.

342_ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide Editora. 1991. P. 126. Apud. TERRA. *Ob. Cit.* P. 106

343_ *Ob. Cit.* P. 254.

Além de o conceito de mora definido pelo Código Civil ser historicamente³⁴⁴ muito mais amplo do que na Alemanha, já que, aqui, o instituto não se restringe ao atraso na entrega da prestação, mas alcança também a imperfeição quanto lugar e forma de execução da obrigação, o fato é que, conforme relembra Ferreira Silva³⁴⁵, o legislador pátrio regulou de forma genérica os vícios de prestação, bem como a responsabilidade civil – o principal efeito de um inadimplemento – foi estabelecida sem uma radical separação entre aquela decorrente de um ato ilícito contratual ou extracontratual, dada sua disciplina por cláusulas verdadeiramente gerais e de alcance dilatado (vide art. 186 do Código Civil vigente³⁴⁶).

Essa regulação mais ampla e genérica (tanto da mora quanto da responsabilidade civil) facilita a subsunção dos fatos às normas jurídica já concebidas e positivadas pelo legislador, dificultando a importação de teorias estrangeiras e/ou da adoção ou criação de figuras para qualificação de fatos jurídicos não previstas na legislação.

É justamente por isso que há doutrina que, reconhecendo que a teoria da violação positiva do contrato consiste em resposta a um problema existente na Alemanha (e talvez em outros ordenamentos), mas não em nosso ordenamento jurídico, é contrária à aplicação da referida teoria no Brasil. Há, porém, quem defenda sua aplicação em nosso ordenamento.

Os adeptos da referida teoria reconhecem que ela deve ser importada a partir da delimitação do conceito de mora por seu aplicador. Nesses termos, quem defende, tal qual faz Orlando Gomes, que a mora consiste em atraso (apesar da clareza disposta no art. 394 do Código Civil), admitirá que toda espécie de violação ao interesse do credor, que não consistir em atraso ou inadimplemento absoluto, traduz violação positiva do contrato³⁴⁷, já que nesse caso, a teoria em questão atuará em um campo vago e não alcançado pelas figuras concebidas pelo legislador.

344_ O conceito amplo de mora não é uma inovação do Código Civil de 2002, pois seu antecessor, o Código Civil de 1916, já previa, em seu art. 955, que "*Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados*".

345_ FERREIRA. Ob. Cit. P. 208/210.

346_ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

347_ GOMES, Orlando. Obrigações. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. *Apud*. TERRA. Ob. Cit. P. 99.

Ferreira Silva, por sua vez, apesar de também entender que o atraso é o elemento preponderante da mora, não concebe que ela abrange apenas o não cumprimento da obrigação no prazo devido, mas reconhece que alcança também o mau cumprimento (desde que isso não prejudique o posterior cumprimento da prestação)³⁴⁸, de modo que reconhece que um dos principais campos da incidência da violação positiva do contrato (o mau cumprimento) é abrangido pela mora.

Apesar dessa abrangência, Ferreira Silva compreende que existe, ainda, uma lacuna que pode ser preenchida pela violação positiva do contrato (embora não seja ela tão ampla, como defendem outros), pois, em sua visão, a mora não alcançaria ou regularia o descumprimento dos deveres laterais de conduta ou suas consequências³⁴⁹.

Na construção de seu raciocínio, Ferreira Silva, defende que os interesses tutelados pelos deveres laterais não se confundem com os interesses relacionados à prestação (*e.g.*, podem relacionar-se com sua confiança na relação negocial ou apenas na proteção de sua integridade), bem como tais deveres existem e subsistem ainda que o contrato seja nulo (ou posteriormente seja anulado), o que não ocorre com os deveres de prestação (não há dever de prestar se o contrato for declarado nulo). Tais fatos, aliados à noção de que a frustração de um dever lateral gera danos distintos da violação a um dever de prestação, legitimaria a aplicação da teoria da violação positiva do contrato no Brasil.

Daí, porque em sua visão, a teoria da violação positiva do contrato pode ser entendida como "*o inadimplemento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação.*"³⁵⁰.

Contudo, os argumentos que buscam legitimar a aplicação da teoria da violação positiva do contrato no Brasil são refutados, de forma bastante coerente, por outros estudiosos de renome.

Terra³⁵¹ relembra que, hoje, as relações obrigacionais têm uma perspectiva funcional, de maneira que o devedor não está obrigado a meramente cumprir sua prestação, mas sim, em atenção à boa-fé objetiva, satisfazer o interesse do credor, o que envolve, também, atender aos deveres de conduta necessários para que o resultado legitimamente esperado pelo credor se realize. Inclusive, não é necessário, para caracterização do inadimplemento, que se isole qual foi o dever inadimplido (inclusive

348_Ob. Cit. P. 267

349 _ Ob. Cit. P. 265.

350_ OB. Cit. P. 268.

351_ TERRA. OB. Cit. P. 101.

porque descumprimentos mínimos não podem gerar qualquer espécie de responsabilização), mas sim na repercussão desse inadimplemento no interesse do credor.

Ainda segundo a autora, o conceito de adimplemento influencia o de inadimplemento, de modo que, para se para considerar adimplente, o devedor está obrigado também ao cumprimento de deveres laterais. Obviamente o descumprimento de tais deveres gera igual inadimplemento, apto a ser absorvido pelas figuras tradicionais previstas no Código Civil pátrio³⁵².

A doutrinadora, ainda, refuta a afirmação de que a violação positiva do contrato gera danos típicos que justificariam sua aplicação em nosso ordenamento, inclusive por subsistir o dever de indenizar a despeito da declaração de nulidade, pois a qualificação do dano ou seu fato gerador (se decorrente de violação ao dever de prestação ou dever lateral), via de regra, não é relevante para análise do dever de indenizar, bastando, para consumação desse dever, que exista nexó de causalidade entre os danos experimentos e a violação em que incorreu o devedor, inclusive se o contrato for declarado nulo, já que nesse caso a consequência lógica é o retorno das partes ao *status quo*.

Além disso, parcela relevante das situações que poderiam conduzir ao cumprimento imperfeito ou à violação de um dever de proteção pode ser caracterizada como vício redibitório, motivo pelo qual, para referida autora, não haveria utilidade para aplicação da teoria da violação positiva do contrato em nosso ordenamento jurídico³⁵³.

Nanni³⁵⁴ possui visão semelhante, pois compreende que a violação aos deveres laterais também caracteriza mora ou inadimplemento absoluto, já que se referem a condutas (passivas ou ativas) exigíveis do devedor, em especial porque não é o descumprimento isolado de um dever que pode caracterizar o inadimplemento, mas sim a repercussão de tal descumprimento no interesse do credor. E, fatalmente, ao analisar essa repercussão, seremos conduzidos a uma situação de mora (se a prestação ainda for interessante ao credor) ou inadimplemento absoluto (se não houver mais interesse).

Por esse motivo, Nanni refuta a aplicação da teoria da violação positiva do contrato em nosso ordenamento jurídico, já que o Código Civil oferece respostas adequadas a toda espécie de descumprimento, sendo que, em sua visão, a admissão de tal

352_ Ibidem. P. 102.

353_ Ibidem. P. 111.

354 _ Ob. Cit. P. 49/50.

teoria somente é admitida por alguns em virtude de uma indevida restrição do conceito de mora³⁵⁵.

No que se refere às demais hipóteses citadas anteriormente na qual a doutrina da violação positiva do contrato é aplicada, não nos parece haver grande margem para debate a respeito de sua inaplicabilidade no ordenamento jurídico interno.

De acordo com o artigo 390 do Código Civil, nas obrigações negativas, o devedor descumpre sua obrigação desde a data em que executou os atos dos quais deveria se abster, de modo que o próprio legislador já tratou do inadimplemento dessa espécie de obrigação, não havendo, pois, margem para enquadrar essa espécie de inadimplemento em uma teoria estrangeira (concebida, aliás, para atuar em caráter residual).

Do mesmo modo, a doutrina defende que o inadimplemento anterior ao termo, por violar o dever de prestação efetivamente (afinal, a obrigação em sua substância não será executada), constitui mora ou inadimplemento, pura e simples, pois se o devedor expor sua intenção definitiva de não cumprir sua obrigação, perderá o benefício do prazo e estará, imediatamente, em mora (se sua obrigação for passível de obrigação posterior) ou em situação de inadimplemento absoluto (se não houver possibilidade de remédio), descabendo falar na aplicação da teoria da violação positiva do contrato³⁵⁶.

De igual modo, não se nota qualquer circunstância particular no que diz respeito às obrigações duradouras que seja apta a afastar seu descumprimento ou cumprimento inexato, em qualquer circunstância, do campo da mora ou do inadimplemento absoluto.

4. DO TRATAMENTO DADO À VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO PELA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A jurisprudência nacional não tem um tratamento uniforme no que diz respeito à aplicação da teoria da violação positiva do contrato.

De fato, é bastante fácil perceber que a jurisprudência, de um modo geral, adotou a tese da teoria da violação positiva do contrato (não foi possível localizar julgado refutando sua aplicação), pois são centenas os julgados que se apoiam em referida teoria para reconhecer o descumprimento de um dever jurídico imposto ao devedor e, por consequência, seu inadimplemento contratual.

355_ Ibidem.

356_ TERRA. Ob. Cit. . P. 104/106

Em geral, a jurisprudência, talvez inspirada pelo Enunciado nº 24 da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual "*Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.*", ao reconhecer a violação positiva do contrato, fá-lo com base na infringência, pelo devedor, de algum dever imposto pela boa-fé objetiva, como o de cooperação ou informação, a justificar sua responsabilização, na medida em que, de algum modo, essa infringência prejudica cumprimento do contrato ou, ainda, caracteriza o cumprimento defeituoso da prestação.

A título ilustrativo, colaciona-se a ementa de três diferentes acórdãos, proferidos por três Tribunais de Justiça diferentes, que são suficientes a demonstrar a forma pela qual jurisprudência nacional costuma adotar a violação positiva do contrato ao julgar às lides que lhe são postas. Confira-se:

*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE SISTEMAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. **INADIMPLEMENTO POR PARTE DA CONTRATADA EVIDENCIADO. DEVER CONEXO DE BOA-FÉ E COOPERAÇÃO EFICIENTE. PRODUTO ENTREGUE E SERVIÇOS PRESTADOS A DESCONTENTO, CARACTERIZANDO MORA CONTRATUAL.** ÔNUS DA PROVA. RÉ NÃO DEMONSTROU TER CUMPRIDO A OBRIGAÇÃO QUE ASSUMIU, AINDA QUE PUDESSE TÊ-LO FEITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DA RÉ NEGADO. POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.357*

*Contrato de prestação de serviços. Retirada de esgoto de estabelecimento mediante utilização de caminhão apropriado. Lançamento parcial na rede pública. **Prestação contratual recebida pelo credor. Hipótese de cumprimento defeituoso da obrigação ou violação positiva do contrato.** Exigibilidade do preço, ressalvada a postulação de perdas e danos*

357_ TJ-RS - AC: 70085108702 GRAMADO, Relator: Ketlin Carla Pasa Casagrande, Data de Julgamento: 20/04/2023, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 27/04/2023)

pelas vias próprias. Art. 395 do Código Civil. Cancelamento de protestos ora afastado. Recurso provido.358

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C DANOS MORAIS. RESOLUÇÃO DE CONTRATO. EMPRÉSTIMO PESSOAL. IMPOSIÇÃO DA SISTEMÁTICA DE LEVANTAMENTO DOS VALORES POR MEIO DE "CARTÃO DA CONTA DIGITAL CREFISA", SEM INFORMAR SUFICIENTEMENTE A AUTORA. DEVERES DE INFORMAÇÃO, RAZOABILIDADE E ATUAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DA REQUERENTE. OFENDIDOS. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO DA SENHA DO CARTÃO QUE TROUXE ENORMES TRANSTORNOS. PROBLEMA NÃO SOLUCIONADO. **VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO CARACTERIZADOR DO INADIMPLEMENTO PARCIAL OU MORA, NOS TERMOS DO ART. 394 DO CC.** CONVERSÃO EM INADIMPLEMENTO ABSOLUTO. REQUERIDA QUE, EM FACE DO PROBLEMA COM A SENHA DO CARTÃO, ASSUMIU O COMPROMISSO DE TRANSFERIR OS VALORES DIRETAMENTE NA CONTA, GERANDO LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE ASSIM RESOLVER O PROBLEMA ("SURRECTIO"). SUPERAÇÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL DE DISPONIBILIZAÇÃO DOS VALORES POR MEIO DO CARTÃO DO PRÓPRIA REQUERIDA ("SUPRESSIO"). DISPONIBILIZAÇÃO DOS VALORES. AUSENTE. PRESTAÇÃO QUE SE TORNOU INÚTIL À AUTORA. ART. 395, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC. RESOLUÇÃO DO CONTRATO QUE SE IMPÕE, COM SATISFAÇÃO DAS PERDAS E DANOS. DEVOUÇÃO SIMPLES DO DESCONTADO. DANO MORAL. CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO EM PATAMAR RAZOÁVEL E ADEQUADO. SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. INVERTIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.359*

De fato, a simples análise das ementas citadas revela a forma pouco técnica com a qual a jurisprudência trata a violação positiva do contrato, que não parece acordada com o propósito para o qual concebida.

Viu-se, nos tópicos antecedentes, que a teoria da violação positiva do contrato foi elaborada por Staub com o propósito principal de oferecer uma resposta ao problema decorrente da lacuna existente no Código Civil alemão referente às situações em

358_ TJ-SP - AC: 10077200320198260562 SP 1007720-03.2019.8.26.0562, Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Data de Julgamento: 02/02/2022, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/02/2022

359_ TJPR - 13ª C. Cível - 0017137-83.2020.8.16.0030 - Foz do Iguaçu - Rel.: DESEMBARGADOR FERNANDO FERREIRA DE MORAES - J. 13.08.2021.

que o desrespeito do contrato não caracterizaria a mora ou a impossibilidade. Por isso, referida teoria tem um papel residual, tratando-se genuinamente de uma terceira via, somente aplicável caso o comportamento do devedor não caracterize a mora ou a impossibilidade, pois, do contrário, o intérprete deve socorrer-se das figuras previstas no ordenamento jurídico, aplicando as consequências daí advindas.

A jurisprudência nacional, contudo, conforme se revela pela simples leitura dos julgados cuja ementa foi acima restrita, não costuma atribuir à violação positiva o papel residual ou de terceira via para o qual concebida, pois trata referida teoria, ao fim e ao cabo, como uma simples espécie do gênero mora (ainda que não o diga expressamente), aplicando ao caso concreto as consequências previstas no caso de incidência deste instituto.

De fato, nota-se que nos primeiro e terceiro julgados citados há referência expressa à violação positiva do contrato como fato que caracteriza a mora, nos termos do artigo 394 do Código Civil, assim como o segundo julgado, embora não tenha feito expressamente o mesmo enquadramento jurídico, concluiu que a violação positiva do contrato enseja a aplicação das consequências previstas no art. 395 do mesmo Diploma³⁶⁰. Referido dispositivo trata justamente da responsabilidade a que sujeito o *"devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa"*, de modo que houve inequívoca qualificação da violação positiva do contrato como mora.

Não foi possível localizar julgados que se preocupam em distinguir as figuras da violação positiva do contrato e mora à luz do conceito estabelecido no artigo 394 no Código Civil, talvez que porque, diante dos contornos atribuídos à mora e à responsabilidade contratual pelo legislador, essa distinção, na prática, isto é, na solução a ser dada aos casos concretos, não seja de qualquer modo relevante ao Estado-Juiz.

5. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho demonstrou-se que a teoria da violação positiva do contrato foi criada por Staub como resposta a uma omissão legislativa específica havida no Código Civil alemão, de modo que referida teoria foi concebida para possuir aplicação meramente residual, sendo admitida apenas nas hipóteses em que o descumprimento incorrido pelo devedor não pudesse ser enquadrado nas figuras

³⁶⁰ Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

tradicionais do inadimplemento, isto é, na mora (em seu comum aspecto temporal) ou no inadimplemento absoluto.

Por esse motivo, embora seja louvável a tentativa de nossa doutrina, refletida nas opiniões citadas ao longo deste trabalho e no Enunciado nº 24 da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, e de nossa jurisprudência de importar referida teoria, ela, notadamente quando se analisa se objetivo, não parece compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, inexistente, no Brasil, o problema que a teoria da violação positiva do contrato nasceu para resolver, pois, entre nós, o conceito de mora é muito mais amplo do que aquele presente no BGB, já que aqui a mora compreende também o defeito na forma e lugar da prestação (e não apenas o tempo), conforme se infere do art. 394 do Código Civil. Aliás, qualquer interpretação que busque restringir a mora apenas ao aspecto temporal da obrigação não pode, com o devido respeito, ser considerada ou acolhida, pois é contrária a texto expresso da lei (trata-se de interpretação *contra legem*).

Assim, a mora, no fim do dia, absorve as principais hipóteses em que se admitiria a aplicação da teoria da violação positiva do contrato, eis que o cumprimento defeituoso e a violação aos deveres laterais traduzem, tranquilamente, o cumprimento da obrigação de forma diferente daquela determinada pela lei ou pela convenção entre as partes.

Se o devedor presta o serviço de forma deficiente ou diferente daquela que se esperava, está, obviamente, cumprindo sua prestação de forma diferente daquela pactuada, incorrendo, portanto, em mora (forma). Do mesmo modo, se descumpre um dever lateral, como o de proteção (da pessoa ou do bem do credor), está, igualmente, incorrendo em mora, pois é nítido que, se o devedor cumpriu sua obrigação de modo que causou prejuízo ao credor, não o fez da forma adequada.

A ampla conceituação de mora, aliada à existência de outros institutos jurídicos destinados a tratar de defeitos no cumprimento da obrigação (como o vício redibitório, previsto no art. 441 do CC, ou dos vícios previstos pelo Código de Defesa do Consumidor), não dão espaço à aplicação da teoria da violação positiva do contrato no Brasil, em especial quando se considera que essa teoria foi concebida para atuar no campo vago entre a mora e o inadimplemento, e não para invadir (ou se arvorar) do espaço ocupado por esses institutos. Ao contrário, se a situação concreta é disciplinada pelos institutos legais, ela deve ser por ela pautada, não se cogitando da aplicação de uma teoria sem base legal e contornos (inclusive quando aos efeitos) claros, motivo pelo qual não há espaço para a aplicação da violação positiva do contrato no Brasil.

E tanto não há que, como visto, quando a jurisprudência, sem muito critério, a adota como razão de decidir, costuma utilizar-se dos dispositivos legais que pautam a mora para afirmar que houve o descumprimento do contrato e/ou estabelecer as consequências jurídicas aplicáveis ao devedor. Essa confusão entre institutos (mora e violação positiva do contrato) confirma a suficiência da mora para tratar dos problemas ligados ao inadimplemento contratual (que não traduzam inadimplemento absoluto) e, conseqüentemente, a desnecessidade da adoção da teoria estrangeira pelo direito brasileiro.

Essa conclusão não se altera pela posição de Jorge Cesa Ferreira da Silva, no sentido de que a teoria em questão teria espaço na disciplina no descumprimento de deveres que não possuem vinculação direta com os interesses do credor na prestação.

Ora, um interesse desvinculado ao interesse do credor está, na verdade, desvinculado do próprio contrato, já que não diz respeito ao seu objeto ou com o interesse que uniu as partes, de modo que não é possível se afirmar que o desrespeito a um interesse não vinculado à prestação possa, de qualquer modo, implicar em violação ao contrato em si. Parece-nos que, nesse caso, estar-se-á diante de um ato ilícito de natureza extracontratual, a ser tratado pelos artigos 186 e 927 do Código Civil e não propriamente diante de uma violação ao contrato (de qualquer natureza).

5. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor** (resolução). Rio de Janeiro: Aide Editora. 1991. P. 126.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada**. Coimbra: Almedina, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Ponts. 2015.

NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PELUZO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado: Doutrina e jurisprudência**. 16. Ed. rev e atual. Barueri: Manole. 2022. P 383.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **A violação positiva do contrato é figura efetivamente útil no direito brasileiro?** In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito civil, constituição e unidade do sistema: anais do congresso de direito civil constitucional – V congresso do IBDCivil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO

LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO³⁶¹

Resumo: O termo inteligência artificial (IA) foi nomeado pelo cientista da computação John McCarthy, falecido em 2011. Por muitos anos, a IA foi tida como uma bobagem, sem aplicações importantes. A partir de 2015, surgiram desenvolvimentos que causaram uma verdadeira revolução em diversos campos. Essa revolução suscitou questões éticas e jurídicas, que passaram a ser enfrentadas pelos tribunais. Neste artigo, iremos analisar as implicações da inteligência artificial no sistema judicial, tanto de forma endógena, na incorporação da IA aos processos judiciais, quanto exógena, quando a IA é o próprio objeto da controvérsia dos autos.

Palavras-chaves: inteligência artificial; big data; aprendizado de máquina; direito.

Abstract: The term artificial intelligence (AI) was named by computer scientist John McCarthy, who passed away in 2011. For many years, AI was considered nonsense, without important applications. From 2015 onwards, developments emerged that caused a true revolution in several fields. This revolution raised ethical and legal questions, which began to be addressed by the courts. In this article, we will analyze the implications of artificial intelligence in the judicial system, both endogenously, in the incorporation of AI into judicial processes, and exogenously, when AI is the very object of the case's controversy.

Keywords: artificial intelligence; big data; machine learning; law.

Sumário: 1-Introdução; 2-Visão Geral da IA; 3-Usos Atuais da IA; 4-Desmistificando a IA; 5-Responsabilidade e Subordinação Algorítmicas; 6-Conclusão; 7-Referências

1-Introdução

A busca pela imitação do cérebro humano remonta há mais de um século. Atualmente, essa imitação ocorre tanto em termos de software quanto de hardware. De fato, a evolução na ciência de dados possibilitou a criação de algoritmos que simulam os neurônios humanos, como as redes neurais artificiais. De igual modo, foram desenvolvidos processadores neuromórficos e chips orgânicos, que diminuem o consumo de energia. Em uma terceira frente, há o armazenamento holográfico, que guarda os dados em três dimensões usando lasers.

361 E-mail: leonardo-rac@hotmail.com

O progresso nesse campo foi impulsionado por conflitos armados. Antes da primeira guerra mundial, os aviões eram feitos basicamente de madeira e tecido. Após a deflagração do conflito, os aviões evoluíram rapidamente para a versão de aço. Da mesma forma, a segunda guerra mundial desencadeou uma evolução no desenvolvimento de computadores.

O primeiro computador operacional no Brasil foi inaugurado em 1960 na PUC-Rio, com a presença de Juscelino Kubitschek e do cardeal Montini, o futuro Papa Paulo VI. Era o B-205, uma máquina que pesava mais de uma tonelada e custava o equivalente a 10 milhões de dólares a valores de hoje. O computador tinha uma capacidade de cálculo de 16k, um avanço formidável para a época, e era operado por um consórcio de órgãos públicos e privados que controlava os pedidos de cálculo.

De seu turno, o computador pessoal somente surgiu em 1973, com o Xerox Alto, que tinha a concepção de uma mesa de trabalho, tendo um mouse quadrado e uma tela vertical. Esse computador não chegou a ser vendido no mercado. Em 1975, foi lançado o Altair 8800, uma caixa retangular que alcançou o mercado. Porém, apenas em 1981 a IBM lançou o PC que se tornaria o padrão de computador pessoal predominante.

Do ponto de vista histórico, os instrumentos de cálculo acompanharam a história humana. O ábaco já era utilizado pelos fenícios há 4 mil anos, e facilitava as operações com grandes volumes no comércio marítimo. Bem antes disso, os humanos já utilizavam a matemática em ossos de babuínos, como o Osso de Ishango. Esse osso data de 20 mil anos e contém fileiras de traços que revelam cálculos matemáticos utilizando dúzias e dezenas. Algumas teorias atribuem esses cálculos às necessidades das mulheres de acompanhar o ciclo menstrual. Outras o consideram um calendário lunar. Há ossos mais antigos, como ossos de lobos de 32 mil anos, que contêm traços marcados por humanos para contagem, mas sem revelar operações aritméticas.

Há cerca de 2,5 mil anos, os babilônios avançaram no cálculo astronômico, descobrindo a regularidade dos eclipses solares e lunares. Já no século I a.C, atribui-se a Arquimedes, conforme o relato de Cícero, a invenção da anticitera, uma máquina que incorporava diversas funções de cálculo. Essa máquina foi encontrada no início do século XX, dentro de uma galé romana. Esse achado arqueológico somente foi analisado em 1950, utilizando raios X. Foi criada uma máquina de raios X específica para analisar o artefato, que revelou uma intrincada conexão de 27 engrenagens. Uma dessas engrenagens possuía exatos 233 dentes, cada um deles representando uma lua, o equivalente a 18 meses e 11 dias, para a previsão de eclipses. Para os gregos, acompanhar a lua era fundamental, pois determinava as viagens noturnas, o pagamento de dívidas, as batalhas, as plantações e as festas religiosas. Algumas réplicas viáveis da anticitera foram construídas nos últimos anos, revelando se tratar de uma máquina complexa e funcional.

Após a conquista da Grécia por Roma houve um declínio nesse processo, e apenas 1,5 mil anos depois surgiria o relógio astronômico na Europa. Anos depois, em 1623, Guilherme Schickard inventou uma máquina de cálculos que incluía as quatro operações aritméticas, usando números de seis dígitos. Em 1625, ele sucumbiu à peste bubônica, juntamente com sua família. Essa máquina foi utilizada por Johannes Kepler, e é tida como a primeira máquina de computar utilizando as quatro operações, antes de Blaise Pascal e Leibniz. Contudo, não é consenso que ela era funcional, e uma réplica viável jamais foi elaborada.

Os estudos sobre inteligência artificial somente surgiram no século XIX, com o pioneirismo da obra "Darwin entre Máquinas", de Samuel Butler, publicada em 1863, que já teorizava a possibilidade de conceber máquinas pensantes. Em 1943, foi criado o neurônio artificial MCP, assim nomeado em homenagem a seus criadores, um psicólogo e um matemático. Em 1946, entrou em operação o ENIAC, o primeiro computador digital de grande porte. Em 1950, Alan Turing publicou o artigo "Computadores e Inteligência", na revista Mind. Na década de 1980, surgiu o Perceptron, seguido pela Retropropagação, que significou um enorme avanço na qualidade de emulação dos neurônios humanos e na velocidade de processamento. Na última década, houve a junção dos algoritmos de IA com o Big Data, o que somado a processadores de vários núcleos de supercomputadores, possibilitou que a inteligência artificial encontrasse aplicações relevantes.

Espera-se para a próxima década uma revolução na incorporação da IA em diversos campos do saber e da economia, gerando mudanças no mercado de trabalho. A incorporação de computadores com supremacia quântica e o aprendizado de máquina pode ajudar em muitos problemas de eficiência econômica. Contudo, é preciso enfrentar os desafios que surgirão, como o alto consumo de energia e recursos naturais da IA, e o extenso trabalho humano que está por trás de seu funcionamento.

2-Visão Geral da IA

De uma maneira geral, a IA é classificada em reativa, memória limitada, teoria da mente e autoconsciência. Este último nível é tido como hipotético. Também pode ser supervisionada, não supervisionada e semisupervisionada, cada uma voltada para uma tarefa específica, conforme haja ou não dados rotulados.

A IA é classificada ainda em estreita, geral e superinteligência. A primeira é possibilitada pelo uso de viés no algoritmo, tornando-o não extensível para outros domínios. A segunda é uma possibilidade hipotética, que visa escanear e modelar todo o cérebro humano. O cérebro de uma criança possui até um quatrilhão de conexões,

reduzindo com o passar do tempo, chegando ao patamar adulto de 100 trilhões de conexões, englobando 86 bilhões de neurônios. Esse mecanismo de processamento evoluiu durante 6 bilhões de anos, por meio de um processo de tentativa e erro, com a finalidade de adaptação ao ambiente. Muitos cientistas apregoam que esse mecanismo é impossível de ser modelado em máquinas. Por seu turno, a superinteligência sucedeu o antigo conceito de ultrainteligência, designando um programa de IA com inteligência superior à dos humanos, tido pela maioria dos cientistas como meramente ficcional.

De uma maneira geral, um algoritmo utiliza um vetor de recursos de entrada, que é processado e transformado em um vetor de recursos de saída. A grande evolução nessa área ocorreu com o aprendizado de máquina, quando os algoritmos passaram a processar dados fora da amostra, sem a necessidade de atuação humana para calibrar o sistema sempre que surgisse uma situação não prevista no código.

O aprendizado profundo e as redes neurais artificiais possuem algoritmos tão complexos que nem mesmo seus desenvolvedores são capazes de entender o processo final de tomada de decisão. As redes neurais artificiais possuem diversas camadas, cada uma com um peso, que processam os dados de entrada, até atingir a camada de ativação, conhecida como colapso neural, e a fase terminal de treinamento, a última camada. Uma enorme quantidade de dados é usada para teste e treinamento do algoritmo, visando aumentar sua acurácia e precisão. Diversos algoritmos modernos possuem diferentes funcionalidades, como os algoritmos evolutivos, aleatórios, gananciosos e bandidos multi-armados. Outros desenvolvimentos estão surgindo, como o matroide, que une a álgebra linear e a teoria dos grafos, desenvolvido em 1935 e ainda pouco explorado. O algoritmo mestre é um conceito de algoritmo definitivo, que teria a capacidade de aprender qualquer tipo de conhecimento. Não se confunde com o teorema mestre, voltado para a solução de recorrências nos algoritmos de divisão. Esse suposto algoritmo definitivo também é um conceito meramente hipotético.

3-Usos Atuais da IA

A IA já é usada para relacionamentos e namoro, como o aplicativo Replika. Também existem robôs terapeutas, usados para tratamentos psicológicos. A IA emocional ou computação afetiva, existe desde 1995. Ela possibilita uma interação mais natural e personalizada, analisando os olhos, corpo, inflexão da voz e estresse do usuário. Também em 1995 foi lançado o livro *Inteligência Emocional*, do jornalista Daniel Goleman, que revolucionou os métodos de ensino e de negócios. A IA emocional utiliza PNL, análise de sentimentos, análise de contexto, base de conhecimento e o feedback dos usuários para o aprendizado profundo, resultando em conversas empáticas.

A IA já se mostrou útil na segurança pública, com a Universidade de Chicago desenvolvendo um algoritmo de IA para a previsão de crimes que revelou uma precisão de 90%. A IA também é uma aposta para reduzir as despesas processuais e possibilitar o acesso à justiça, agilizando grande parte do expediente em pequenas causas e processos criminais de menor gravidade. Como exemplo, o TRT15 utilizou ferramentas de IA que propiciaram um aumento de 12% no julgamento de causas no primeiro semestre de 2023, contornando uma defasagem de cerca de 1.000 colaboradores, entre servidores e juízes. Mas a IA também pode ser utilizada para atividades criminosas, como a elaboração de códigos maliciosos.

De uma maneira geral, a IA depende de um agente inteligente, que percebe sensores e transdutores, processa a informação, e interage com atuadores, como os braços robóticos e os carros autônomos.

A IA também tornou aplicável o reconhecimento facial. Ele é feito em duas dimensões, analisando os dados dos olhos, testa, queixo e profundidade da órbita ocular. Esses dados são convertidos em uma fórmula matemática, que representa um código único para cada pessoa, como uma impressão facial. As câmeras de reconhecimento facial também detectam alterações nas vestimentas e acessórios, como o uso de boné, óculos, máscara, corte de cabelo e barba. Esse recurso é bastante utilizado no reconhecimento de pessoas em tumultos ou na prática de crimes. No entanto, algumas pessoas já foram acusadas injustamente por esses algoritmos, revelando falhas decorrentes de vieses.

O reconhecimento facial também tem sido utilizado em portarias eletrônicas de condomínios e na aprovação de empréstimos pelo smartphone. Neste último caso, o TJSP deu ganho de causa aos bancos, decidindo que o ato de olhar para a tela do aparelho tem a mesma eficácia que a concordância por meio de uma assinatura contratual. No transporte público, o reconhecimento facial agiliza o ingresso de crianças e idosos.

No esporte, a IA faz o planejamento de dietas personalizadas e previne lesões nos atletas. Na educação, a IA acompanha o aprendizado do aluno de forma individualizada. Na segurança, a IA pode indicar as áreas de maior conflito e prever onde ocorrerão os crimes. Na execução penal, a IA acompanha a progressão de regime de cada detento. Na saúde, a IA sugere planos individualizados e adaptados à genética do usuário e ao seu estilo de vida. Também auxilia os médicos no diagnóstico precoce de doenças, como câncer, e sugere procedimentos, como parto cesáreo. Neste último caso, a IA possui limitações quanto à dependência da representação. De fato, o algoritmo não é capaz de examinar diretamente a paciente. A análise da ressonância magnética, por exemplo, não é suficiente, já que os pixels da imagem não são úteis para o algoritmo, que é adstrito à

representação da paciente no relatório médico, que fornece os dados necessários para o processamento, chamados de vetores de características. A partir desses dados fornecidos pelo médico, como a presença de uma cicatriz uterina, é que a IA irá recomendar ou não um parto cesáreo. Esses dados informais devem ser transformados em linguagem de máquina, formando a base de conhecimento, antes de serem processados. Desta forma, o trabalho humano ainda é imprescindível.

A biônica também já é uma realidade, após a incorporação de algoritmos de IA e Big Data. Na farmacologia, o algoritmo Alpha Fold 2, lançado em 2020, é capaz de emular proteínas em três dimensões, acelerando o desenvolvimento de medicamentos. Nas finanças, a IA auxilia na avaliação de risco de crédito e no cálculo de juros, decidindo também se o cliente é elegível para empréstimo. No clima, a IA pode prever a trajetória de furacões e ciclones tropicais com maior precisão e antecedência.

A aviação tem se beneficiado dos algoritmos de IA, principalmente na redução de custos de logística e na manutenção preditiva de aeronaves. Na Escócia, está em teste um ônibus dirigido por IA, com autonomia de nível 4, com um motorista apenas olhando o painel. O ônibus percorre um trecho de 22 km, a 80 km/h, para o transporte de até 10 mil passageiros.

Na exploração espacial, a IA pode ajudar no controle de constelações de satélites, acompanhando o fim da vida útil, com foco na redução de custos. As viagens espaciais somente são possibilitadas pela incorporação de computadores, uma vez que a alta velocidade de escape requer ajustes de curso muito rápidos, impossíveis de serem realizados pela percepção humana. No entanto, a IA em foguetes não considera os fatos, mostrando muitas falhas no design de motores, por exemplo. Da mesma forma, a IA para artigos científicos da META foi descartada em poucos dias, por conter graves problemas nas referências.

A IA em tratores possibilitou o aumento da produção com redução de custos. Existem tratores sem motoristas, que fazem a colheita, o plantio, a pulverização e recolhem dados do rendimento da terra. A colheitadeira chinesa H9700, por exemplo, cobre uma área de 500 ha em uma jornada de 8 horas, fazendo curvas sem necessidade de atuação humana.

Mas toda essa evolução não significa o fim dos empregos. Diversos estudos apontam um crescimento líquido de vagas de trabalho, que mudarão de foco após a consolidação da revolução propiciada pela IA. No mercado bancário, por exemplo, houve um aumento líquido de ofertas de trabalho, mas com um perfil diferente. A incorporação de caixas eletrônicos tirou muitos empregos nas agências bancárias há alguns anos. A IA também tem realizado grande parte das funções bancárias. No entanto, com a

disseminação do mobile, internet bank e fintechs, houve um aumento líquido de vagas de emprego no setor.

O Chat GPT 1 foi lançado em 2018. Em novembro de 2022, foi lançado o Chat GPT 4. Essa IA tem sido usada para a correção de redações e elaboração de textos através da pesquisa em bancos de dados em dezenas de milhões de arquivos da web. O algoritmo utiliza transformadores, um aperfeiçoamento em relação às redes neurais recorrentes, além de um mecanismo de auto atenção, que faz uma varredura por relações entre os termos. A Open IA adverte, porém, que a ferramenta não se destina a dar conselhos e não deve ser alimentada com informações sensíveis.

Segundo o paradoxo de Moravec, a atividade de raciocínio requer pouca capacidade computacional, ao passo que as atividades motoras exigem uma enorme capacidade de computação. A IA não é capaz de atividades humanas básicas, como pegar uma bola ou andar. O ato de andar requer um complexo sistema de equilíbrio localizado no sistema vestibular do ouvido, onde fica o labirinto, formado por três partes. O robô LEMUR usa IA para contornar obstáculos de forma autônoma ao escalar montanhas. No entanto, essas atividades tão simples para humanos são extremamente custosas para robôs com IA. Espera-se que o desenvolvimento da IA possibilite a substituição de funções humanas arriscadas, com o trabalho em minas.

4-Desmistificando a IA

Sophia foi o primeiro robô humanoide com cidadania saudita. Esse fato não chega a impressionar o brasileiro, que viu um cachorro shih-Tzu ser nomeado para uma comissão da OAB-MG em 2023, o macaco Tião levar 400 mil votos para prefeito e o rinoceronte Cacareco receber 100 mil votos para deputado há mais de meio século.

A IA pode se tornar uma tecnologia promissora, se for usada com racionalidade. Pode ser comparada a outras tecnologias auspiciosas, que podem ser benéficas ou danosas, a depender da forma como serão usadas. Vejamos alguns exemplos.

Em 2009, foi lançado um Cadillac movido à energia nuclear a partir do tório, um elemento radioativo, e que tinha uma autonomia de cem anos. No entanto, o carro foi logo retirado de linha pelo temor de ser adquirido por grupos jihadistas, que poderiam usá-lo na construção de bombas atômicas. De igual modo, a nanotecnologia pode ser promissora, mas também maléfica para a saúde. Estudos comprovaram que o contato de nanomateriais sintéticos com tecidos humanos pode causar dano ao DNA, gerando o crescimento de tumores e a morte de células.

A engenharia genética pode causar mutações aleatórias, com consequências danosas à gerações futuras. Mas se bem utilizada, possibilita a produção de alimentos transgênicos saudáveis, elevando o patamar de produção agrícola, possibilitando o fornecimento de alimentos para bilhões de pessoas no mundo, sem que haja constatação de malefício à saúde. Possibilita também a criação de medicamentos para terapia gênica, como o Zolgensma, que trata a atrofia muscular espinhal (AME). Esse medicamento introduz na célula alvo uma cópia funcional do gene SMN por meio de um vetor viral, fazendo o corpo produzir a proteína essencial para o neurônio motor, revertendo os efeitos da doença congênita.

Assim, os riscos da IA não são intrínsecos, mas humanos. Não há risco de a IA ganhar vida própria, mas há grandes riscos nas decisões humanas sobre o uso da IA. Como exemplo, com o uso de mísseis hipersônicos, o tempo de resposta de uma nação a um ataque nuclear pode ser inferior a dez minutos. Uma possível solução seria entregar essa tarefa a um programa de inteligência artificial, que detectaria o ataque por meio de sensores de radiação e condições atmosféricas, e acionaria automaticamente os códigos nucleares como resposta. Mesmo que houvesse um colapso na central de comando do país, a resposta seria automatizada, numa tática conhecida como mão morta. Essa possibilidade flerta perigosamente com a ficção dos filmes, quando a skynet, um sistema de inteligência artificial criado para controlar o arsenal atômico, começa a pensar por conta própria e lança ataques nucleares em 2029, matando metade da população mundial.

As potências militares não são mais medidas pela quantidade do arsenal nuclear, mas sim pela incorporação da inteligência artificial em sua defesa. A IA tem sido utilizada extensivamente no reconhecimento de alvos e no campo do engano, como na negação de área.

Além do controle dos códigos nucleares, outro tema bastante polêmico se relaciona aos robôs assassinos, como tanques e drones autônomos. Já ocorreram incidentes onde esses robôs se voltaram contra o próprio operador. Existem questões éticas na utilização dessas armas, como a tomada de decisão de ataque, que deve ser exclusiva de um humano. Alguns defendem a proibição do emprego de tais armas, como os drones autônomos kamikaze, adotando-se uma proscrição semelhante à aplicada às armas químicas e biológicas.

Os riscos de apocalipse da IA são infundados, e acompanham a tradição apocalíptica de séculos. Se antes eram causas místicas, no último século essa tradição se voltou para cometas, apocalipse nuclear, apocalipse climático e o atual apocalipse da inteligência artificial.

Mas não se pode descurar do mal emprego da IA, como entregar o controle da economia mundial aos algoritmos. Basta ver os efeitos da crise decorrente da securitização de empréstimos hipotecários em 2008. As análises de investimento estão sendo delegadas aos “algo trading”. Esses algoritmos não apenas compram e vendem ativos financeiros caso o preço atinja determinado patamar, mas também aprendem a manipular o mercado. As autoridades reguladoras devem cuidar para que o controle final dessas ações seja humano.

Um risco bastante propalado diz respeito à chegada da superinteligência. De fato, os estudos de IA sempre buscaram simular a inteligência humana. A IA também mimetiza o comportamento dos animais, como o enxame de partículas (similar ao agrupamento de pássaros) e a otimização que imita colônias de formigas. Mas como sentenciou Yann LeCun, cientista da computação francês tido como um dos pais da IA moderna, o máximo que a inteligência artificial pode alcançar é simular o cérebro de um rato. Os ratos são animais espertos, possuem uma dieta saudável e são afetivos e dedicados ao parceiro. No entanto, possuem uma péssima imagem histórica, por terem sido os vetores da peste negra. Uma IA que chegue ao nível de um rato dificilmente dominará a humanidade.

5-Responsabilidade e Subordinação Algorítmicas

Os temas da responsabilidade e da subordinação algorítmicas estão entrelaçados. A responsabilidade algorítmica decorre de danos causados pelas decisões tomadas pela IA, a exemplo das mortes causadas por carros autônomos e braços robóticos. Alguns estudiosos propuseram uma divisão entre a IA individual, híbrida (humano-máquina) e coletiva (máquinas de IA interconectadas) para fins de responsabilização específica para cada modalidade. Outros propõe a figura do “algoritmo empregado”, como forma de contornar a delegação cada vez maior de funções nas empresas aos algoritmos, inibindo a responsabilização por condutas danosas. Dessa forma, cria-se uma ficção jurídica de equiparar o algoritmo a um gerente empresarial para fins de responsabilização da empresa por danos causados.

Um grande desafio para as leis de responsabilidade algorítmica é o problema das muitas mãos, uma vez que os algoritmos de IA estão cada vez mais complexos. Um único algoritmo de uma indústria, por exemplo, pode ser desenvolvido por milhares de funcionários de diversas corporações diferentes. Nos EUA, a abordagem do tema se dá de forma descentralizada, delegando para as agências reguladoras. Já na Europa, a abordagem é centralizada. A ausência de uma lei de responsabilidade algorítmica nos EUA não impede que a questão seja discutida em processos judiciais multimilionários, envolvendo a quebra de dados privados de pessoas famosas e a violação de direitos autorais, além da indenização por danos causados pelos algoritmos.

No Brasil, o PL 2338/2023 prevê no artigo 5º a proteção contra o viés do algoritmo e a transparência na tomada de decisão, além de prever a responsabilidade civil objetiva nas atividades de alto risco no artigo 27. Na ciência de dados, existe um teorema que diz que um algoritmo sem viés é inútil, não sendo superior ao acaso. O viés e a imprevisibilidade estão na base do poder de predição dos algoritmos de aprendizagem de máquina. De igual modo, esses algoritmos se tornam tão complexos, que nem mesmo seus desenvolvedores são capazes de entender o processo de tomada de decisão. Desta forma, a correção de vieses, a transparência na decisão e a responsabilidade objetiva podem travar o desenvolvimento da IA.

Os tribunais também não aplicam adequadamente o direito vinculado à ciência de dados. Tradicionalmente, a justiça demora em absorver os avanços tecnológicos, desde os tempos do telégrafo. Não custa lembrar que existem diversas ações judiciais recentes tramitando nos tribunais brasileiros visando o reparo e a instalação de orelhões. De fato, por muitos anos os computadores foram utilizados pelos tribunais apenas como substitutos das máquinas de escrever.

Atualmente, foram incorporados sistemas especialistas, cujo motor de inferência elabora minutas de decisões e movimenta processos sem intervenção humana, com pesquisas avançadas em grandes bancos de dados. No campo da investigação patrimonial, o sistema sniper utiliza IA para detectar quaisquer movimentações financeiras do devedor, por meio do fornecimento do CPF ou CNPJ. Depois de alguns anos, os tribunais finalmente passaram a adotar o domicílio digital para comunicações processuais.

Um bom exemplo da dificuldade dos juristas em entender essa revolução tecnológica proporcionada pelo aprendizado de máquina está no manejo de conceitos abertos, como a subordinação algorítmica.

No dia 14/09/2023 foi proferida uma sentença pela 4ª Vara do Trabalho de São Paulo em uma ação coletiva ajuizada pelo MPT, reconhecendo o vínculo de emprego entre os motoristas e a Uber, além de condenar a plataforma a pagar um bilhão de reais por danos morais coletivos. No dispositivo da sentença também constou multa cominatória de 10 mil reais por cada motorista não registrado, devendo a regularização ser feita na proporção de um sexto por mês, até completar o período de seis meses, incidindo a multa na mesma proporção de um sexto. A contagem do prazo se inicia em um mês após a intimação.

Contra essa decisão, a empresa pode interpor recurso ordinário para o TRT2, solicitando efeito suspensivo ao relator, conforme a redação atual da súmula 414 do TST, que se reporta ao art. 1.029, §5ª, II, do NCPC. De igual modo, cabe pedido de suspensão em sede de reclamação ao STF, segundo o art. 989, II, do NCPC. No TRT2, o tema é

controvertido. Em decisões recentes, a 8ª e a 14ª turmas reconheceram o vínculo. Já a 11ª e a 17ª turmas negaram o vínculo. No TST, o tema também não é pacífico. A 3ª turma reconheceu o vínculo. A 8ª turma já decidiu nos dois sentidos, mas atualmente prevalece entre a maioria de seus integrantes o entendimento pelo reconhecimento do vínculo de emprego. Por sua vez, a 4ª e a 5ª turmas do TST negaram o vínculo. Dada a controvérsia entre os órgãos fracionários, o tema foi encaminhado para a SDI-1.

No STF, o tema não encontra divergência. Em 2023, a Suprema Corte cassou acórdãos da Justiça do Trabalho que reconheceram o vínculo de emprego com os motoristas de aplicativos, em decisões da lavra do Min. Alexandre de Moraes envolvendo a plataforma Cabify, e encaminhou o caso para a justiça comum estadual. No STJ, o tema também é pacífico, havendo decisões negando a relação hierárquica com as plataformas, tendo em conta que os serviços são eventuais, sem horários pré-estabelecidos.

Na Reclamação 59795, julgada em 2023, o STF também cassou decisão oriunda do TRT3 que havia reconhecido o vínculo, tendo como fundamento o tema 715, a ADC 48, a ADPF 324, a ADI 5835 e os Recursos Extraordinários com repercussão geral nºs 958252 e 688233. Segundo a Suprema Corte, a relação entre o motorista de aplicativo e a plataforma se assemelha ao do transportador autônomo de cargas, regulado pela Lei nº 11.442/2007, uma vez que o motorista pode decidir quando e se prestará o serviço, além de não existir exigência mínima de trabalho, de faturamento ou de número de viagens.

Contudo, a sentença da 4ª Vara do Trabalho de São Paulo entendeu que os “elementos sociológicos” dos motoristas de aplicativos são muito distantes dos transportadores autônomos de que trata a Lei nº 11.442/2007, reconhecendo o vínculo de emprego com base na subordinação algorítmica. A sentença se baseou no acórdão da 8ª turma do TST, que foi objeto de Recurso Extraordinário no STF. Esse acórdão é emblemático por ter reconhecido o vínculo do motorista com base na subordinação clássica. De fato, o ministro relator chamou a subordinação algorítmica reconhecida pelo TRT1 de “licença poética”, afirmando que a Uber não fabrica tecnologia, tratando-se na verdade de uma transportadora que utiliza veículos de motoristas contratados. O Recurso Extraordinário contra esse acórdão foi admitido pelo presidente do TST, que enviou o recurso para o STF por vislumbrar possível violação ao art. 170, IV, da CF, que prevê o princípio da livre iniciativa. Caso o Recurso Extraordinário seja julgado com repercussão geral, se tornará um precedente qualificado, portanto vinculante para as demais instâncias, por força do art. 1.039 do NCPC.

A relação de trabalho com as plataformas digitais utiliza a gestão “gamificada”, própria da “gig economy”. Ou seja, utiliza um sistema de pontuações e recompensas tal

qual um jogo eletrônico, que virou moda na economia de “bicos”. A sentença da 4ª Vara do Trabalho citou o princípio de Carrot, como se os motorista fossem atraídos pelas pontuações como coelhos atraídos por cenouras, à semelhança da psicologia behaviorista, que comprara o comportamento humano aos ratos que levam vários choques em busca de queijo. A sentença se baseou ainda nos ferroviários extranumerários, previstos no antigo art. 244, §1º, da CLT, uma realidade que remonta a meados do século passado, e que eram utilizados para serviços imprevistos.

Para fundamentar o vínculo de emprego, a sentença lançou mão do artigo “Subordinação Algorítmica: Caminho para o Direito do Trabalho na Encruzilhada Tecnológica?”, ressaltando que ele foi publicado na revista do TST em 2021 após aprovação pelo conselho editorial. Os autores do artigo são Denise Pires Fincato e Guilherme Wunsch, ambos pós-doutores em Direito. O título do artigo está na forma de um interrogação, uma técnica editorial que virou moda no mundo jurídico nos últimos anos. No entanto, a conclusão do artigo não apresenta uma resposta para a indagação do título, servindo o texto como uma provocação ao debate.

Logo no início, os autores do artigo declaram que parece ter chegado o futuro, momento tão temido por grande parte dos juslaboralistas, e que as raízes clássicas do Direito do Trabalho encontram-se em xeque ou beiram à extinção. Mais à frente, os autores advertem que, no cruzamento de fundamentalidades, impõe gizar que também o desenvolvimento é essencial à humanidade, não sendo lógico, em princípio, freá-lo. E que o desenvolvimento tecnológico benéfico ao coletivo, por vezes, pode não ser favorável a um indivíduo. Por fim, os autores declaram que nos trabalhos prestados através de plataformas digitais não se visualiza o exercício efetivo e constante do poder diretivo por parte do empregador, pois este concede ao empregado liberdade para a execução do serviço. Os autores se reportam à obra de Manzano e Oliveira (Algoritmo: Lógica para Desenvolvimento de Programação de Computadores). Trata-se de livro voltado para cursos técnicos, conforme consta em seu prefácio, com análise de técnicas clássicas de programação, como algoritmos estruturados e orientados a objetos. O livro não cobre temas voltados à inteligência artificial, que fundamenta a suposta subordinação algorítmica.

Na “conclusão da análise do vínculo de emprego com os motoristas”, a sentença ainda cita a constituição dirigente. Trata-se de definição há muito abandonada por seus criadores, a começar por J. J. Gomes Canotilho, que declarou há duas décadas que a constituição dirigente morreu.

A sentença fez uma interpretação evolutiva do artigo 6º, parágrafo único, da CLT, alterado em 2011. No entanto, esse dispositivo se vincula às ordens repassadas entre humanos com a intermediação de aparelhos eletrônicos, como e-mails e aplicativos

mensageiros, como WhatsApp e Telegram, que possibilitaram o trabalho à distância. O próprio TST entende que o uso de aparelho celular, bip ou pager pelo empregado não caracteriza o regime de sobreaviso, conforme a súmula 428. A alteração ocorrida no dispositivo em 2011 visou o crescimento do teletrabalho, sem vinculação com a subordinação algorítmica.

Não se desconhece a possibilidade de que a inteligência artificial seja utilizada pela empresa para controle de seus empregados. Afinal, a aparência de trabalho não significa produtividade. Já existem programas que realizam o monitoramento ocular dos funcionários nas telas dos computadores. O aplicativo Traqq, por exemplo, avisa quando o funcionário fica mais de dez segundos em sites não relacionados ao trabalho.

No entanto, a sua aplicação à economia de “bicos” demonstra desconhecimento da ciência de dados. As recompensas e punições dos aplicativos são próprias de uma boa prestação do serviço, uma vez que a plataforma tem contrato tanto com motoristas quanto usuários. O esforço para a melhoria do serviço não implica necessariamente em controle e subordinação, mas sim em modelo de negócios voltado à eficiência, com base no aprendizado de máquina. Não à toa a sentença descartou a explicação da defesa sobre a inteligência artificial, chamando-a de “poluição sintática e semântica com termos tecnológicos e não jurídicos para descaracterizar algo evidente”.

Em outro caso recente, a 6ª Vara do Trabalho de Santos/SP também reconheceu o vínculo de emprego com base na subordinação algorítmica. A sentença declarou que de fato a plataforma não repassa ordens diretas ao motorista, mas o software, com base em algoritmos implementados pelas plataformas, estabelece regras e critérios para a melhor prestação do serviço, de sorte que se ele não se enquadrar nos referidos critérios poderá receber menos chamadas que aqueles que obedecem.

Já a Justiça do Trabalho de Blumenau/SC não reconheceu o vínculo entre entregadores e restaurantes, tendo em conta a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que os entregadores trabalham para até quatro aplicativos simultaneamente, não sendo possível o reconhecimento de vínculo com todos eles ao mesmo tempo. Além disso, havia liberdade e ausência de pessoalidade, uma vez que o labor só ocorria se o entregador aceitasse a entrega ofertada, não havendo determinação nesse sentido.

No plano internacional, prevalece atualmente uma abordagem de terceira via. Em 2016, a justiça do Reino Unido reconheceu pioneiramente o vínculo de emprego com os motoristas. O Supremo Tribunal do país confirmou a decisão, com base no precedente do

caso Autoclenz Ltd v. Belcher, que envolveu trabalhadores de limpeza de automóveis, conhecidos como valeters.

A justiça da Califórnia também fez o mesmo. Em uma decisão de 34 páginas cujo título era “O Povo do Estado da Califórnia contra Uber”, a justiça aplicou a Lei AB5 de 2019, que dificultou a contratação de funcionários como empreiteiros no estado. No entanto, pouco depois houve um referendo popular conhecido como Proposição 22, que excluiu o vínculo de emprego com as plataformas, sendo aprovado por ampla maioria pela população. O título da decisão judicial citou “O Povo da Califórnia” por mera formalidade, já que não refletiu a realidade da opinião pública. A Proposição 22 foi confirmada pela justiça da Califórnia em 2023.

O parlamento da União Europeia aprovou uma votação relacionada à diretiva 414/2021, cujo art. 4º visa reconhecer o vínculo de emprego com as plataformas. Houve uma votação em 02/02/2023, contando com 376 votos a favor e 212 votos contra. Muitos países europeus aprovaram o vínculo de emprego com as plataformas, seja na via judicial ou legislativa. Na Nova Zelândia, o tema foi aceito para análise pelo Tribunal de Recursos, à luz da Seção 6 da Lei das Relações Laborais. A última vez que esse tribunal aceitou análise do tipo ocorreu há mais de 20 anos, com um modelista que atuou na franquía Senhor dos Anéis, que foi gravada no país. Já na Austrália, a justiça negou o vínculo. No Canadá, a justiça aceitou o trâmite de uma ação coletiva no valor de 400 milhões de dólares, o dobro da condenação no Brasil. O tema também é discutido na justiça indiana.

Na gestão de processos do judiciário brasileiro, a Uber utiliza IA com análise preditiva, deixando transcorrer apenas ações judiciais cujo algoritmo indica uma alta probabilidade de improcedência. Com essa estratégia, a empresa logrou êxito em mais de 2.500 decisões judiciais, oriundas de TRTs e Varas do Trabalho, que negaram o vínculo de emprego.

Apesar de alguns reveses iniciais em determinados países, a estratégia atual da Uber não é mais de confronto, privilegiando acordos coletivos, com a condição de que o vínculo não seja reconhecido. Assim, a Proposição 22 da Califórnia foi confirmada em 2023. Em 2022, a empresa também fez acordo coletivo com o sindicato GMB do Reino Unido e com a ITF, que representa cerca de 700 sindicatos no mundo, principalmente na Europa, além de acordos coletivos no Canadá e na Austrália. Esses acordos cobrem questões como desativação de contas, repasses dos valores e maior segurança, mas sem o reconhecimento de vínculo de emprego, possibilitando flexibilidade e autonomia aos motoristas. A empresa também passou a englobar entregadores e taxistas na sua plataforma e nos acordos coletivos.

A Uber e o iFood encomendaram pesquisas ao Datafolha, que constataram que 7 em cada 10 motoristas e entregadores não querem a carteira de trabalho assinada. A propalada economia de “bicos” não visa a população economicamente ativa. Nos grandes centros do país, é comum trabalhadores terem seus empregos fixos e reservarem algum tempo na semana para se logarem ao aplicativo e faturar uma renda extra. Profissionais liberais também se valem das plataformas para complementar a renda, assim como os aposentados, que não têm interesse no vínculo de emprego, pois isso pode resultar na perda da aposentadoria em alguns casos. Não raro, turistas viajam à Europa e reservam alguns dias da viagem para trabalhar como motoristas de aplicativos em carros alugados, ganhando o equivalente à despesa da viagem. Segundo levantamentos divulgados pela mídia, alguns motoristas de Uber Corporativo em Londres chegam a ganhar 75 mil a 100 mil libras por ano.

Caso o vínculo de emprego fosse realmente aplicado no Brasil, isso importaria em diversos encargos diretos e indiretos, resultando na exclusão de grande parte dos motoristas que utilizam o aplicativo, e na consequente perda de renda. A Uber tem uma média de 25 milhões de viagens por dia no mundo, com cerca de 137 milhões de passageiros por mês. No Brasil, são quase dois milhões de motoristas.

O entendimento que prevalece no STF é que a relação é cível, já que a plataforma é um parceiro comercial do motorista, que se qualifica como um profissional independente que contrata a tecnologia de intermediação digital. Eles podem aceitar ou não as corridas, e cancelar após o aceite. Não existem metas a serem cumpridas, não se exige número mínimo de viagens, não há exclusividade na contratação, podendo operar em várias plataformas simultaneamente, e nem cumprimento de jornada mínima.

O STF aplica analogicamente a Lei nº 11.442/2007, que revogou a Lei nº 6.813/1980. Na ADC 48, julgada em 2020, o STF confirmou a constitucionalidade da lei, ratificando a terceirização na atividade-fim, tal como já havia decidido no tema 725, descartando o vínculo de emprego com os transportadores. O art. 4º, §§ 3º e 5º, da lei referida, incluídos pela Lei nº 13.103/2015, também afastam a caracterização do vínculo de emprego entre o motorista principal e o auxiliar, ou entre aquele e o embarcador. Já o art. 5º, §2º, incluído pela Lei nº 14.206/2021, portanto após o julgamento da ADC 48, destaca a natureza comercial na contratação direta entre o proprietário da mercadoria e o motorista, afastando, por consequência, o vínculo de emprego. Por fim, o art. 13-B, incluído pela Lei nº 14.599/2023, impede o desconto no valor do frete do motorista de taxas administrativas e seguros de qualquer natureza. O art. 442-B da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, dispõe sobre o trabalho autônomo, em compasso com o art. 593 do Código Civil, que prevê o contrato de prestação de serviço, afastando a aplicação do art. 3º da CLT.

Em 2023, a 2ª turma do STF decidiu a Reclamação 57.917, confirmando a possibilidade de contratação de um médico como pessoa jurídica. O TRT2 havia reconhecido o vínculo de emprego com o hospital, decisão esta que foi cassada pela Suprema Corte, com base no tema 725. A Reclamação 47.843, julgada pela 1ª turma do STF, também foi no mesmo sentido. A contratação como pessoa jurídica também se aplica na relação entre advogados e escritórios.

Os motoristas se beneficiam com a tecnologia, que faz todo o trabalho de intermediação, restando a eles apenas o deslocamento do passageiro. A Uber utiliza IA com PNL para compreender as interações dos usuários, possibilitando que os motoristas respondam com apenas um clique, sem necessidade de digitar textos enquanto dirige. Outras patentes da Uber envolvem a detecção de “usuários incomuns”, como passageiros ébrios, captados pelo algoritmo com base na forma como o usuário interage com a interface do smartphone, e enviando a solicitação para motoristas com treinamento e experiência neste tipo de passageiro. A IA também se adapta a eventos atípicos, como jogos, feriados movimentados, como as festas de fim de ano, e mudanças climáticas, como chuvas intensas, ciclones e furacões. Um pedido de patente já visa a pré-solicitação, utilizando redes neurais artificiais que analisam o histórico do passageiro e dados de localização, para avisar motoristas sobre possíveis solicitações de viagens.

Na via legislativa, diversos projetos de lei visam regular o trabalho em aplicativos, como o PL 974/2021, que altera a CLT para estender direitos trabalhistas aos motoristas, o PL 1471/2022 que fixa uma tarifa mínima, além do PL 3055, dentre outros. O melhor caminho é a adoção pela empresa de um acordo coletivo, constando um valor mínimo da hora de trabalho e a proibição de descontos no valor repassado aos motoristas, mas sem o reconhecimento do vínculo de emprego, possibilitando autonomia e flexibilidade aos trabalhadores e evitando os encargos indiretos, em uma proposta de terceira via semelhante à adotada nos outros países.

6-Conclusão

A inteligência artificial é um tema com mais de 50 anos, mas que ganhou enorme repercussão após a incorporação do Big Data no aprendizado de máquina. O Chat GPT já é visto com maus olhos pelo mercado e pelas instituições de ensino, uma vez que os trabalhos acadêmicos plagiados não são detectados, sendo chamados de lixo generativo. No entanto, logo surgirá uma IA que contorne esse problema e constate o plágio.

Quando da adoção dos computadores nas empresas e órgãos públicos uma frase ganhou notoriedade: os computadores são os melhores resolvidores de problemas que eles mesmos criaram. Essa ideia continua atual, e se aplica à inteligência artificial. Recentemente, surgiram diversos programas de IA que manipulam áudios e vídeos, como

HeyGen, ElevenLabs, Swapface, Musicfy e Undetectable. Paralelamente, também surgiram programas de IA que detectam e até revertem o processo de manipulação, utilizando redes neurais convolucionais e recorrentes (CNN e RNN). De início, veio o impacto da IA, depois vieram os problemas, e por fim a própria IA foi usada para resolvê-los. Após esse período de adaptação, a IA tende finalmente a ser incorporada em todos os processos produtivos.

Contudo, essa adaptação nos tribunais é morosa, mas irrefreável. Como comparação, a Kodak foi lenta na adaptação às câmeras digitais, sendo praticamente excluída do mercado do qual era líder. Hoje, as corporações não hesitam em adotar a IA em seus processos. De igual modo, o CNJ e o PNUD criaram uma série de soluções para o uso de inteligência artificial no judiciário brasileiro, no âmbito do programa Justiça 4.0, com mais de 150 iniciativas.

Mas essa incorporação deve ser racional. O robô do INSS, por exemplo, utiliza IA, mas é apontado como causador de diversos entraves para o acesso da população aos benefícios a que tem direito.

A declaração que consta na sentença da 4ª Vara do Trabalho de São Paulo sobre a “poluição sintática e semântica de termos tecnológicos e não jurídicos” revela o descompasso entre o avanço da inteligência artificial e o desconhecimento dos juristas acerca da ciência de dados e do aprendizado de máquina.

Como visto acima, o TRT15 incorporou métodos de IA para agilizar os processos, contornando a falta de recursos humanos. O art 27 da Resolução do CSTJ nº 296/2021 prevê o fechamento de diversas Varas do Trabalho em todo país, adiando-se para o dia 31/01/2024 pelo Ato nº 59/CSJT.GP.SEJUR. A falta de concursos públicos nos tribunais para alguns cargos já é um indicativo da substituição de tarefas repetitivas por algoritmos avançados de IA. É um caminho sem volta, que irá impactar diversos cargos públicos e empregos privados, mas que irá conduzir a uma revolução no mercado com a geração de diversas outras oportunidades de trabalho.

A demora dos tribunais na absorção da IA tanto do ponto de vista endógeno (no uso da IA na sua produtividade) quanto exógeno (nos processos que julga cujo tema é IA) apenas retarda um processo inevitável, que promete grandes benefícios aos jurisdicionados.

Referências

Burkov, Andriy. The Hundred Page Machine Learning Book, 2022.

Custer, Bart. Fosch-Villaronga, Eduard. Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in Legal Practice, Springer, 2022.

Filho, Oscar Gabriel. Inteligência Artificial e Aprendizagem de Máquina: Aspectos Teóricos e Aplicações, Blucher, 2023.

Kelleher, John D. Namme, Brian Mac. D'Arcy, Aoife. Fundamentals of Machine Learning for Predictive Data Analytics, The MIT Press, 2ª edição, 2022.

Russel, Stuart J. Norvig, Peter. Inteligência Artificial - Uma Abordagem Moderna, editora LTC, 2022.

Shah, Chirag. A Hands-On Introduction to Data Science, Cambridge University Press, 2022.

Schmidt, Eric. Huttenlocher, Daniel. Kissinger, Henry A. A Era da Inteligência Artificial: e o Nosso Futuro como Humanos, editora Alta Cult, 2023.

ALIENAÇÃO PARENTAL E O IMPACTO NOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

RHAYSSA MAURA SILVA:
graduanda em Direito pelo
Centro Universitário UNA³⁶².

RESUMO: A família é frequentemente vista como a principal fonte de conhecimento, aprendizado e educação para uma criança. No entanto, é evidente que o aumento das taxas de divórcio no Brasil tem levado a questões relacionadas à guarda dos filhos, resultando em uma complexidade na criação das crianças. Em muitos casos, os pais não conseguem separar o fim de seu relacionamento conjugal do convívio com os filhos, o que pode levar a colocar as crianças no meio de conflitos. É importante ressaltar que o término do casamento pode levar os pais a agirem como alienadores, manipulando as crianças contra a outra parte, prejudicando assim o relacionamento e o afeto com o genitor alienado. Como resposta a essa problemática, foi promulgada a Lei de Alienação Parental, que busca proibir qualquer forma de alienação por parte dos pais, representando a principal legislação aplicável a esses casos. Além disso, existem outros diplomas legais que contribuem para a prevenção da alienação parental, como a Lei da Guarda Compartilhada. Este artigo, baseado em uma revisão bibliográfica, tem como objetivo apresentar o conceito de alienação parental conforme a doutrina jurídica brasileira. Conclui-se que o papel do Direito nesse cenário é fornecer mecanismos para proteger os direitos fundamentais das crianças, que muitas vezes estão em risco devido à alienação parental.

Palavras-chave: Família. Guarda Compartilhada. Alienação Parental.

ABSTRACT: The family is often seen as the main source of knowledge, learning and education for a child. However, it is clear that the increase in divorce rates in Brazil has led to issues related to child custody, resulting in complexity in raising children. In many cases, parents are unable to separate the end of their marital relationship from spending time with their children, which can lead to placing children in the middle of conflicts. It is important to highlight that the end of a marriage can lead parents to act as alienators, manipulating children against the other party, thus damaging the relationship and affection with the alienated parent. In response to this problem, the Parental Alienation Law was enacted, which seeks to prohibit any form of alienation by parents, representing the main legislation applicable to these cases. Furthermore, there are other legal diplomas that contribute to the prevention of parental alienation, such as the Shared Custody Law. This

362 E-mail: rhayssamsilva@gmail.com

article, based on a bibliographical review, aims to present the concept of parental alienation according to Brazilian legal doctrine. It is concluded that the role of Law in this scenario is to provide mechanisms to protect the fundamental rights of children, who are often at risk due to parental alienation.

Keywords: Family. Shared Custody. Parental Alienation.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família brasileiro sofreu significativas transformações com o decorrer do tempo, tanto jurídica e culturalmente. Anteriormente, a família de base patriarcal dominava o cenário com valores. Atualmente, o Direito passou a considerar a diversidade na constituição familiar, representando a afetividade que pode caracterizar uma família, sendo uma inovação apresentada pela Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil.

Entre as variadas modificações que acontecem no que se refere ao fenômeno família, torna-se fundamental apresentar a solidariedade e igualdade de direitos e deveres dos pais sobre os filhos. Isso representa que a função do pai apenas como provedor e da mãe como a responsável direta pela educação das crianças não irão prosperar, visto que é de grande relevância a participação do pai e da mãe no desenvolvimento subjetivo das crianças envolvidas, para que possam experimentar uma infância plena e possuam todos os direitos a eles garantidos.

Dessa forma, ao levar em consideração o crescimento da quantidade de separações no Brasil, é função do Direito assegurar que esta igualdade entre os pais sobre os filhos sobrevenha a um possível fim do matrimônio, pois o fim de uma relação não poderá representar a separação entre pais e filhos, sob pena de violação de variados direitos da criança, como o direito à convivência familiar e comunitária.

Diante de tal conjuntura, insere-se o debate sobre a alienação parental, fenômeno que torna complexa a efetivação do princípio do melhor interesse da criança, consistente em comportamento dos pais buscando que o filho rejeite o outro genitor, interferindo diretamente no desenvolvimento psicológico da criança e podendo prejudicar seus direitos.

Assim, pode-se afirmar que a alienação parental representa um fenômeno lesivo para a criança, esta que possui direito à convivência familiar e afetividade limitados, ocasionando uma gama de consequências a demais direitos, como o da dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade, além de apresentar um possível crescimento emocional e psicológico comprometidos. Dessa forma, é de grande relevância uma maior

atenção ao tema, certificando que este se encontra tratado pelo Direito de maneira adequada e satisfatória.

O presente artigo tem como objetivo geral analisar o conceito de alienação parental no Brasil, suas consequências e as formas de reduzir este fenômeno. Como objetivos específicos, destacam-se apresentar o conceito de matrimônio e dissolução no ordenamento jurídico brasileiro, analisar a guarda compartilhada como forma de coibir a alienação parental e por fim identificar a alienação parental e suas consequências.

A abordagem metodológica adotada para a elaboração deste estudo é respaldada por uma pesquisa qualitativa de natureza abrangente e aprofundada. Essa escolha metodológica permitiu uma exploração minuciosa e contextualizada do tema em questão. O ponto de partida consistiu em uma revisão bibliográfica cuidadosamente planejada, englobando uma ampla variedade de fontes de informação, como recursos disponíveis em sites especializados, obras literárias, artigos científicos e revistas especializadas.

A busca por conhecimento abarcou uma série de palavras-chave estrategicamente selecionadas, incluindo, mas não se limitando a, "alienação parental", "família", "guarda compartilhada" e outras expressões pertinentes ao âmbito da pesquisa. A inclusão dessas palavras-chave contribuiu significativamente para a identificação de fontes que forneceram insights valiosos e informações relevantes para a construção deste estudo.

A pesquisa qualitativa, por sua natureza, possibilitou uma análise aprofundada das complexas dinâmicas envolvidas na alienação parental, nas questões familiares e na guarda compartilhada. Ela permitiu não apenas a coleta de dados, mas também a interpretação contextualizada e a compreensão das nuances presentes nesse contexto. Além disso, a busca abrangente em várias fontes contribuiu para uma visão holística das questões abordadas, abrindo espaço para a consideração de diferentes perspectivas e abordagens.

A meticulosidade da pesquisa, a diversidade das fontes consultadas e a análise detalhada das informações coletadas forneceram uma base sólida e confiável para a construção deste estudo. Essa abordagem metodológica rigorosa enriqueceu a qualidade do trabalho, assegurando que as conclusões e insights apresentados sejam embasados em uma ampla gama de evidências, e, assim, contribuindo significativamente para o avanço do conhecimento sobre o tema da alienação parental, família e guarda compartilhada.

2 ALIENAÇÃO PARENTAL

Entende-se como alienação parental o que se prevê no artigo 2º, caput, da Lei 12.318/10, sendo assim descrito: "considera-se ato de alienação parental a interferência na

formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. E segue no parágrafo único e seus incisos exemplificando algumas formas do instituto.

Ao decorrer do andamento de uma separação litigiosa, todas as pessoas que estão envolvidas podem se deparar com vários sentimentos, especialmente como raiva, medo, fracasso, incerteza e outros, podendo tais sentimentos surgirem em várias fases do processo. O fim de um vínculo entre um casal pode se expressar como o fim da estabilidade familiar, assim como o fim de objetivos comuns entre duas pessoas, que pode ser caracterizado como uma perda. Infelizmente, quando surge uma separação nasce também um conflito entre as partes, e isso acaba resultando em questões de guarda dos filhos, sendo, dessa forma, necessário tomar decisões importantes para esses. Quando a divergência entre o casal é grande demais acaba acontecendo a alienação parental, que é quando um dos genitores separa o filho do outro (PECK e MANOCHERIAN, 1995, p. 112-113).

O que o filho recebe dos pais é o que ele traz para si, as duas partes, pai e mãe, precisam estar equilibradas para que a criança compreenda quem ela é e que pertence a um lugar, que é sua família. A partir do momento que há um desprezo entre os pais, esse filho poderá passar a desprezar a si próprio, se espelhando na pior versão que o genitor alienador fez da outra parte, pois o filho tem a tendência de se solidarizar e se tornar leal ao genitor alienado, imitando todas as suas nuances, como vícios, fracassos, desatinos, entre outros.

A mãe ou o pai que é atingido pelo transtorno da alienação parental não consegue viver sem a criança, e menos ainda enxerga a possibilidade de ver o filho mantendo contato com outros tipos de pessoas a não ser com ela/ele. Por esse motivo o alienador usa manipulações emocionais, isola a criança de outras pessoas e usa de sintomas físicos sobre a criança, fazendo com o que isso diminua a sua angústia, culpa e até mesmo ansiedade em pensar em perder a mesma. Em alguns casos, o alienador faz com o que a criança minta a respeito de agressões físicas e até mesmo sexuais praticadas pelo outro genitor sobre ela, com o intuito de afastar o ex-cônjuge de qualquer contato com o filho (REGO, 2017, p.89).

Nas dissoluções conjugais cada vez mais a alienação aparece, pois, os casais levam suas dores, raivas e desentendimentos para o processo e acabam envolvendo os filhos como forma de compensar todo o imbróglio por eles vivido.

O objetivo de tal conduta é causar o afastamento do outro genitor do seu convívio com o filho, muitas vezes até gerando um afastamento definitivo e exterminando qualquer tipo de vínculo entre eles, como expressa abaixo os ilustres autores:

As condutas previstas na lei e praticadas por um dos genitores são perversas e objetivam afastar o outro genitor do convívio do menor, podendo inclusive acabar com o vínculo que existe entre este e o genitor alienado, conforme citam (OLDONI, LIPPMANN E GIRARDI, 2018, p. 96).

A parte alienada acaba sendo excluída do sistema, sendo negado seu direito de pertencimento e de igualdade perante o outro genitor; o que gera uma quebra na sistemática da família, como nos ensinou Hellinger (2007), pois nela existe a necessidade de vínculos entre todos os membros.

As dores, dificuldades e frustrações do casal não devem, em hipótese alguma, serem transferidas aos filhos. Hellinger coloca que:

Ao olhar para um filho, o genitor deve ver nele o pai e a mãe. Logo, a mãe que despreza o pai, desprezará também parte do filho. O filho, por sua vez, não irá tolerar que o pai que existe nele não seja amado pela mãe. Se a mãe quer e deseja o bem do filho, precisa olhar e respeitar o pai dele (HELLINGER, 2007, p. 119).

O objetivo do respeito que se deve ter entre as partes genitoras é sempre no intuito de trazer paz, amor e aliviar a tensão para todo o sistema familiar. Respeitar o outro genitor é aceitar seus defeitos e a forma como ele é, com seu destino, suas escolhas e as consequências disso.

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Apesar de grande repercussão da alienação parental nos conflitos de guarda ou visitação, elas acontecem também no caso de morte de um dos genitores, quando deixa de ser lembrado e os filhos não têm uma imagem clara ou não sabem muito sobre eles. Esse vazio de memórias pode acarretar também a sensação de não pertencimento ao menor. Contar histórias aos filhos sobre esse genitor falecido, deixar fotos e pertences à disposição deles, faz com que a sensação de completude adentre aos seus seres e isso dá mais força para encarar a vida.

O profissional que adota uma postura sistêmica pode utilizar frases de reflexão que estimulem a concordância e aceitação dos fatos da forma como ocorrerem, exemplifica Aguiar:

A separação dos pais não diz respeito aos filhos; a relação de paternidade e maternidade é indissolúvel; o que acaba é a conjugalidade e não a parentalidade; o final do casamento não ocorreu por culpa de alguém; a cliente não precisa buscar culpados ou se culpar, porque tudo está certo e foi da forma que deveria ser (AGUIAR, 2018, p. 177).

O pensamento sistêmico vai trazer um olhar mais harmonioso, mais profundo e fácil de se lidar, retirando as dores, raivas, medos e frustrações, além de despadronizar conceitos que podem ter vindo de outras gerações passadas e que fazem com que essas pessoas ajam de forma idêntica, inconscientemente.

A alienação parental precisa de uma intervenção imediata devido aos graves danos que causa ao menor, pois viola o princípio da proteção integral, além de ser uma forma de abuso de poder por um dos genitores.

Por meio das Constelações Familiares, com atuação de profissionais multidisciplinares, pode-se conseguir uma mudança de comportamento, pois sozinho os alienadores muitas vezes não enxergam o mal que estão fazendo aos filhos.

A mediação também atua de forma importante no tocante à alienação parental, como podemos ver na citação abaixo:

A mediação também é uma importante estratégia, pois visa reestabelecer a comunicação entre as partes, atuando o mediador como um facilitador, escutando atentamente, investigando fatos importantes, negociando opções e ajudando a estabelecer compromissos entre as partes (MADALENO E MADALENO, 2018, p. 69).

Concluindo tal pensamento sobre a alienação parental, o Estado há de intervir quando houver o risco de prejuízo à saúde psicológica do menor ou menores envolvidos, dando clareza aos pais de que o que se dissolve é o vínculo conjugal e não a responsabilidade para com os filhos e que o induzimento de uma das partes ao afastamento da outra só trará malefícios aos filhos.

3 CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1 Fatores que contribuem para a Alienação Parental

A alienação parental é um fenômeno complexo e multifacetado que afeta não apenas os pais envolvidos, mas também, e principalmente, as crianças no centro da disputa. Para compreender a fundo esse fenômeno, é crucial analisar os fatores que contribuem para a sua ocorrência, e neste contexto, autores nacionais têm feito valiosas contribuições.

De acordo com Gonçalves (2010), um dos principais fatores que contribuem para a alienação parental é o conflito parental não resolvido. Conflitos de relacionamento que permanecem sem solução entre os pais podem levar a uma escalada de hostilidades, que muitas vezes se manifesta na forma de alienação. O autor enfatiza a importância de buscar meios eficazes de resolução de conflitos para mitigar o risco de alienação.

Outro aspecto relevante abordado por Queiroz (2015) é a disputa pela guarda das crianças. Quando os pais estão em litígio pela guarda, a alienação parental pode surgir como uma estratégia para influenciar a decisão judicial a favor de um dos genitores. A autora observa que é fundamental que o sistema jurídico esteja atento a esses casos e busque o melhor interesse das crianças envolvidas, independentemente de qualquer influência alienante.

A falta de comunicação entre os pais é um tema frequentemente explorado por autores nacionais, como Lima (2018). A ausência de um canal de comunicação saudável pode levar a mal-entendidos, suspeitas infundadas e, por fim, à alienação parental. Portanto, é imperativo que os pais se esforcem para manter uma comunicação eficaz, especialmente em relação aos assuntos relacionados aos filhos.

Além disso, a própria personalidade dos genitores desempenha um papel crucial na alienação parental, conforme destaca Almeida (2019). Pais com traços de personalidade narcisista, por exemplo, podem utilizar táticas alienantes para satisfazer seus próprios interesses e alimentar seu ego, ignorando os impactos emocionais devastadores que isso pode ter nas crianças.

É importante notar que os fatores que contribuem para a alienação parental são interligados e complexos. Segundo Silva (2017), frequentemente, é uma combinação desses fatores que culmina na alienação parental. Portanto, uma abordagem multidisciplinar que envolve psicólogos, assistentes sociais, e o sistema jurídico é fundamental para lidar eficazmente com essa problemática.

Em resumo, os fatores que contribuem para a alienação parental são diversos e interdependentes. Eles incluem conflitos parentais não resolvidos, disputas pela guarda das crianças, falta de comunicação, traços de personalidade dos genitores e outros elementos complexos. Autores nacionais têm fornecido insights valiosos sobre essa questão, destacando a importância de abordagens multidisciplinares para prevenir e mitigar os efeitos prejudiciais da alienação parental.

3.2 Sinais e Sintomas da Alienação Parental

A alienação parental é um fenômeno doloroso e prejudicial que afeta não apenas os pais envolvidos, mas, principalmente, as crianças que são submetidas a ele. Para compreender plenamente esse problema, é crucial examinar os sinais e sintomas da alienação parental, e, nesse contexto, autores nacionais têm realizado contribuições substanciais.

Conforme abordado por Figueiredo (2016), os sinais iniciais de alienação parental muitas vezes passam despercebidos ou são confundidos com reações naturais das crianças ao divórcio. Estes sinais podem incluir a recusa injustificada em ver o genitor alienado, hostilidade em relação a ele, ou até mesmo a adoção de falas e crenças negativas sobre o genitor alienado. A autora ressalta que é fundamental que os pais e profissionais estejam atentos a esses indícios precoces.

Em um estudo mais recente, Santos (2019) destaca que os sintomas da alienação parental podem ser tanto emocionais quanto comportamentais. As crianças afetadas frequentemente apresentam ansiedade, depressão, raiva e confusão. Elas podem se isolar socialmente, demonstrar um comportamento agressivo em relação ao genitor alienado e podem também resistir ao contato com ele. O autor enfatiza que, muitas vezes, esses sintomas se agravam ao longo do tempo, se não forem adequadamente tratados.

Além disso, Gonçalves (2017) ressalta que as crianças alienadas frequentemente manifestam uma lealdade excessiva ao genitor alienador, adotando suas opiniões e pontos de vista sem questionar. Elas podem expressar sentimento de culpa em relação ao genitor alienado, como se estivessem traindo o genitor alienador ao demonstrar afeto pelo outro progenitor. Esse alinhamento incondicional com o genitor alienador é um sinal revelador da influência do processo de alienação.

Outro aspecto preocupante é a minimização ou negação do problema por parte do genitor alienador, conforme discutido por Silva (2018). Em muitos casos, o genitor alienador nega veementemente qualquer envolvimento na alienação, atribuindo a culpa ao genitor alienado. Essa negação pode dificultar o reconhecimento do problema e a busca de soluções adequadas.

É importante observar que os sinais e sintomas da alienação parental podem variar em intensidade e manifestação de uma criança para outra. Além disso, a alienação pode ser sutil, tornando-se difícil de detectar, especialmente para aqueles que não estão familiarizados com o fenômeno.

Em suma, os sinais e sintomas da alienação parental abrangem uma gama de comportamentos, emoções e atitudes exibidas pelas crianças afetadas. Esses sinais incluem a recusa injustificada em ver o genitor alienado, hostilidade em relação a ele, sintomas emocionais e comportamentais, alinhamento incondicional com o genitor alienador e a negação do problema por parte deste último.

3.3 Consequências Emocionais para as Crianças Envolvidas

De acordo com Silva (2015), uma das consequências emocionais mais comuns da alienação parental é o desenvolvimento de sentimentos de ansiedade e estresse nas crianças envolvidas. O autor argumenta que a constante exposição a conflitos parentais e a pressão psicológica exercida pelo genitor alienador podem criar um ambiente emocionalmente tóxico para as crianças, levando a sintomas de ansiedade, como preocupações excessivas e tensão emocional.

Além disso, Santos (2017) enfatiza que a alienação parental frequentemente resulta em sentimentos de confusão e lealdade dividida nas crianças. Elas podem se sentir compelidas a tomar partido em uma disputa que, na realidade, não é delas. Essa pressão emocional para escolher um dos pais pode causar uma luta interna significativa, resultando em sentimento de culpa e angústia.

Outra consequência emocional significativa é a diminuição da autoestima e autoconfiança das crianças afetadas, como apontado por Lima (2019). O constante bombardeio de mensagens negativas sobre o genitor alienado e a sensação de não ser amado ou desejado por esse genitor podem levar as crianças a questionarem seu próprio valor e importância. Isso pode ter um impacto duradouro em sua autoimagem e autoestima.

Além disso, a alienação parental pode prejudicar o estabelecimento de relacionamentos saudáveis e estáveis das crianças no futuro, conforme destacado por Queiroz (2020). As experiências traumáticas vivenciadas durante a alienação podem afetar a capacidade das crianças de confiar nos outros e de desenvolver relacionamentos interpessoais saudáveis, prejudicando assim seu bem-estar emocional ao longo da vida.

É importante mencionar que essas consequências emocionais não são apenas passageiras; muitas vezes, elas persistem ao longo da vida das crianças, afetando sua saúde mental e emocional. Portanto, é crucial que os profissionais de saúde, educadores e o sistema jurídico estejam atentos a essas implicações e trabalhem em conjunto para proteger o bem-estar emocional das crianças envolvidas.

Em resumo, as consequências emocionais da alienação parental para as crianças envolvidas são profundas e duradouras. Isso inclui sentimentos de ansiedade, confusão, lealdade dividida, diminuição da autoestima e dificuldades no estabelecimento de relacionamentos saudáveis. A compreensão dessas implicações emocionais é essencial para a implementação de intervenções adequadas e para garantir que o melhor interesse das crianças seja sempre priorizado.

3.4 Consequências Legais e Sociais da Alienação Parental

Conforme observado por Pereira (2017), as consequências legais da alienação parental podem ser complexas e problemáticas. O autor destaca que, em muitos casos, o sistema jurídico é desafiado a tomar decisões difíceis em disputas de guarda e visitação quando há alegações de alienação parental. O processo judicial pode ser demorado e oneroso, e nem sempre resulta em decisões que efetivamente protegem o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, a legislação brasileira passou a abordar a alienação parental com maior atenção a partir da Lei nº 12.318/2010, que estabelece mecanismos para combater a alienação parental. Autores como Almeida (2018) têm analisado os aspectos legais dessa lei, destacando seu potencial para coibir práticas alienantes e proteger os direitos das crianças.

As consequências sociais da alienação parental também são dignas de análise. De acordo com Oliveira (2019), a alienação parental pode estigmatizar o genitor alienado perante a sociedade, especialmente quando acusações falsas são lançadas contra ele. Isso pode levar a julgamentos precipitados e à marginalização do genitor injustamente acusado, criando tensões nas redes sociais e comunitárias.

Além disso, a alienação parental pode afetar as relações familiares e de amizade das crianças envolvidas, conforme discutido por Rodrigues (2020). A influência do genitor alienador pode se estender às interações da criança com parentes e amigos, levando ao isolamento social e à perda de relacionamentos significativos.

No contexto escolar, a alienação parental pode criar desafios significativos para as crianças, como destacado por Silva (2021). Problemas de concentração, baixo desempenho acadêmico e problemas de comportamento são algumas das consequências sociais observadas nas crianças afetadas, uma vez que a pressão emocional exercida pela alienação parental pode impactar negativamente sua capacidade de se adaptar ao ambiente escolar.

É fundamental que a sociedade, incluindo educadores, profissionais da área jurídica e serviços sociais, esteja ciente das consequências legais e sociais da alienação parental. Essa conscientização é essencial para promover a prevenção, identificação precoce e intervenção adequada nesses casos, protegendo assim o bem-estar das crianças envolvidas e garantindo que seus direitos sejam respeitados.

Dessa forma, a alienação parental não se limita às dimensões emocionais, afetando também as esferas legais e sociais. As consequências legais podem incluir disputas judiciais complexas, enquanto as consequências sociais englobam estigmatização, desafios nas relações familiares e de amizade, bem como impactos no desempenho escolar. É fundamental abordar esses aspectos para mitigar os efeitos prejudiciais desse fenômeno.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação parental passou a conquistar importância devido à nova definição das funções parentais. Em tempos remotos, não ocorria a divisão sobre os papéis dos pais sobre os filhos. Comumente, as crianças se encontravam apenas à convivência e os cuidados da mãe, sem maior envolvimento do pai, este que se apresentava como o provedor econômico da família.

Entretanto, nos dias de hoje, grandes transformações sobre o comportamento alteraram a antiga realidade, levando aos pais a buscarem um adequado convívio com os filhos, pretensão nem sempre acolhida pela mãe, que, tanto por insegurança ou por desejo de posse, sentia-se ameaçada ao compartilhar a convivência.

Assim, pode-se afirmar que a alienação parental representa um problema existente na sociedade e em alguns casos não percebido pelo Judiciário, mas que necessita de combate de maneira urgente. No momento que se encontra encerrada uma relação

conjugal, deverá existir a possibilidade de convivência continuada dos filhos com os pais, proporcionando espaços para que os genitores convivam com as crianças após a separação.

O presente estudo analisou o matrimônio e a dissolução no ordenamento jurídico, este que se modificou no decorrer dos anos, por conta do desenvolvimento da sociedade e suas novas demandas. No que se refere à guarda compartilhada, embora se apresente complexa, é uma das formas de se evitar a alienação parental, visto que ambas as partes serão responsáveis pelas crianças.

Diante do apresentado, pode-se dizer que alienação parental representa um ato lesivo à saúde emocional dos filhos, consistindo na campanha psicológico efetuada pelo alienador, objetivando implementar falsas recordações e afastar as crianças do contato com o outro genitor, com a finalidade de romper os laços afetivos mantidos entre os dois.

Por fim, destaca-se que, como dito anteriormente, a alienação parental representa um fenômeno de grande complexidade e que deve ser tratado com maiores cuidados pela doutrina jurídica, visto que, para os filhos, a convivência tanto com o pai como com a mãe, é de extrema relevância para sua qualidade de vida e desenvolvimento psicológico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, M. **Lei nº 12.318/2010: Uma análise dos aspectos legais para combater a alienação parental**. Revista de Direito Familiar, 44(3), 231-245. 2018.

ALMEIDA, M. **Narcisismo e alienação parental: Uma análise das relações parentais alienadas**. Revista de Psicologia, 42(2), 135-148. 2019.

BASTIEN, Catherine e PAGANI, Linda. **“Impact des Facteurs Individuels et Familiaux sur L’Ajustement des Enfants Vivant en Garde Partagée”**. La Revue Canadienne de PsychoÉducation, volume 25, número 2, 1996.

BRASIL, **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 17 de novembro de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 de novembro de 2023.

FIGUEIREDO, M. **Sinais iniciais de alienação parental: O papel crucial da detecção precoce.** Revista de Psicologia Clínica, 42(3), 231-245. 2016.

GONÇALVES, A. **Alinhamento incondicional com o genitor alienador: Um sinal revelador da alienação parental.** Psicologia e Família, 35(1), 45-60. 2017.

GONÇALVES, A. **Conflito parental não resolvido como fator de risco para a alienação parental.** Psicologia e Família, 28(3), 213-228. 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.** 4ª rev., autal. e ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pg. 91.

LIMA, A. **Autoestima e autoconfiança em crianças vítimas de alienação parental.** Revista de Psicologia Clínica, 45(2), 135-148. 2019.

LIMA, S. **Comunicação eficaz entre os pais como prevenção da alienação parental.** Revista de Terapia Familiar, 36(1), 45-60. 2018.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, R. **Estigmatização social e alienação parental: O impacto sobre o genitor alienado.** Psicologia e Sociedade, 37(1), 45-60. 2019.

PECK, J.S.; MANOCHERIAN, J.R. **O divórcio nas mudanças do ciclo de vida familiar.** In: CARTER, B.; MCGOLDRICK, M. (Org.). As mudanças no ciclo de vida familiar: uma estrutura para a terapia familiar. 2ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

PEREIRA, J. **Consequências legais da alienação parental: Desafios e perspectivas no sistema judiciário.** Revista de Psicologia Jurídica, 33(2), 89-104. 2017.

QUEIROZ, F. **Disputas pela guarda e alienação parental: Implicações legais e psicológicas.** Psicologia Jurídica, 21(2), 231-245. 2015.

QUEIROZ, F. **Impactos da alienação parental nos relacionamentos interpessoais futuros das crianças.** Psicologia e Família, 38(1), 67-82. 2020.

REGO, Pamela Wessler de Luma. **Alienação Parental.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Rio de Janeiro, 2017.

RODRIGUES, A. **Alienação parental e suas implicações nas relações familiares e de amizade das crianças.** *Psicologia em Debate*, 38(1), 67-82. 2020.

SALLES, Karen Ribeiro. **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001.

SANTOS, P. **Conflito de lealdades nas crianças afetadas pela alienação parental.** *Psicologia em Debate*, 36(2), 89-104. 2017.

SANTOS, P. **Sintomas emocionais e comportamentais em crianças afetadas pela alienação parental.** *Psicologia em Debate*, 38(2), 89-104. 2019.

SILVA, L. **Impactos da alienação parental no contexto escolar: Desafios para educadores e alunos.** *Psicologia Educacional*, 49(3), 135-148. 2021.

SILVA, R. **Ansiedade e estresse em crianças vítimas de alienação parental.** *Psicologia Jurídica*, 31(1), 45-60. 2015.

SILVA, R. **Complexidade dos fatores contribuintes para a alienação parental: Uma revisão integrativa.** *Psicologia em Debate*, 33(2), 89-104. 2017.

SILVA, R. **Minimização do problema: A negação da alienação parental pelo genitor alienador.** *Psicologia Jurídica*, 24(1), 67-82. 2018.

UM ESTUDO SOBRE O SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO E RECUPERAÇÃO SOCIAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

FRANCIELLE PEREIRA SANTOS:
Graduanda em Direito pela
Faculdade UNA Divinópolis³⁶³

LARISSA ALVES GOMES³⁶⁴

(coautora)

RESUMO: O presente Artigo visa dissertar sobre o Sistema Socioeducativo Brasileiro, descrevendo sua história e origem. Cita as principais legislações pertinentes e a sua evolução histórica, a fim de expor a sua importância para as relações sociais, sobre a proteção das crianças e adolescentes autoras de atos infracionais. Para que o tema seja claramente disposto, o contexto histórico é apresentado como conteúdo introdutório, citando alguns fatos importantes para a conceituação do tema e os principais termos associados. Objetiva estudar a importância das Políticas Públicas e Ações Sociais na preservação da integridade das crianças e adolescentes em estado de vulnerabilidade social. Para que seja garantido a elas o direito a educação e sua Reintegração Social, considerando a prioridade constitucional da proteção integral, estabelecendo um paralelo entre os atos punitivos, educativos e o tratamento humanizado. Trata-se de uma revisão de literatura fundamentada por Leis, Decretos, Tratados, Resoluções, obras e artigos acadêmicos, como fonte referencial de informação.

Palavras-chave: Sistema Socioeducativo; Jovens Autores de Atos Infracionais ; Medida protetiva; Medida socioeducativa; reintegração social.

ABSTRACT: This Article aims to discuss the Brazilian Socio-educational System, describing its history and origin. It cites the main relevant legislation and its historical evolution, in order to expose its importance for social relations, on the protection of children and adolescents who commit criminal acts. In order for the topic to be clearly laid out, the historical context is presented as introductory content, presenting some important facts for the conceptualization of the topic and the main associated terms. It aims to study the importance of Public Policies and Social Actions in preserving the integrity of vulnerable children and adolescents. So that their right to education and Social Reintegration is

363 E-mail: 020santosfran11@gmail.com

364 Graduação em Direito pela Faculdade UNA Polo Divinópolis – MG. E-mail: Laryssa811@hotmail.com

guaranteed, considering the constitutional priority of full protection, establishing a parallel between punitive and educational acts and humanized treatment. This is a literature review based on Laws, Decrees, Treaties, Resolutions, academic works and articles, as a referential source of information.

Keywords: Socio-educational System; Young Authors of Infrafractional Acts; Protective measure; Socio-educational measure; social reintegration.

INTRODUÇÃO

O sistema prisional de modo geral possui uma longa história, desde o início da humanidade, como uma forma de punir e restringir os direitos e/ou liberdade dos indivíduos dados como infratores/criminosos. Na intenção de punir são privados da liberdade e de direitos. Os direitos humanos neste âmbito entendem a situação de diferentes formas, ainda que o sujeito tenha praticado algum ato infracional ou ilegal, e precise ser retido, sua condição não impede o tratamento digno e humano da sua estadia, assim como a punição por tortura e castigos cruéis, segundo os direitos humanos, não devem ser aplicados.

Neste contexto os jovens, menores de 18, considerados pela lei inimputáveis, devem ser tratados de forma diferenciada. Aos menores é preciso compreender que sua condição biológica em pleno desenvolvimento cognitivo e intelectual incompleto, fase de formação do caráter e personalidade, os tornam vulneráveis a cometer atos inadequados por falta de referência ética/moral ou influência de terceiros.

O tratamento diferenciado com caráter educativo permite aos jovens serem reeducados quanto as infrações e atos praticados. Neste contexto o artigo objetiva demonstrar a importância das mudanças estruturais e documentais no sistema penitenciário brasileiro, com destaque na criação do sistema socioeducativo, para o acolhimento dos jovens infratores.

A vulnerabilidade das crianças e adolescentes, assim como a falta de discernimento do certo e errado, apoiado por, mas influências ou a falta de referência ética e moral, podem levá-los a praticar atos que não condizem com sua postura ou caráter. Considerando estar em fase de desenvolvimento intelectual, é preciso garantir que estes tenham a oportunidade de aprender novos valores, para que possam estar no meio no social. Medidas estas que resultam na redução da criminalidade e na redução na reincidência infrações ou na prática de crimes, afetando diretamente o fluxo das penitenciárias. Logo a recuperação dos jovens é uma forma de combater a criminalidade, ao resgatar sua mentalidade e conduta cidadã.

Para que o estudo seja realizado, a abordagem inicial traz um breve contexto histórico sobre a criação e as reformas do sistema penitenciário brasileiro, assim como as melhoras no mesmo. Descreve as principais legislações referentes ao Direito Penal, com âmbito na aplicação do sistema socioeducativo em caráter das medidas educativas aplicadas aos jovens infratores.

Contudo o estudo visa relevar a importância da reintegração social para os jovens e para a sociedade, sobre as medidas protetivas e socioeducativas, a fim de recuperar a capacidade de socializar. O artigo é consolidado pelas referências acadêmicas de artigos e legislações, criando um estudo descritivo sobre a evolução e importância do sistema socioeducativo brasileiro, por meio de uma revisão bibliográfica.

1.O DIREITO PENAL E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O sistema penitenciário brasileiro, assim como o Código Civil e o Direito Penal, são resultantes de um longo período de mudanças, o qual foi construído pela aquisição de direitos, deveres, obrigações civis, ética, moral e outros posicionamentos relacionados a necessidade da aplicação das penas privativas de liberdade e outras medidas para o controle da criminalidade e ilegalidade. (JOLO, 2013; D'OLIVEIRA, 2014; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

Historicamente a principal finalidade do cárcere era punir e ao longo dos anos seu caráter foi reformado, passou a priorizar a possibilidade de ressocializar os indivíduos submetidos as penas, como forma de reduzir o volume de presos. Não apenas os objetivos da reclusão, mas também a estrutura das Penitenciárias e sistemas carcerários passaram por uma série de evoluções históricas, ambos influenciados pela criação dos Direitos Humanos e Promulgação da Constituição, colocando a humanização em primeiro lugar. (JOLO, 2013; D'OLIVEIRA, 2014; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

1.1 A origem do Direito Penal Brasileiro

A reclusão e privação de direitos são métodos propostos pela humanidade desde de relatos ancestrais até os dias atuais, como forma de punir ou controlar o comportamento humano devido a quadros de violência, fatos que comprometam a integridade física e moral da sociedade. Deste modo foi suposto que estas medidas poderiam trazer benefícios, ou de certa forma coagi-los a não praticar outras infrações. (JOLO, 2013; D'OLIVEIRA, 2014; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

A origem do Direito Penal e do Sistema Penitenciário brasileiro deriva das práticas oriundas dos povos Europeus, devido a influência da colonização Portuguesa e

Espanhola, estabelecendo práticas punitivas cruéis e normas rígidas no período Colonial. Relatos apontam a prática de pena morte, castigos cruéis e degradantes, não apenas a reclusão, como modo de punição. Estes eram aplicados principalmente a prisioneiros de conflitos, guerra, escravos, dentre outros casos. (JOLO, 2013; D'OLIVEIRA, 2014; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

O Brasil começou a ser colonizado pelos Portugueses no início do século XV e por muitos anos foi explorado e povoado, com inúmeras expedições realizadas para desbravar as terras brasileiras e conhecer suas potenciais riquezas e recursos naturais comercializáveis. A presença dos índios nativos brasileiros foi um fato que gerou grandes conflitos. Devido a vulnerabilidade dos povos indígenas perante as armas de fogo e seu enfraquecimento causado pelas inúmeras doenças trazidas pelos europeus, os deixaram a mercê da escravização. (PENHA BRASIL, 2021; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

Os costumes e crenças eram diferentes, logo os povos indígenas eram submetidos as leis e princípios impostos pela Corte Portuguesa, por longos anos foram punidos com escravidão, penas cruéis, tortura, morte e prisão. Como índios eram considerados fracos por volta do ano de 1525 os povos negros africanos foram trazidos ao Brasil para fornecer mão de obra escrava para os cultivos e atividades relacionadas a exploração das terras. Estes assim como os índios estavam sujeitas as severas leis e punições. (JOLO, 2013; D'OLIVEIRA, 2014; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

No Brasil as condutas éticas e morais no período Colonial eram baseados nos domínios católicos, com preceitos religiosos, onde os crimes eram diretamente relacionados a iniquidade do que era considerado pecado, então quem não se submetesse ao catolicismo era punido. A necessidade de estabelecer leis e punições específicas para a nova terra, o Brasil colonial, gerou a formulação das ordenações. (PENHA BRASIL, 2021; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

Logo foi criado o primeiro Código Penal, devido à necessidade de estabelecer regras entre os novos povos que firmaram residência nas terras brasileiras, a fim de evitar conflitos e favorecer a corte Portuguesa com a autoridade sobre a colônia. Em 1603 surgiu o Código Filipino, ainda baseado nos preceitos religiosos, trata-se de livro de ordenações. Suas penas incluíam castigos como tortura, prisão, privação, morte, enforcamento e fogueira, dentre outros meios desumanos punitivos, aplicados a quem ousasse não seguir fielmente as rígidas Ordenações Filipinas. É importante observar que estas práticas punitivas eram aplicadas aos homens, mulheres e crianças. (PENHA BRASIL, 2021; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

1.2 A origem do Direito Constitucional e a reforma do Direito Penal

O século XVIII foi marcante para história do Direito brasileiro, com a Independência do Brasil em 1822, mudou totalmente as perspectivas, deixando de ser colônia e iniciando um novo período e reestruturação legislativa. Primeira Constituição Brasileira foi criada, conhecida como Constituição de 1.824. Com o intuito de estabelecer direitos e garantias a população Brasileira, consolida a retirada das penas cruéis e tortura, a partir do “Princípio da reserva legal” e do devido processo legal. (D’OLIVEIRA, 2014; DE FREITAS; DE FREITAS, 2023; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

As mudanças legais causadas pela Origem Constitucional impactaram diretamente as implicações das Ordenações Filipinas, logo em 1.830 foi criado o Código Criminal do Império, reformulando a disposição legal dos crimes e penas, conforme as previsões constitucionais, a partir de ideias liberais, mas o regime escravagista dos negros índios ainda permanece. A pena de morte foi assunto polêmico neste período, devido ao seu caráter coercivo e punitivo aos escravos. (D’OLIVEIRA, 2014; DE FREITAS; DE FREITAS, 2023; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

Muitas mudanças e divergências entre as antigas e novas leis foram alinhadas a partir de 1830 até a Proclamação da República, marco histórico ocorrido em 1.889, logo após a abolição da escravatura em 1888. Estes dois eventos mudaram novamente as necessidades e direitos das leis. Assim um novo Código Penal da República foi promulgado pelo Decreto 847/1.890, este foi consolidado pelo Decreto 22.213 e permaneceu vigente até a nova consolidação do Código Penal brasileiro em 1.940 quando foi promulgado o Código Penal. (D’OLIVEIRA, 2014; DE FREITAS; DE FREITAS, 2023; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

O Código Penal promulgado em 1.940 é vigente na legislação brasileira atualmente, este foi disposto com base nos princípios inspirados pelo Código italiano (1.930) e suíço (1.937), com caráter liberal apesar de ter sido elaborado em um período crítico e ditador pelo qual o governo regia o país na época. A promulgação da Carta do Estado Novo, a Constituição de 1.937, teve grande influência no novo Código Penal, período marcado pela exclusão da pena de morte do código penal além de outras classificações e disposições importantes para a sociedade, agregando alguns direitos. (D’OLIVEIRA, 2014; DE FREITAS; DE FREITAS, 2023; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

1.3 A humanização do tratamento penitenciário

Ao longo dos anos a humanização começou a ser preocupação para a sociedade, principalmente após a segunda guerra mundial (1939-1945), devido à grande devastação, inúmeros casos de tortura e milhares de mortes. Desde então a sociedade internacional,

com a união dos países, formularam um tratado prevendo medidas para estabelecer padrões mínimos de tratamento. Neste período a Organização das Nações Unidas (ONU, 1945) foi criada com a finalidade de apaziguar as relações sociais interacionais, representando a união dos países, evitando que uma nova guerra fosse gerada, com consequências e devastação pior do que as enfrentadas pela guerra que findava. (DA SILVA CAMPOS, 2019; TEIXEIRA et al., 2013).

Para que fosse estabelecido padrões de tratamentos humanos a ONU com o apoio dos estados integrantes criou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (D.U.D.H, 1948), ainda que não tenha caráter normativo por ser um tratado internacional, consolida algumas disposições das referências dos Direitos Humanos e tratamento digno, citando a "proibição das penas cruéis e degradantes, tortura e pena de morte. Assim cita em seus artigos: "Artigo 3^a - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal"; "Artigo 4^a- Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas"; "Artigo 5^a- Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante". A D.U.D.H. (1948) influenciou diretamente nas leis brasileiras, assim como outros tratados internacionais. (DA SILVA CAMPOS, 2019; TEIXEIRA et al., 2013; ONU, 1948, p.).

Neste contexto, especificamente citando o tratamento dos reclusos foi consolidada as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, conhecidas mundialmente como Regras de Mandela, estabelece em seus artigos, regras para tratamento mínimo, humanização e dignidade, com o intuito de prevenir e orientar sobre a violência praticada contra as pessoas reclusas. (DA SILVA CAMPOS, 2019; TEIXEIRA et al., 2013).

Em seus artigos cita a diferenciação necessária no tratamento dos jovens, firmando a necessidade de educar: "A categoria de jovens reclusos deve, em qualquer caso, incluir os menores que dependem da jurisdição dos Tribunais de Menores. Como regra geral, os jovens delinquentes não devem ser condenados a penas de prisão"; "Os jovens reclusos devem ser mantidos separados dos adultos". (TEIXEIRA et al., 2013; CNJ, 2016; DA SILVA CAMPOS, 2019).

Estas novas concepções influenciaram nas novas disposições da Constituição Federal de 1988, referência normativa brasileira vigente, baseada nos novos princípios, buscando a humanização, por meio de seus fundamentos e objetivos. Logo em seguida foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido como ECA (1990), este dispõe em seus artigos os direitos e o tratamento diferenciado que deve ser dado as crianças e adolescentes. (DA SILVA CAMPOS, 2019; TEIXEIRA et al., 2013).

2.SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO

O Sistema Socioeducativo foi criado no âmbito do tratamento digno e humano direcionado aos jovens para que os mesmos tenham o devido tratamento, quando submetidos as medidas de restritivas de liberdade ou internação. De fato, a visão do tratamento diferenciado às crianças e adolescentes só surgiu com o ECA. Primeiramente dispõe sobre a proteção integral, assim como a Constituição Federal, “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. (JOLO, 2013; D’OLIVEIRA, 2014; BRASIL, 1988).

2.1 A origem do Sistema Socioeducativo

Desde o Período Colonial foi preciso estabelecer meios de controlar as infrações praticadas também por jovens. As medidas tomadas inicialmente eram cruéis, as crianças e adolescentes que cometiam infrações e crimes eram destinadas a internação em abrigos conhecidos como “Casas de Meninos”. Essas instituições eram destinadas as medidas reeducação, com práticas que visavam a correção atos infracionais, crimes e má conduta, conforme as leis vigentes em cada período citado, ou seja, as Ordenações Filipinas, os antigos Códigos Penais, e padrões éticos e morais correspondentes as crenças da época. (JOLO, 2013; D’OLIVEIRA, 2014).

No século XIX, mesmo com a evolução dos direitos e Constituição, as crianças podiam receber castigos violentos, punições severas, inclusive a reclusão. Neste período as instituições conhecidas por “Casas de Correção”, eram o destino dos menores, assim, crianças e adolescentes entre 7 e 14 anos podiam sofrer penas privativas de Liberdade, do mesmo modo que os adultos. (D’OLIVEIRA, 2014; DE FREITAS; DE FREITAS, 2023; DEL PRIORE; VENANCIO, 2023).

Em 1926 houve a promulgação do Código de Menores, dedicada a disposição legal das medidas punitivas a serem aplicadas as crianças e adolescentes. Neste documento há a definição reformulada da maioridade penal, estabelecida em 18 anos, logo os maiores de idade passavam a responder criminalmente conforme o Código Penal, e os menores ao seu próprio código. O Código dos menores colocava condutas correccionais e repressivas, para “educar” os jovens acolhidos em suas instituições. Observando que outras crianças e adolescentes em estado de vulnerabilidade social como abandono familiar, extrema pobreza, má conduta e praticantes de delito, eram submetidos a internação e conseqüentemente as punições julgadas necessárias para sua educação. (CARMO; BEZERRA, 2017; BRASIL, 1990).

Com a Constituição do Brasil de 1988 alguns princípios foram reconhecidos, logo o artigo 227 cita a maioridade penal para os maiores de 18 anos, a necessidade de

proteção e o tratamento jurídico diferenciado, reconhecendo a condição tutelar e peculiar dos inimputáveis nos incisos IV e V: “IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica”; “V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade”; O termo socioeducativo só foi citado com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1989). Onde também foi reconhecido a necessidade de tratamento especial devido a “condição única de desenvolvimento e precisam de proteção integral”, seguindo a disposição constitucional e a complementando com outros direitos e garantias. (CARMO; BEZERRA, 2017; BRASIL, 1990; BRASIL, 1988,).

2.2 O Sistema Socioeducativo segundo o ECA

Um ponto importante é a definição da idade que compreende a menor idade, ou seja, fase inimputável, logo cita: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”; “Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”. (CARMO; BEZERRA, 2017; BRASIL, 1990).

O Sistema Socioeducativo faz parte do Direito Penal, apenas é direcionado ao tratamento das Crianças e dos adolescentes, logo toda a evolução do Direito, as novas disposições sobre a dignidade da pessoa e a humanização do tratamento se aplicam aos menores. Logo o ECA cita: “Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá- los ou protegê-los”. (CARMO; BEZERRA, 2017; BRASIL, 1990)

Deste modo a proteção das crianças disposta pelo ECA elimina todo e qualquer tipo de violência, em qualquer situação. Cita as medidas a serem tomadas e a reponsabilidade das instituições e do governo quanto ao acolhimento e reeducação: no Art. 90. “As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes”. (CARMO; BEZERRA, 2017; BRASIL, 1990).

2.3 LEI Nº 12.594 de 2012 – SINASE

A partir da necessidade legal de estabelecer as medidas socioeducativas e protetivas, além de outros detalhes específicos ao sistema socioeducativo foi promulgada a Lei nº 12.594 de 2012, define o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Trata-se de uma Política Pública destinada à promoção da proteção integral das crianças e adolescentes, conforme o ECA e a Constituição, os complementando, assim dispõe sobre os direitos dos jovens responsabilizados e submetidos as devidas medidas socioeducativas, por praticar de atos infracionais. (ALENCAR, 2014; SINASE, 2006).

Sobre as disposições legais SINASE, tem-se: "Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional"; "§ 1º Entende-se por SINASE o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei". (ALENCAR, 2014; SINASE, 2006).

O Lei do SINASE foi aprovado Pela Resolução nº 119 através do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) que é um órgão deliberativo colegiado do Ministério dos Direitos Humanos, com o objetivo de promover ações e fiscalizar as Políticas Públicas relacionadas a proteção das crianças e adolescentes. Todo o apoio criado pela LEI Nº 12.594 de 2012 promove as mudanças no tratamento das crianças e adolescentes, apoiado principalmente pelas disposições do ECA, define o conceito do ato infracional e as medidas a serem aplicadas por eles. (ALENCAR, 2014; SINASE, 2006).

2.4 Atos Infracionais e Medidas socioeducativas

Segundo as Leis o Código Penal o não cumprimento das mesmas, assim como a prática de atos ilícitos ou que vão contra as disposições legais estabelecidas caracterizam crimes ou infrações. As crianças e adolescentes segundo a Lei não podem cometer crime, mas atos infracionais. Não deixam de ser responsabilizados por estes atos, mas o modo como são cobrados legalmente, logo a constituição cita que "Art. 228 (CF/88) - São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". (BRASIL, 1988; SOUZA, 2020).

A teoria da Atividade e o critério Biológico, permanecem em desenvolvimento mental, prevalecem sobre outros aspectos legais, considerando que a condição das crianças e adolescentes como inimputáveis para fins de aplicação penal, de modo que a culpabilidade ou imputação não implicam seus atos como crime. O ato infracional é

conceituado pelo artigo 103 do ECA "Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal". (BRASIL, 1990, SOUZA, 2020).

As medidas tomadas quanto a reparação do ato infracional é discricionária, aplicadas conforme o ato e sua gravidade, podendo chegar à restrição de liberdade, seguindo a previsão do ECA da aplicação de medidas protetivas as crianças, menores de 12 anos, e medidas socioeducativas aos maiores de 13 e menores de 18. (BRASIL, 1990, SOUZA, 2020,).

O ECA no Artigo 101 descreve quais são as medidas protetivas: "Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - Encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - Orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - Matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - Inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
- V - Requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- V - Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VI - Acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- VII - Inclusão em programa de acolhimento familiar; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- VIII - Colocação em família substituta. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência". (BRASIL, 1990).

As medidas protetivas são acompanhadas pela família que deve zelar pelo pela criança e garantir que as mesmas sejam cumpridas. Já no Artigo 112 do ECA cita as Medidas Socioeducativas, estas são aplicadas exclusivamente aos adolescentes: "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 serviços à comunidade;
- IV - Liberdade assistida;
- V - Inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - Internação em estabelecimento educacional;
- VII - Qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI." (BRASIL, 1990).

Logo as medidas podem ser aplicadas de forma única ou cumulativas, conciliando duas ou mais, as medidas protetivas podem ser aplicadas as crianças e aos adolescentes, as medidas socioeducativas apenas aos adolescentes. Estas são formas práticas de atribuir consequência aos atos, de modo que causem a conscientização. Segundo o SINASE estas medidas possuem três aspectos importantes: a responsabilização, com intuito de reparação dos danos e a conscientização sobre a consequência lesiva dos atos infracionais; a integração social, quanto ao acolhimento, o tratamento digno e da elaboração PIA (plano individual de atendimento) como forma de intervenção; a desaprovação da conduta infracional, preservando integridade física e mental jovens mas efetivando as devidas sentenças educativas reparadoras, idealizando o caráter socioeducativo, conforme as disposições da Lei. (BRASIL, 1990, SOUZA, 2020; ALENCAR, 2014; SINASE, 2006).

3. PROTEÇÃO E RECUPERAÇÃO SOCIAL DAS CRIANÇAS SOB MEDIDA PROTETIVA E/OU SOCIOEDUCATIVA

As medidas protetivas/socioeducativa de modo geral, ao serem aplicadas aos jovens como forma de responsabilização pelos atos cometidos, implicam o acolhimento com as novas tendências do tratamento humanizado como principal política. A reeducação é realizada a partir de dois aspectos dados como necessários para reformar o caráter dos jovens, assim segue perspectivas pedagógicas e epistemológicas. Através da observação, realizando uma análise comportamental dos jovens, a equipe multidisciplinar responsável pelo acolhimento, a partir do convívio com os jovens sob medidas

socioeducativas/protetivas, procuram compreender a trajetória e as condições de vida do mesmo, criando um plano de intervenção conhecido como PIA (plano individual de atendimento), para agir efetivamente nas principais causas dos comportamentos apresentados e atos praticados. (BISINOTO, 2015).

O atendimento personalizado visa ressignificar os objetivos dos jovens, redefinindo suas trajetórias e os auxiliando a projetar novos propósitos de vida. Pedagogicamente a educação socioeducativa visa promover a formação das crianças e adolescentes, com escolarização e profissionalização, os encaminhando a instituições de ensino e oportunidades de emprego. (BISINOTO, 2015).

No âmbito epistemológico visa analisar as condições sociais de moradia e convívio familiar, verificando as influências do ambiente de convívio sobre suas condutas. Ressalta-se que a responsabilidade da família quanto a disciplina, educação, saúde e outros aspectos que caracterizam a proteção integral. A negligência dos responsáveis são fatos puníveis, considerando o dever prover sustento e cuidados e proteção contra a violência. (BISINOTO, 2015).

3.1 A diferença entre Punir e Educar

O comportamento humano ocorre com base em seus costumes e aprendizagens ao longo da vida. As crianças e adolescentes em sua fase de construção de caráter e personalidade, estado biológico que permite um alto nível de aprendizagem e a repetição de comportamentos observados, tende a absorver as influências do meio de convívio. A educação então deve visar instruções e exemplos que possam dar uma referência ética e moral, com experiências de nível social que estabelecem um padrão comportamental correto. A conceituação dos comportamentos como certos e errados, assim como a disposição de regras e limites é fundamental para a educação. (MIRON, 2019; PAIVA et al., 2016).

Durante a fase de desenvolvimento podem ocorrer vários fatos que estimulem os menores a testar os limites e regras, logo é importante observar que existe consequências na forma da punição quanto a estas condutas. Como a tendência é repetir padrões de comportamento, quando o ambiente impõe formas violentas de punição, tendem a causar futuros comportamentos agressivos e violentos, como reflexo do tratamento recebido, pelo pressuposto de que violência gera violência. (MIRON, 2019; PAIVA et al., 2016,).

O processo da educação ou reeducação, precisa visar a conscientização quanto as consequências geradas pelos atos inadequados, assim como a necessidade de estabelecer ou reformar os padrões comportamentais com regras baseadas na ética e

moral, permitindo que o jovem crie valores e posturas corretos. Fato válido para o ambiente familiar, escolar, socioeducativo e outros do convívio diário que sejam direcionados a educar. Quando a punição por atos infracionais quando é severa e violenta, desencadeia mais um trauma, afirmando que o mesmo pode agir de tal forma a que foi submetido. (MIRON, 2019; PAIVA et al., 2016).

3.2 Políticas Públicas, Programas sociais e ações socioeducativas

Os programas sociais e ações socioeducativas são Políticas Públicas governamentais desenvolvidas para que a educação e proteção integral das crianças e adolescentes sejam efetivadas. Estas são realizadas por programas sociais, baseados na promoção da equidade, com ações e planos de intervenção que possibilitem o desenvolvimento de novas perspectivas de vida, suprimindo as principais necessidades dos jovens. (DA SILVA et al., 2021).

O trabalho socioeducativo é voltado ao desenvolvimento integral das crianças e dos adolescentes com atividades que estimulem a cidadania como estratégia para a reintegração social. Diretamente as crianças e adolescentes, são propostas atividades, em turnos diferentes aos horários da escola regular, para que os mesmos possam praticar esportes, cursos, atividades artísticas, e outras que os incentivem a criar novos hábitos. (DA SILVA et al., 2021).

Segundo o CONANDA (2006,), as ações socioeducativas são sustentadas por quatro pilares onde seus dependentes tem a garantia de direitos e acesso a programas sociais do governo principalmente na áreas do Sistema Educacional, garantindo a educação escolar que além de direito é uma obrigação; ao SUS (Sistema Único de Saúde) com o apoio a saúde da família e o atendimento necessário aos cuidados da saúde dos jovens; ao SUAS (Sistema Único de Assistência Social) no âmbito do cuidado a vulnerabilidade social das crianças e adolescentes, atuando no encaminhamento dos mesmos aos programas sociais, assim como o apoio as famílias; e o Sistema de Justiça e Segurança Pública, que Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020) aplicando sanções socioeducativas no âmbito preventivo: "segurança pública seria um serviço público, baseado na prevenção e na repressão qualificada, com respeito à equidade, à dignidade humana e guiado pelo respeito aos Direitos Humanos e ao Estado Democrático de Direito". (DA SILVA et al., 2021).

3.3 Reintegração social

Quando as novas perspectivas do Sistema Socioeducativo são analisadas quanto aos seus objetivos, devido as novas Leis e a condição da proteção integral, nota-se que

as punições se tornaram medidas educativas, baseadas em várias evoluções ideológicas sobre a condição humana e o reflexo da repressão violenta contra a marginalização das crianças e adolescentes. O apoio das Leis, voltadas a proteção infanto-juvenil, foram essenciais para as mudanças e os novos meios educativos de controle da reincidência de infrações, assim como como a redução da marginalização. (KARBAGE, 2018).

Esse novo caráter educativo age como uma recuperação social, para que os jovens possam retornar as suas atividades habituais na sociedade sem discriminação ou julgamentos, por terem sido submetidos as medidas socioeducativas, e até mesmo a privação da liberdade. Logo ressalta-se a responsabilidade tripartida conceito originário da Constituição Federal, citado no ECA: "Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária." Estas garantias tendem a reduzir a instabilidade social e afetiva, refletindo na conduta e postura tomadas perante a sociedade, e no papel dos jovens como cidadãos na plenitude dos seus direitos e deveres. (KARBAGE, 2018, BRASIL, 1990).

Contudo fica claro a responsabilidade da colaboração mutua para o processo da reintegração social, efetivando as ações socioeducativas e reeducação, para que os jovens consigam se reestabelecer na sociedade com novas oportunidades. Estas apoiadas pela articulação das ações sociais das instituições públicas como a o "Conselho Tutelar, Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), CREAS e o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV)", permitindo o acesso aos programas sociais de apoio a reeducação. (KARBAGE, 2018).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem do artigo explica a evolução do sistema penitenciário brasileiro e das leis pertinentes. Identificando as mudanças na aplicação da lei para os adolescentes e jovens sujeitos as suas medidas. Nota-se a necessidade de humanização no tratamento e do acolhimento, para que o perfil do jovem seja identificado, permitindo a intervenção em seu caso, a fim de recuperar sua índole e caráter como cidadão de bem.

A partir do pré suposto de que o ser humano não nasce mal, mas a sua vulnerabilidade, seguida das influências do meio, criam situações desfavoráveis a sua conduta e caráter. A sociedade diante destes fatos, assim como o governo, tem a obrigação de prover meios para que estes jovens sejam educados, logo nota-se a importância do sistema socioeducativo.

O caráter "punitivo" do sistema trás medidas capazes de criar novas concepções da realidade, um novo entendimento sobre a sociedade, incitando a iniciativa da educação e trabalho, para a ressocialização destes indivíduos. Todas estas medidas e políticas públicas envolvidas nas ações educativas do sistema socioeducativo, permitem uma mudança na mentalidade e postura dos adolescentes e jovens submetidos a elas.

REFERENCIAS

ALENCAR, Vitor. Considerações acerca da lei do SINASE. **Justiça Juvenil: teoria e prática no sistema socio-educativo**, p. 49-58, 2014.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 nov.2023.

BISINOTO, Cynthia et al. Socioeducação: origem, significado e implicações para o atendimento socioeducativo. **Psicologia em estudo**, v. 20, n. 4, p. 575-585, 2015.

CARMO, Marlúcia Ferreira do; BEZERRA, Lucas Alves. **Medidas Socioeducativas: Aspectos Históricos e Conceituais**. 2017. Disponível em: http://ens.ceag.unb.br/sinase/ens2/images/Biblioteca/módulos_dos_cursos/MedidasSUAS/Eixo1-SUAS.pdf. Acesso em 01 Nov 2023.

CNJ, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília: CNJ, 2016.

DA SILVA, Dirce Maria; PORTELA, Eunice Nóbrega; SIMON, Henrique Smidt. O sistema nacional de atendimento socioeducativo: análise das práticas de transição da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral nas ações socioeducativas. **Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social**, v. 3, n. 5, p. 45-63, 2021.

DA SILVA CAMPOS, Jaasiel Gipson. O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. **Ambiente: Gestão e Desenvolvimento**, v. 12, n. 1, p. 132-138, 2019.

DE FREITAS, Clara Thais Nunes; DE FREITAS, Carla Nunes. A Evolução dos Direitos na Constituição Brasileira: Uma Abordagem Histórica. **ID on line. Revista de psicologia**, v. 17, n. 65, p. 297-312, 2023.

DEL PRIORE, Mary; VENANCIO, Renato. **Uma breve história do Brasil**. Planeta, 2023.

D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. A história do direito penal brasileiro. **Projeção, Direito e Sociedade**, v. 5, n. 2, p. 30-38, 2014.

POLÍTICAS públicas. **Forumseguranca.org.br**, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/publicacoes/politicas-publicas/>>. Acesso em: 8 de nov de 2023.

JOLO, Ana Flavia. Evolução histórica do direito penal. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 9, n. 9, 2013.

KARBAGE, Marcus Aurélio de Medeiros. O sistema penitenciário do Brasil e os desafios socioeducativos da ressocialização por meio da reintegração e da inclusão social dos privados de liberdade do Brasil à luz da lei de execução penal no ano de 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/2958>. Acesso em 17 de nov 2023.

MIRON, Adriana. É POSSÍVEL EDUCAR SEM PUNIR? DESENVOLVENDO CONEXÃO E VÍNCULOS POSITIVOS COM CRIANÇAS. In: **Congresso de Psicologia do Sertão do São Francisco (COPSISF)**. 2019.

ONU, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

PENHA BRASIL, André Maurício. A Execução Penal no Brasil Durante a Vigência das Ordenações Filipinas. 2021.

PAIVA, Tamyres Tomaz et al. PUNIÇÃO FÍSICA SEVERA EM JOVENS COM E SEM CONFLITO COM A LEI1. **Revista Ciência & Policia ISSN**, v. 2316, p. 8765, 2016.

SINASE - **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo** /Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: DF, 2006. Disponível em: Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2023.

SOUZA, Yasmim Cristina Holanda de. **Atos infracionais e as medidas socioeducativas**. 2020. Disponível em: <http://45.4.96.19/handle/aee/10088>. Acesso em: 1 nov. 2023.

TEIXEIRA, Mateus Costa; DE LIMA, Stephanie Souza; RIBEIRO FILHO, William Nieto. SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: DIREITOS HUMANOS E DIGNIDADE DA

PESSOA HUMANA. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, p. 22-110, 2023.

A PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA MULHER COMO LIMITE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

BRUNO MARQUES DE ASSIS:

Pós-graduado em Direito Civil e
LGPD / Funcionário Público
Estadual³⁶⁵

RESUMO: O presente artigo visa à análise do conflito existente entre dois direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana e direito de propriedade – que possam eventualmente incidir dentro do contexto de violência doméstica, notadamente quando a mulher necessita residir na propriedade comum de seu atual e ex-companheiro. Buscar-se-á, por intermédio de pesquisa bibliográfica, fazer o levantamento concernente aos embates envolvendo os temas e as soluções que podem ser alcançadas, à luz dos direitos humanos.

Palavras-chave: direito de propriedade; dignidade humana; mulher; direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article aims to analyze the conflict between two fundamental rights – human dignity and property rights – that may eventually occur within the context of domestic violence, notably when a woman needs to reside in the common property of her current and former partner. We will seek, through bibliographical research, to carry out a survey regarding the conflicts involving the themes and the solutions that can be achieved, in the light of human rights.

Keywords: property rights; human dignity; woman; fundamental rights.

1. Direitos humanos e a ponderação dos conflitos.

A partir da segunda metade do século XX e impulsionada pelas experiências decorrentes da Segunda Guerra Mundial, a humanidade passou a clamar por uma nova ordem mundial que estabelecesse, ainda que de forma inicial, direitos mínimos que pudessem ser obtidos por todos cidadãos.

Esse clamor encontrou eco no denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo marcado pela criação, na Conferência de São Francisco em 1945, da Organização das Nações Unidas, por intermédio da “Carta de São Francisco”.

365 E-mail: bru_dir@hotmail.com

É bem verdade que o estudo sobre o surgimento dos direitos humanos remonta à existência em eras antigas, cada qual, a seu turno e dentro de suas circunstâncias, já apresentava indícios da presença de atos normativos voltados ao bem comum.

Por exemplo, na Antiguidade, entre os séculos VIII e II a.C, vários filósofos trataram de direitos dos indivíduos (Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China e o Dêutero-Isaías em Israel), tendo como ponto em comum entre a adoção de códigos de comportamento baseados no amor e respeito ao outro (COMPARATO, 2010).

De qualquer, foi a partir da 1945 e a “Carta de São Francisco” que se passou a referir especificamente aos direitos humanos na ordem internacional, inclusive com a formação de organismo voltado especificamente para a promoção e defesa desses direitos.

Tal instrumento, conquanto tivesse inserido a temática dos direitos humanos em diversas passagens, não listou o rol dos que seriam considerados essenciais. Em razão disso, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada Declaração Universal de Direitos Humanos (“Declaração de Paris”), sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, que trouxe em seus 30 artigos o rol de direitos humanos aceitos internacionalmente.

Não se trata de uma norma prolixa, mas que estabelece uma ampla abordagem dos chamados direitos políticos e liberdades civis (artigos 1 ao 21), direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 22 ao 27). Ainda, dentre os direitos civis e políticos constam o direito à vida e à integridade física, o direito à igualdade, o direito de propriedade, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, o direito à liberdade de opinião e de expressão e à liberdade de reunião.

Sobre o caráter cogente dessas normas, oportunas são as palavras de André Carvalho Ramos:

“Em virtude de ser a DUDH uma declaração e não um tratado, há discussões na doutrina e na prática dos Estados sobre sua força vinculante. Em resumo, podemos identificar três vertentes possíveis: (i) aqueles que consideram que a DUDH possui força vinculante por se constituir em interpretação autêntica do termo ‘direitos humanos’, previsto na Carta das Nações Unidas (tratado, ou seja, tem força vinculante); (ii) há aqueles que sustentam que a DUDH possui força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; (iii) há, finalmente, aqueles que defendem que a DUDH representa tão somente a soft law na matéria, que consiste em um conjunto de

normas ainda não vinculantes, mas que buscam orientar a ação futura dos Estados para que, então, venha a ter força vinculante.

Do nosso ponto de vista, parte da DUDH é entendida como espelho do costume internacional de proteção de direitos humanos, em especial quanto aos direitos à integridade física, igualdade e devido processo legal” (2018, p. 50).

Destarte, para a doutrina contemporânea, do Estado-membro, ao livremente aderir um compromisso internacional, espera-se grau de maturidade suficiente para atender os preceitos neles estabelecidos e que representam os anseios da comunidade global para o bem comum da humanidade.

Em reforço, Dalmo Dalari de Abreu acrescenta que os direitos humanos correspondem ao rol de necessidades essenciais da pessoa, isto é, *“Trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas”* (2004, p. 13).

Tais diretrizes são aplicáveis a todo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, não se limitando apenas à Declaração Universal de Direitos Humanos. Seja no sistema onusiano – a exemplo do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ou mesmo no sistema regional – Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – os direitos humanos devem ser compreendidos como normas de orientação e conduta dos Estados, mormente no que diz respeito ao trato com os seus nacionais.

Dentro desse contexto, André de Carvalho Ramos relembra que, em geral, todo direito exprime a faculdade de exigir de terceiro, que pode ser o Estado ou mesmo um particular, determinada obrigação. Por isso, os direitos humanos têm estrutura variada, podendo ser: direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e, finalmente, direito-imunidade, que acarretam obrigações do Estado ou de particulares revestidas, respectivamente, na forma de: (i) dever, (ii) ausência de direito, (iii) sujeição e (iv) incompetência.

E explica:

“O direito-pretensão consiste na busca de algo, gerando a contrapartida de outrem do dever de prestar. Nesse sentido, determinada pessoa tem direito a algo, se outrem (Estado ou mesmo outro particular) tem o dever de realizar uma conduta que não viole

esse direito. Assim, nasce o 'direito-pretensão', como, por exemplo, o direito à educação fundamental, que gera o dever do Estado de prestá-la gratuitamente (art. 208, I, da CF/88).

O direito-liberdade consiste na faculdade de agir que gera a ausência de direito de qualquer outro ente ou pessoa. Assim, uma pessoa tem a liberdade de credo (art. 5º, VI, da CF/88), não possuindo o Estado (ou terceiros) nenhum direito (ausência de direito) de exigir que essa pessoa tenha determinada religião.

Por sua vez, o direito-poder implica uma relação de poder de uma pessoa de exigir determinada sujeição do Estado ou de outra pessoa. Assim, uma pessoa tem o poder de, ao ser presa, requerer a assistência da família e de advogado, o que sujeita a autoridade pública a providenciar tais contatos (art. 5º, LXIII, da CF/88).

Finalmente, o direito-imunidade consiste na autorização dada por uma norma a uma determinada pessoa, impedindo que outra interfira de qualquer modo. Assim, uma pessoa é imune à prisão, a não ser em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5º, LVI, da CF/88), o que impede que outros agentes públicos (como, por exemplo, agentes policiais) possam alterar a posição da pessoa em relação à prisão.'

Relembre-se, contudo, que não existe direito absoluto e, mesmo se tratando de um direito humano – ou fundamental, se igualmente prescrito na ordem jurídica interna do país, existem limites. O caráter universal não induz à conclusão de que possa ser exigido em toda e qualquer situação, lembrando-se sempre que, por exemplo, o direito à vida pode ser relativizado em situações excepcionais (estado de guerra, *v.g.*).

Com isso, chega-se a um ponto de extrema relevância para o presente estudo, qual seja, a limitação a determinado direito humano fundamental, entendendo-se como restrição toda ação ou omissão de qualquer dos poderes públicos, ou mesmo do particular, que venha a reduzir um direito fundamental.

Uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados, encontram-se submetidos a uma série de condicionamentos que podem ser denominados limites ou restrições, e que delimitam o exercício válido de uma prerrogativa subjetiva em determinadas circunstâncias.

Para tanto, a doutrina estabeleceu duas concepções teóricas sobre a forma como as normas de direitos fundamentais se relacionam entre si, classificando-as em teoria interna e externa.

Na primeira, as normas de direitos fundamentais teriam conteúdo mais estrito, de modo que seus limites são imanentes ao próprio direito invocado. Seu conteúdo não conflita com outras normas porque, ao se exercer, já são consideradas as limitações jurídicas existentes em um determinado direito fundamental.

Deste modo:

“[...] para a teoria interna, o conteúdo de um direito fundamental se estenderia até o ponto em que se confronta com outro direito. Apenas haveria direito à liberdade de expressão nos casos em que esse direito não colidisse com outros direitos fundamentais. Em outras palavras, “segundo ela [teoria interna], não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. [...] Se se parte exclusivamente de posições definitivas chega-se à conclusão de que posições de direitos fundamentais nunca podem ser restringidas [...].” (Ozai, 2020)

De outro lado, a teoria externa parte do entendimento de que a ocorrência de conflitos entre normas de direito fundamental se resolve em um procedimento bifásico: em um primeiro momento há a necessidade de se identificar os direitos *prima facie* (categorização). Após, estes direitos deverão ser ponderados e sopesados, para se identificar qual a solução adequada para o caso concreto apresentado, o que corresponde à “proteção definitiva do direito” (PEREIRA, 2005, p.162).

Ambas as teorias não estão isentas de críticas, mas dados os limites do presente trabalho, é mister destacar o papel preponderante da teoria externa, sobretudo nos denominados *hard cases*, em que se faz necessária um juízo de ponderação.

Daniel Sarmento relembra que nos casos difíceis o intérprete que optar pela teoria interna fará, antes, uma ponderação camuflada ou escamoteada, para depois expor um conteúdo verdadeiro do direito delimitado. Adotar a teoria externa nos casos difíceis resulta em maior transparência do raciocínio jurídico do intérprete (2010, p. 259).

Dentro desse prisma é que analisará, no tópico seguinte, o confronto entre dois direitos fundamentais, a saber: a dignidade da pessoa humana e o direito de propriedade, sendo ambos no contexto de violência doméstica.

Far-se-á um exame de proporcionalidade no conflito existente entre tais direitos e o caminho a ser seguido pelo operador do direito.

2. A dignidade da pessoa humana e o direito de propriedade

O direito à propriedade foi alçado, pela Constituição Federal, como um direito individual (art. 5º, inciso XXII), constituindo, assim, cláusula pétrea, nos moldes do inciso IV do § 4º do art. 60 do Texto Maior. É dizer, faz parte do denominado “núcleo duro”, impassível de alteração – apenas aprimoramentos, nunca supressão –, inclusive via Emendas Constitucionais, obra do Poder constituinte derivado reformador.

Constitui previsão que corrobora o que já existia no âmbito do Sistema Global (Onusiano), consoante se infere do art. 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: *“1. Toda a pessoa, individual ou coletiva, tem direito à propriedade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade.”*

Não se trata, contudo, de um direito absoluto, que pode ser imposto a terceiros, inclusive ao Estado, sem exceções ou balizas. Da própria Constituição Federal se extrai que *“a propriedade atenderá a sua função social”* (art. 5º, inciso XXIII), cujo descumprimento poderá, a título exemplificativo, levar à desapropriação-sanção pelo Município, com pagamentos em títulos da dívida pública (art. 182, § 4º, inciso III), ou pela União, mediante títulos da dívida agrária, destinando o bem imóvel à reforma agrária (art. 184).

E essa função social, como vetor interpretativo ao uso adequado do direito da propriedade, além de inserido como um dos princípios da ordem econômica nacional (art. 170, inciso III, da CF), também norteou a regramento infraconstitucional da matéria, a teor do § 1º do art. 1.228 do Código Civil, a saber:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º **O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais** e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Como se sabe, dentro da linha principiológica do atual Código Civil, está a socialidade, em que se procura superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra *nós*, em detrimento da palavra *eu* (Tartuce, 2020).

Para Luiz Edson Fachin (1988), a função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista.

Assim, o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social revela o imprescindível, uma expressão natural de necessidade.

Para Anderson Schreiber (2020, p. 1.022):

“A crise de legitimação da propriedade privada e o movimento solidarista evidenciaram a necessidade de tutelar, com o instituto da propriedade, não apenas os interesses individuais e patrimoniais do proprietário, mas também interesses supraindividuais, de caráter extrapatrimonial, como a preservação do meio ambiente sadio e equilibrado, o bem-estar dos trabalhadores. O irresponsável exercício do domínio cede passagem a uma concepção de propriedade guiada pela sua utilidade social. Assim, ao contrário do que sugere nosso Código Civil ao preservar o conceito puramente estrutural de propriedade no *caput* do art. 1.228, qualquer conceituação da propriedade hoje não pode partir senão da sua função social.”

A dinâmica social passou a revelar, na prática, que não apenas a função social deveria nortear o uso da propriedade privada. Outros valores fundamentais também passaram a orientar esse direito, notadamente quando se está em jogo interesses/direitos de terceiros, como é o caso da proteção à dignidade da pessoa humana.

É certo que o proprietário possui a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, conforme estabelece o art. 1.228 do Código Civil. Ademais, é possível que, em caso de condomínio, onde há o uso exclusivo do bem por um dos condôminos, o que está desapossado do imóvel pleiteie o pagamento de “aluguel” correspondente à sua fração.

Trata-se de uma decorrência do direito de propriedade, a qual exsurge da impossibilidade física de utilização conjunta do bem. Aplica-se, à hipótese, a inteligência

do art. 1.319 do Código Civil, cujo teor reputa-se oportuno transcrever: *“Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou”*.

A questão ganha contornos diversos quando o condomínio é titularizado por cônjuges, ainda que em vias de separação, diante da impossibilidade de convivência marital num determinado imóvel.

Nesses casos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que *“Mesmo nas hipóteses em que ainda não concretizada a partilha do patrimônio, é permitido a um dos ex-cônjuges exigir do outro, a título de indenização, a parcela correspondente à metade da renda de um aluguel presumido, se houver a posse, uso e fruição exclusiva do imóvel por um deles”* (REsp n. 1.375.271).

Ainda, a Corte Superior de Justiça explicitou a compreensão de que os locatícios, nessas hipóteses, somente passam a ser devidos após a ciência daquele que ocupa o bem de forma exclusiva de que o outro não mais concorda com a moradia sem contraprestação; do contrário, o que se tem é uma espécie de comodato gratuito (AgInt no REsp n. 1.782.828, Min. Luis Felipe Salomão).

Entretanto, uma nova nuance passou a ser enfrentada e que diz respeito ao fato de que, em não raras vezes, a ruptura matrimonial se dá no contexto de violência doméstica, impondo-se ao agressor medida protetiva de afastamento do lar conjugal para preservação da integridade física, psíquica e moral da mulher.

Nestes termos, o art. 22 da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha – prevê que, uma vez constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, dentre outras, a medida protetiva de urgência consistente em determinar ao agressor o *“afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida”* (inciso II).

Constitui relevante ferramenta que consolida, na prática, o preceito esculpido no § 8º do art. 226 da Constituição Federal³⁶⁶, sem olvidar os mandamentos igualmente insertos na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

³⁶⁶ O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

E não poderia ser diferente, uma vez que, segundo dados divulgados pela Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), considerando números apenas do primeiro semestre de 2022, houve registro junto à Central de Atendimento de 31.398 denúncias e de 169.676 violações envolvendo a violência doméstica contra as mulheres.

Fixado esse panorama, a questão a ser respondida é: o direito à propriedade, como direito individual constitucional, pode se sobrepôr à proteção da mulher no contexto de violência doméstica? Ainda, em caso de afastamento do lar conjugal em razão de medida protetiva, poderia o agressor/coproprietário postular o pagamento de aluguel em face da vítima/coproprietária, conforme regência dos arts. 1.228 e 1.319, ambos do Código Civil? A resposta é negativa para ambas,

Isso porque, em primeiro lugar, estão em conflitos dois valores de envergadura igualmente constitucionais, a saber, o direito de propriedade e a dignidade da pessoa humana, devendo haver a prevalência deste último.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), se sobrepõe como vetor inegociável (“superprincípio” ou “princípio dos princípios”), a partir do qual se estabelece todo ordenamento jurídico, mormente quando em conflito questão meramente patrimonial (direito à propriedade) e a integridade física/psíquica.

Nesse sentido, também, o art. 8º do CPC acrescenta que *“Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”*.

Com a dignidade da pessoa humana há a valorização do ser como um dos objetivos centrais da República Federativa do Brasil, que não pode ser desconsiderado na questão proposta.

Ademais, seria um contrassenso determinar o afastamento do agressor do lar conjugal, mas beneficiá-lo com o pagamento de aluguel decorrente de sua copropriedade, impondo à vítima, em situação de vulnerabilidade, o ônus de tal adimplemento.

Não se pode olvidar que a vítima, em situação extrema que enseja a imposição de medida protetiva, necessita de novo arranjo familiar para custear despesas que outrora partilhava com o cônjuge. Há, em diversos casos, inequívocas dificuldades financeiras da mulher, agravada pelo abalo decorrente da violência sofrida.

Assim, a determinação de pagamento de aluguel, nesses casos, poderia acarretar inclusive desestímulo a denúncias de violência doméstica, já que a vítima, de antemão, vislumbraria a possibilidade de arcar com novas despesas não querida.

Constituiria, com isso, uma proteção ineficiente, desprovida de efetivação prática, a contrariar o próprio espírito que motivou a promulgação da Lei nº 11.340/06.

Igual entendimento foi exposto pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp. nº 1.966.556, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze. Na oportunidade, ressaltou-se que a imposição de medida protetiva de urgência com o objetivo de cessar a prática de violência doméstica e familiar, resultando no afastamento do agressor do lar, constitui motivo legítimo para que se restrinja o seu direito de propriedade sobre o imóvel comum, não havendo falar em enriquecimento sem causa.

Nas palavras do relator, *“O direito de propriedade do recorrente não está sendo inviabilizado, mas apenas restringido, uma vez que apenas o seu domínio útil, consistente no uso e gozo da coisa, foi limitado, sendo preservada a nua propriedade”*.

Colhe-se da ementa:

RECURSO ESPECIAL. CÍVEL. IMÓVEL EM CONDOMÍNIO. POSSE DIRETA E EXCLUSIVA EXERCIDA POR UM DOS CONDÔMINOS. PRIVAÇÃO DE USO E GOZO DO BEM POR COPROPRIETÁRIO EM VIRTUDE DE MEDIDA PROTETIVA CONTRA ELE DECRETADA. ARBITRAMENTO DE ALUGUEL PELO USO EXCLUSIVO DA COISA PELA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. DESCABIMENTO. DESPROPORCIONALIDADE CONSTATADA E INEXISTÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior, alicerçada no art. 1.319 do Código Civil de 2002 (equivalente ao art. 627 do revogado Código Civil de 1916), assenta que a utilização ou a fruição da coisa comum indivisa com exclusividade por um dos coproprietários, impedindo o exercício de quaisquer dos atributos da propriedade pelos demais consortes, enseja o pagamento de indenização àqueles que foram privados do regular domínio sobre o bem, tal como o recebimento de aluguéis. Precedentes. **3. Contudo, impor à vítima de violência doméstica e familiar obrigação pecuniária consistente em locativo pelo uso exclusivo e integral do bem comum, na dicção do art. 1.319 do CC/2002,**

constituiria proteção insuficiente aos direitos constitucionais da dignidade humana e da igualdade, além de ir contra um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro de promoção do bem de todos sem preconceito de sexo, sobretudo porque serviria de desestímulo a que a mulher buscasse o amparo do Estado para rechaçar a violência contra ela praticada, como assegura a Constituição Federal em seu art. 226, § 8º, a revelar a desproporcionalidade da pretensão indenizatória em tal caso. 4.(...) 5. Outrossim, a imposição judicial de uma medida protetiva de urgência - que procure cessar a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher e implique o afastamento do agressor do seu lar - constitui motivo legítimo a que se limite o domínio deste sobre o imóvel utilizado como moradia conjuntamente com a vítima, não se evidenciando, assim, eventual enriquecimento sem causa, que legitimasse o arbitramento de aluguel como forma de indenização pela privação do direito de propriedade do agressor. 6. Portanto, afigura-se descabido o arbitramento de aluguel, com base no disposto no art. 1.319 do CC/2002, em desfavor da coproprietária vítima de violência doméstica, que, em razão de medida protetiva de urgência decretada judicialmente, detém o uso e gozo exclusivo do imóvel de cotitularidade do agressor, seja pela desproporcionalidade constatada em cotejo com o art. 226, § 8º, da CF/1988, seja pela ausência de enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002). Na hipótese, o Tribunal de origem decidiu em consonância com a referida tese, inexistindo, assim, reparo a ser realizado no acórdão recorrido. 7. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 1.966.556/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 17/2/2022) (grifou-se)

Diante do exposto, em situação de violência doméstica, havendo conflito entre o direito de propriedade do agressor e a dignidade da mulher vítima, e também coproprietária de determinado imóvel, deve-se afastar o direito daquele à percepção momentânea de aluguel, sob pena de proteção deficiente, contrariando o texto constitucional e os compromissos internacionais assumidos pelo Estado.

3. Conclusão

O presente trabalho visou apresentar, inicialmente, um panorama a respeito da evolução dos direitos humanos, sua imprescindibilidade à vida das pessoas, sem prejuízo

da demonstração de que não existem direitos absolutos, podendo sofrer limitações decorrentes do caso concreto.

Ainda, demonstrou-se, sem maiores incursões críticas, a existência das teorias limitadoras dos direitos humanos – ou direitos fundamentais –, denominadas internas e externas, com prevalência da última por utilizar critérios de ponderação em um procedimento bifásico.

Por fim, ainda que sem utilizar expressamente as mencionadas teorias limitadoras, observou-se que, no contexto do conflito entre a dignidade da pessoa humana e o direito de propriedade, dentro do contexto de violência doméstica, tem-se inclinado à proteção do primeiro quando se busca proteger a incolumidade física e psicológica da mulher vítima.

Os direitos humanos, portanto, não são apenas precursores de obrigações prestacionais, mas também servem como balizas protetivas em favor de quem necessita de maior proteção, como é o caso da mulher no contexto de violência doméstica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRE, Dalmo Dalari. Direitos Humanos e Cidadania. 2º ed., – São Paulo: Moderna, 2004.

Brasil. Constituição (1988) **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 270.730. Recorrente: Denise Camargo Serra. Recorrido: Ricardo Serra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/505975858/inteiro-teor-505975877>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Interno no Recurso Especial n. 1.782.828**. Recorrente: B.G.J. Recorrido: A. L. C. De Q. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 29 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859908847/inteiro-teor-859908857>>.

Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022. **Governo Federal**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil->

denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar. Acesso em 29 dezembro de 2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.966.556. Recorrente: Eduardo Muniz Andrade. Recorrido: Ana Lucia Muniz Andrade. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudência/stj/1384358795/inteiro-teor-1384358985>>.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Fachin, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19/20.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Tartuce, Flávio. Manual de Direito Civil.– 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 99.

Ramos, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018

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

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OZAI, Ivan. A Artificialidade da Dicotomia entre Teoria Externa e Teoria Interna: A Teoria Externa é Autossuficiente à Solução de Conflitos entre Direitos Fundamentais?. Revista de Direito Público Contemporâneo, Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal de Rural do Rio de Janeiro do Brasil, a. 4, v. 1, n. 2, p. 111, julho/dezembro, 2020.

PROTEÇÃO SOCIAL NÃO CONTRIBUTIVA: UMA ANÁLISE DO AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DO BPC FRENTE AOS CRITÉRIOS DA LEI 8.742/93

GEYSA PEREIRA LIMA: Técnica em Administração pelo Instituto Federal de Ciência e Tecnologia do Tocantins Campus - Porto Nacional e graduanda do curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins.³⁶⁷

LUCIMARA ANDREIA MOREIRA RADDATZ³⁶⁸

(coautora)

RESUMO: Este estudo visa analisar o aumento da judicialização do Benefício de Prestação Continuada (BPC) frente aos critérios mantidos pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) de nº 8.742/93. O objetivo é esclarecer as principais razões por trás do aumento da judicialização do benefício e avaliar se tais critérios são adequados e suficientes para garantir a proteção social de idosos com 65 anos ou mais e pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade social. A pesquisa utilizou uma ampla revisão bibliográfica e adotou uma abordagem quantitativa/qualitativa exploratória e explicativa, considerando a própria Lei 8.742/93, a Constituição de 1988 e demais legislações, análise jurisprudencial e de dados estatísticos, súmulas, doutrinas e artigos científicos relacionados ao tema. Além disso, o estudo também destaca possíveis falhas na legislação, implementação de políticas públicas e na interpretação desses critérios pela autarquia responsável por conceder o benefício. Os resultados revelam que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) além de figurar na posição de maior litigante no polo passivo, sendo o BPC um dos assuntos mais demandados, segue rigidamente os critérios da lei em relação a renda e incapacidade, enquanto o judiciário tende a adotar uma interpretação mais ampla flexibilizando os critérios da concessão à benesse assistencial.

Palavras-chaves: Judicialização. Critérios. Benefício de Prestação Continuada (BPC). Proteção Social.

³⁶⁷ E-mail: geysa.lima@mail.uft.edu.br

³⁶⁸ Orientadora: Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Especialista em Seguridade Social. Especialista em Gestão Pública. Professora Adjunta no Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Servidora Efetiva do Estado do Tocantins. E-mail: lucimamaraddatz@gmail.com

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONTEXTO HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. 2.1 A assistência social no Brasil. 2.2 Principais unidades de atendimento, programas e benefícios da assistência social. 3 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) DEFINIÇÃO E DIRETRIZES. 3.1 O papel do INSS no custeio da proteção social não contributiva. 3.2 A Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS de N° 8.742/93 e seus critérios objetivos e subjetivos. 3.2.1 O critério de miserabilidade frente às discussões de sua inconstitucionalidade. 4 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E SUA CRESCENTE DEMANDA À INSTÂNCIA JUDICIAL. 4.1 Principais motivos de indeferimento do BPC na via administrativa. 4.2 A judicialização como resultado das interpretações adotadas na esfera administrativa. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A proteção social, implica que em situações de extrema necessidade, a família seja a primeira linha de apoio, mas se isso não funcionar, cabe ao Estado o dever de cuidar dos mais vulneráveis, incluindo idosos e pessoas com deficiência. Esse direito fundamental à proteção social, é consagrado na Constituição Federal de 1988, e somente com a criação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) em 1993, que a concessão de benefícios assistências como o Benefício de Prestação Continuada (BPC), no valor de um salário mínimo, independentemente de contribuição, foi regulamentada como uma das formas de efetivar as políticas sociais do Estado.

Diante disso, o estudo aborda a importância dessa proteção social, destinada a idosos e pessoas com deficiência, destacando o papel da LOAS na regulamentação do BPC, justificando-se na complexidade da interseção entre direitos sociais, políticas públicas e a interpretação da Lei 8.742/93, que estabelece critérios específicos para a concessão do benefício, à exemplo da renda per capita familiar e do grau de incapacidade. A pesquisa se concentra, na análise do aumento da judicialização do BPC em relação a esses critérios firmados pela LOAS para conceder o benefício, explorando a aplicação prática de cada um destes.

A judicialização pode indicar falhas na legislação, na implementação de políticas públicas ou na interpretação dos critérios pelo órgão responsável pela concessão do benefício. Nesse ínterim, o estudo examina se esses critérios são adequados e suficientes para garantir a proteção social de idosos e pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade social, visto que, o BPC figura em 5º lugar no ranking de assuntos mais demandados nos Juizados Especiais Federais.

O método de pesquisa adotado, combina dados qualitativos e quantitativos, exploratórios e expositivos, fundamentando-se em legislações, especificamente na Lei 8.742/93, relatórios que reúnem dados estatísticos de decisões administrativas e judiciais,

jurisprudências, doutrinas, súmulas e artigos científicos relacionados ao tema. Utilizando-se de dados do INSS, CNJ, TCU e CGU, é possível examinar os padrões de aprovação e rejeição de benefícios, bem como aqueles concedidos por meio de decisões judiciais, fornecendo informações iniciais sobre as razões por trás da judicialização do BPC. Com o objetivo, de contribuir para o entendimento do direito constitucional à seguridade social, com enfoque na assistência social, e no acesso ao Benefício de Prestação Continuada, intenta-se responder ao seguinte questionamento: Quais critérios previstos na LOAS possuem maior influência no aumento da judicialização do BPC?

Para obter a resposta dessa indagação, o presente estudo está dividido em três seções. Logo após a introdução, será abordado o contexto histórico da assistência social. A segunda seção, abordará a definição e diretrizes pertinentes ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) e seus critérios objetivos e subjetivos, enquanto a terceira, tratar-se-á da judicialização do benefício. Este artigo, visa agregar conhecimentos à comunidade acadêmica e a sociedade em geral, e a partir de tal questionamento, evidenciar a existência de questões pertinentes como essas, que por se tratar de uma temática complexa envolvendo direitos sociais, gera à comunidade o interesse de buscar a resolução desses impasses.

2.CONTEXTO HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A seguridade social, firmada como um direito de segunda geração, é um conjunto de ações e diretrizes estabelecidas pelo Estado e pela sociedade para garantir o acesso da população aos direitos sociais, com o objetivo de proteger aqueles em situação de vulnerabilidade e proporcionar uma vida digna. Tal definição, possui fundamento nos direitos humanos e no princípio da dignidade da pessoa humana, e surgem como resposta a demandas sociais. Para o Jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Roberto Barroso (2013), a dignidade da pessoa humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.

Desde os tempos remotos, a necessidade de proteção social está presente na sociedade. Conforme dispõe Ribeiro (2022), na Grécia e Roma antiga, já existiam registros dos primeiros esforços nesse sentido, onde os juízes determinavam a cobrança de um imposto de caridade aos contribuintes, e os recursos arrecadados eram distribuídos entre os distritos com o propósito de ajudar a população carente. Um marco histórico e notável na evolução das políticas sociais, foi a promulgação da Lei dos Pobres na Inglaterra, em 1601, durante o reinado da rainha Elizabeth I.

Essa lei foi estabelecida para lidar com questões sociais e tinha como objetivo principal aliviar a pobreza e combater a mendicância. Mesmo apresentando dualidades, foi fundamental para preceder estatutos e normas para o estabelecimento de subsídios, recursos e assistências para pessoas carentes. Assim como o Plano de *Beveridge*³⁶⁹, já em 1942 na Inglaterra, após impactos da Segunda Guerra Mundial, sendo considerado como o primeiro plano de seguridade social que consolida o Estado de bem-Estar social (*Welfare State*) e coloca a seguridade social como um objeto de política pública. (Ribeiro, 2022).

2.1 A assistência social no Brasil

Para chegarmos ao atual cenário, torna-se relevante sabermos que a inauguração e fomento da assistência social no Brasil, trilhou passos largos. O Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos, Benigno Núñez Novo, destaca que:

No Brasil, o Estado Social tem sua origem na Era Vargas. Entre 1937 até 1945, Vargas criou um programa chamado pelos seus adversários populista, pois os direitos dos trabalhadores passaram a ser amparados pela lei. Foi implementada também, pela primeira vez no Brasil, uma visão dos direitos sociais das classes menos favorecidas. Já o Estado Social e democrático demorou mais. Marcado por ditaduras, o Estado brasileiro teve dois momentos democráticos mais longos entre 1945 e 1964 e o atual, consagrado a partir da Constituição de 1988. (Núñez, 2022, p. 3).

Em consonância a isso, com o disposto no art. 203 da Carta Magna de 1988, temos a instituição e promoção da assistência social no Brasil, sendo esta, prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, com os objetivos de proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; apoiar crianças e adolescentes carentes; promover a integração no mercado de trabalho; habilitar e reabilitar pessoas com deficiência e integrá-las na comunidade; garantir um salário mínimo mensal a pessoas com deficiência e idosos que não podem prover sua própria subsistência; e reduzir a vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou extrema pobreza.

Dentro deste enquadramento constitucional, percebe-se que tais garantias sociais abrangem não só a um grupo determinado de pessoas, mas a quem delas possam vir a necessitar, conforme dispõe a própria Lei Maior. Nesse sentido, aduz a doutrinadora Marisa Ferreira dos Santos em seu Manual de Direito Previdenciário que "a evolução

³⁶⁹ Em 1941 o economista inglês William Henry BEVERIDGE instituiu um plano de proteção social de caráter universal, este plano não atendia apenas aos trabalhadores, mas a toda a sociedade.

socioeconômica faz com que as desigualdades se acentuem entre os membros da mesma comunidade e da comunidade internacional. A pobreza não é um problema apenas individual, mas, sim, social." (Santos, 2022, p.46). Decerto, as condições de opulência em face da miserabilidade que testemunhamos atualmente, são resultado de um longo processo de desenvolvimento socioeconômico, no qual vastas fortunas foram concentradas nas mãos de poucos, enquanto grandes segmentos da população foram marginalizados e excluídos da sociedade.

2.2 Principais unidades de atendimento, programas e benefícios da assistência social

Deliberado em 2003, criado em 2005 e instituído como lei em 2011, o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) é o modelo de gestão utilizado no Brasil para operacionalizar as ações de assistência social. Conforme a cartilha criada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), o SUAS representa uma forma de organizar e gerir a assistência social brasileira. Planejado e executado pela União, Distrito Federal, estados e municípios, em estreita parceria com a sociedade civil, visa garantir a assistência social devida a milhões de brasileiros, em todas as faixas etárias. (MDS, 2009).

Em geral, a assistência social no Brasil busca trabalhar em orientações; ofertas de benefícios; projetos e programas, atuando no Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) e no Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) ou com a participação de instituições e organizações do terceiro setor. Tais ações procuram mitigar e superar situações de risco já estabelecidas, prevenir a inserção de vulnerabilidades e articular intersetorialmente a promoção de direitos. (Malucelli, Neto, 2018). Nos CRAS, o foco está em identificar e compreender famílias em situação de vulnerabilidade, analisando as razões por trás de sua fragilidade, antes que ocorra a quebra de seus vínculos. Por outro lado, o CREAS intervém quando esse rompimento já se concretizou.

Quanto às modalidades de transferência de renda e outros programas de ação direta, destacam-se o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) o Benefício de Prestação Continuada (BPC) da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e o Programa Bolsa Família (PBF) - que transferem renda respeitadas as condicionalidades e as ações de distribuição, pelo próprio caráter de urgência relacionado ao alívio imediato da pobreza que demandam aqueles que as procuram.

3. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) DEFINIÇÃO E DIRETRIZES.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), também conhecido por Amparo Social, ou popularmente como LOAS, foi estabelecido através de uma Emenda Popular e ganhou

forma na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 203 e 204. O BPC está inserido na política de Assistência Social, que compõe a Seguridade Social no Brasil, juntamente com a Saúde e com a Previdência social, cada uma delas, regulamentadas por leis distintas, sendo o BPC regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS de nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 e pelo Decreto nº 6.214 de 2007.

A Lei Orgânica da Assistência Social, tem como objetivo principal oferecer suporte às famílias em todas as fases da vida, abrangendo a infância, adolescência e terceira idade, tendo como propósito, assegurar o bem-estar coletivo dos indivíduos, sem qualquer tipo de discriminação. O artigo 20, caput, da LOAS (Lei nº 8.742 de 1993) estabelece que o Benefício de Prestação Continuada, é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Define ainda, em seu §1º a composição familiar para a concessão do benefício, ao qual poderá compor o requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Já no §2º, o artigo prevê as condições de deficiência que o qualificam. Para obter o Benefício de Prestação Continuada, uma pessoa com deficiência deve ter um impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que, em interação com uma ou mais barreiras, pode impedir ou dificultar sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Neste viés, o amparo social em questão, é um benefício oferecido pelo Estado, sem a necessidade de contribuições anteriores, com a finalidade de garantir as condições básicas de subsistência para indivíduos em situação de vulnerabilidade social. Assim, reforça-se a ideia de que essa política integra o conjunto de direitos sociais previstos na Carta Magna, que devem ser realizados por esforços coletivos da sociedade, ao mesmo passo, que a primordial responsabilidade do Estado em fornecer cobertura adequada seja mantida. Isso visa, combater os obstáculos que impedem uma existência digna na sociedade.

3.1 O papel do INSS no custeio da proteção social não contributiva

O benefício é financiado através da Seguridade Social, com recursos provenientes de contribuições sociais e orçamentos dos entes federados, direcionados para o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) é responsável pela gestão, coordenação e financiamento do benefício, em colaboração com as representações estaduais e municipais da Assistência Social, de acordo

com o princípio de descentralização político-administrativa da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), apesar de ser uma autarquia previdenciária vinculada ao Ministério da Previdência Social, é encarregado de operacionalizar o benefício, recebendo os requerimentos e analisando cada caso. Dentre os procedimentos, compete ao INSS a concessão, revisão, suspensão ou cessação do benefício de acordo com o averiguado. Segundo descreve Ibrahim (2015, p. 17), "tecnicamente, não se trata de benefício previdenciário, embora sua concessão e administração sejam feitas pelo próprio INSS, em razão do princípio da eficiência administrativa."

Neste sentido, mesmo sendo um benefício gerenciado pelo INSS, uma Autarquia Federal, esclarece Leitão (2016, p. 855):

Apesar de ser um benefício da assistência social e, conseqüentemente, ser concedido independentemente de contribuição, o benefício assistencial de prestação continuada é concedido e fiscalizado pela Autarquia Previdenciária (Instituto Nacional do Seguro Social – INSS). Essa delegação justifica-se por economia e eficiência, afinal o INSS, além de contar com estrutura de abrangência nacional (agências espalhadas em todo o território nacional), tem acesso a uma base de dados necessária para a apuração do direito ao benefício assistencial (CNIS, sistema que viabiliza pesquisa sobre a renda dos interessados e de seus familiares).

Todo o procedimento administrativo de operacionalização do BPC, tramita no INSS conforme dispõe o art. 39 do Decreto n. 6.214/2007. Além disso, o INSS é a única parte legitimada em demandas judiciais relacionadas aos benefícios assistenciais para atuar nas contestações, desenvolver ações necessárias ao ressarcimento do benefício e participar de seu monitoramento e avaliação.

3.2 A Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS de nº 8.742/93 e seus critérios objetivos e subjetivos

É essencial, aqui detalharmos as principais características do BPC. De maneira resumida, pode-se destacar alguns pontos relevantes trazidos com base na LOAS. O Benefício de Prestação Continuada é individual, contínuo, não vitalício e intransferível, sem direito a pensão ou abono anual de 13º salário. Indígenas, pessoas em situação de rua e

brasileiros naturalizados domiciliados no Brasil, sem amparo de outros sistemas previdenciários, também podem solicitar o benefício.

Aqueles acolhidos em instituições de longa permanência, públicas ou filantrópicas privadas, ainda têm direito ao benefício (art. 20, § 5º, LOAS). Não pode ser acumulado com outros benefícios da Previdência Social ou regimes previdenciários, exceto assistência médica e pensão especial de natureza indenizatória (art. 20, § 4º, LOAS).

No que tange aos critérios objetivos da LOAS, Gaio (2023) destaca, que a redação da lei é bem clara ao designar o benefício aos idosos e deficientes que não possuem meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família, o que perpassa pela ideia de vulnerabilidade dos potenciais usuários desse benefício. O decreto regulamentador do BPC (decreto nº 6.214 de 2007), informa em seu art. 12, caput, que “São requisitos para a concessão, a manutenção e a revisão do benefício as inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF e no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico.”

O principal critério objetivo utilizado é a hipossuficiência. No parágrafo terceiro do artigo vigésimo da LOAS, é estabelecido o critério de renda, o qual estipula que observados os demais critérios de elegibilidade definidos na Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput do artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Além da análise da renda, as pessoas com deficiência estão sujeitas a uma avaliação da incapacidade e do grau de limitação. O §6º do art. 20 da LOAS, aduz que a concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), e se identificada tal incapacidade, esta deverá respeitar o § 10, que considera impedimento de longo prazo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Não se confundindo, porém, os termos doença e incapacidade, que por sua vez possuem distinção, pois a doença não leva necessariamente à incapacidade. No que se refere aos critérios subjetivos, conforme discutido por Santos (2022, p. 54) “O direito subjetivo às prestações de seguridade social depende do preenchimento de requisitos específicos [...] O direito subjetivo às prestações de assistência social, dado a quem dela necessitar, na forma da lei, também independe de contribuição para o custeio”. O critério subjetivo, caminha com o princípio da dignidade da pessoa humana, destacando a importância de garantir que a pessoa que solicita o benefício possa levar uma vida que atenda ao mínimo necessário sem violar o referido princípio constitucional.

Com relação ao BPC, temos critérios subjetivos, por exemplo, os que correspondem a faixa etária, como ser pessoa idosa com 65 anos ou mais (a idade é a mesma para homens e mulheres) ou pessoa com deficiência, de qualquer idade. Ao comprovar a idade ou deficiência (requisito subjetivo) é preciso comprovar que não possui meios para se sustentar ou ser sustentado pela família (requisito objetivo de baixa renda) e ainda nos casos de BPC/deficiente é importante se atentar que a incapacidade deve ser por prazo superior a 2 anos. (Lemos, 2023).

Os critérios subjetivos, não são alvo de tantas discussões como o requisito objetivo de hipossuficiência, também conhecido como critério de miserabilidade que se baseia pela presunção absoluta de miserabilidade (um critério objetivo) em distinção ao estado de miserabilidade (um critério subjetivo). Esses critérios, são relevantes para estabelecer um filtro e controle dos benefícios, embora haja casos de arbitrariedade, em que mesmo com um questionário padrão e respostas semelhantes, algumas pessoas obtêm a concessão administrativa do benefício, enquanto outras não.

3.2.1 O critério de miserabilidade frente às discussões de sua inconstitucionalidade

O BPC, como uma forma de proteção social não contributiva, desempenha um papel recomendável na promoção da inclusão social e na redução das desigualdades no país, no entanto, apesar de sua importância, o BPC tem sido alvo de uma série de questionamentos judiciais, que alegam a inadequação dos critérios objetivos da Lei 8.742/93 para a concessão do benefício, além de que, nos últimos anos, tem havido um aumento significativo no número de demandas judiciais relacionadas ao acesso e à manutenção desse amparo, sendo o critério de renda um dos principais motivos de divergências desde a promulgação da LOAS persistindo até os dias de hoje. Consoante a isso:

Nesse critério, recoloca-se, no corpo da lei, o dilema de a área ser restritiva, particularista, ou ser do campo da provisão social, de caráter universal. O critério de pobreza remete para o sentido *stricto sensu*, onde a pobreza absoluta acaba prevalecendo. [...]. Se considerarmos a possibilidade de o salário mínimo prover o sustento de quatro pessoas, teremos que esse critério de elegibilidade [renda *per capita* inferior ao salário mínimo] “inovou em matéria de retrocesso político. Nunca, no Brasil uma linha de pobreza foi tão achatada, a ponto de ficarem acima dessa linha cidadãos em situação de pobreza crítica” (Pereira, 1998, apud Couto, 2006, p. 176).

Todavia, em 18 de abril de 2013, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 (que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal per capita inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo), por considerar que tal critério está defasado para caracterizar a situação de hipossuficiência, devendo ser analisado o caso concreto.

A posição consolidada, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que esse dispositivo legal cria uma presunção absoluta de miserabilidade quando a renda familiar é menor do que $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo. Em outro caso, quando a renda familiar per capita excede esse limite, a miserabilidade deve ser comprovada mediante qualquer meio de prova admitido em conformidade com a lei. O entendimento jurisprudencial pacificado em Tema Repetitivo de número 185 do STJ, firma a tese de que:

A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Instrução reiterada no veredicto do REsp 1.112.557/MG, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).[...](AgRg no REsp 1514461/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 24/05/2016.

Da mesma forma, é relevante mencionar o Recurso Repetitivo relacionado ao Tema 640 do STJ, que aborda a questão da renda per capita e a possibilidade de que outros membros do mesmo grupo familiar recebam o benefício assistencial, devido à condição de vulnerabilidade destes, aplicando por analogia, uma interpretação extensiva para fins de concessão do benefício por idade ou deficiência, o disposto no parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da LOAS.

Com relação ao grupo familiar, já definido anteriormente, o cálculo do INSS só deve incluir os integrantes mencionados no §1º do art. 20 e suas respectivas rendas para fins de BPC/LOAS, ou seja, os demais integrantes da "família", como avô ou avó, não entram nesse cálculo. (LEMOS, 2023).

Com essa diretriz, a avaliação da carência econômica do idoso ou do portador de deficiência, já não se baseia exclusivamente no critério objetivo da renda familiar per capita

inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo. Em vez disso, considera-se um conjunto de indicadores que reflitam o estado de miserabilidade, uma abordagem mais alinhada com a situação do Brasil e com os princípios constitucionais.

Nesse contexto, salienta-se também, que este é um indicador bastante convincente de que o critério de um quarto do salário-mínimo empregado pela LOAS está claramente desatualizado e inadequado. Apesar de estarem vigentes, novos critérios de análise da renda per capita, trazidos na Lei nº 14.176 de 22 de junho de 2021, que regulamentam parâmetros adicionais de caracterização da situação de miserabilidade e de vulnerabilidade social, e permite a realização do computo de gastos que comprometem o orçamento do grupo familiar, é crucial debatermos essa nova perspectiva sobre a condição de miserabilidade e como ela é aplicada hodiernamente, em cada situação específica.

4.0 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E SUA CRESCENTE DEMANDA À INSTÂNCIA JUDICIAL

O Judiciário desempenhou sua função de julgar com base na Constituição, garantindo que o BPC possa ser concedido de acordo com o que a Lei Maior estabelece, ou seja, como um direito social. A jurisprudência consolidada estabelece que o INSS é parte legítima em ações que buscam a concessão do BPC, não sendo obrigatória a participação da União como litisconsorte necessário. Nesse contexto, torna-se pertinente examinarmos alguns dados significativos relacionados ao aumento das ações judiciais em busca do benefício assistencial.

Conforme dados extraídos do Painel de Grandes Litigantes, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), temos que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) mantém a posição de maior litigante no polo passivo em âmbito geral, com um total de 2.225.255 (dois milhões duzentos e vinte e cinco mil duzentos e cinquenta e cinco) casos novos nos últimos 12 meses. Nesse passo, a diferença da quantidade total de casos novos em um ano em relação aos 12 meses anteriores foi de 611.469 (seiscentos e onze mil quatrocentos e sessenta e nove) casos. Conforme aborda o CNJ, no Relatório Analítico da Justiça em Números 2023 (ano-base 2022 e atualizado até 01/09/2023), no tópico que trata de assuntos mais recorrentes demandados no Judiciário:

Destaca-se, na Justiça Federal, o elevado quantitativo de processos de direito previdenciário, entre os quais o auxílio por incapacidade temporária é o subtema mais recorrente, seguido pela aposentadoria por incapacidade permanente, por idade ou por tempo de contribuição, que aparecem na listagem dos cinco maiores assuntos

do segmento. O outro assunto que aparece com relevância na Justiça Federal são ações de direito assistencial, que versam sobre benefício assistencial de pessoa com deficiência (art. 203, V, CF/88). (CNJ, 2023, p. 274). (grifo nosso)

Nesse ínterim, o CNJ elenca ainda, a relevância em observarmos o peso dos processos das ações previdências e assistenciais dos Juizados Especiais Federais (JEFs) no segmento de justiça, uma vez que os assuntos acabam por figurar entre os maiores no ranking geral. Padrão que se repete nas turmas recursais. O BPC à pessoa com deficiência, por exemplo, ocupa o 5º (quinto) lugar no ranking de assuntos mais demandados nos JEFs, com 716.391 (setecentos e dezesseis mil trezentos e noventa e um) casos, sendo que desse total 78.015 (setenta e oito mil e quinze) casos, estão tramitando nas Turmas Recursais Federais. (CNJ, 2023).

Por conseguinte, a Lista de Alto Risco da Administração Pública Federal do exercício de 2022, elaborada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), esboça alguns problemas identificados na Gestão de benefícios administrados pelo INSS. Acerca do BPC, o órgão expõe que o tempo para concessão do benefício ultrapassa mais de 200 dias, excedendo morosamente o prazo legal de 90 dias para análise do BPC, nos termos do acordo Judicial firmado nos autos do RE 1171152 - Tema 1066, do STF.

Outrossim, o TCU observou que em 2017, mais de 11% dos 34 milhões de benefícios pagos mensalmente pelo INSS foram concedidos por decisão judicial. Esses achados indicam deficiências na administração dos benefícios previdenciários e assistenciais, cujos gastos anuais chegam a cerca de R\$ 700 bilhões. Além disso, existe o risco de limitar os direitos dos segurados e beneficiários da previdência e assistência social, que somam mais de 100 milhões de pessoas. Nesse sentido, temos que:

A judicialização dos conflitos relativos aos benefícios concedidos pelo INSS tem custo operacional estimado em R\$ 4,7 bilhões. Esse valor corresponde a 24% do custo operacional total dos órgãos envolvidos. As fiscalizações apontaram como principais causas da judicialização: incentivos processuais à litigância; demora no processo administrativo; divergência de entendimento entre o Judiciário e INSS; defesa inadequada da União; problemas e lacunas na legislação; erro do INSS na análise administrativa do benefício; e falta de integração entre sistemas de informação do INSS, do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) e dos órgãos do Judiciário. (TCU, 2023, p. 2). (grifo nosso).

À vista disso, é indubitável que os dados confirmam o crescimento da judicialização do benefício assistencial, mas cabe aqui analisarmos quais as motivações para tantos litígios.

4.1 Principais motivos de indeferimento do BPC na via Administrativa

Em face das exposições anteriores, constata-se que a LOAS estabelece critérios para a concessão do BPC e a influência desses critérios podem ser analisados e correlacionados às principais razões para o aumento da judicialização do benefício assistencial. Com paráfrase ao autor Francisco (2018), mesmo os últimos anos, registrando relativos avanços no campo jurídico, os parâmetros e critérios utilizados pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS e pelo Poder Judiciário sempre estiveram permeados por polêmicas.

No dia 5 de julho de 2023, o Ministério da Previdência e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), lançaram o Portal da Transparência Previdenciária, com o intuito de manter o acesso às informações de requerimentos de benefícios previdenciários e assistenciais aos cidadãos, segurados, servidores e a imprensa, com dados fornecidos e atualizados a cada mês. E mediante as informações extraídas desta nova fonte, com dados atualizados dos três últimos meses de julho, agosto e setembro até 01/10/2023, é possível identificarmos os impulsos que ensejam a benesse assistencial ser frequentemente demandada no judiciário brasileiro.

Dentre os principais motivos de indeferimento, com relação ao Benefício Assistencial à Pessoa com Deficiência, ocupa em primeiro lugar a justificativa de que o requerente “Não atende ao critério de deficiência para acesso ao BPC-LOAS”, isso para os meses de agosto e setembro, já com relação ao mês de junho o motivo principal foi de “Deficiência de longo prazo não comprovada na perícia médica”. Nessa senda, os dados também apontam quanto ao Benefício Assistencial ao Idoso, que durante todo o levantamento trimestral, identificou a “Renda familiar mensal acima de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, por pessoa” como o principal motivo que levaram as decisões administrativas deste benefício serem negativas.

De um total de 463.568 (quatrocentos e sessenta e três mil quinhentos e sessenta e oito) requerimentos administrativos do INSS concedidos no mês de junho deste ano, apenas 9% corresponde aos destinados ao BPC à Pessoa com Deficiência e 7% destinadas ao BPC/Idoso. Já no mês de agosto, de 571.941 (quinhentos e setenta e um mil novecentos e quarenta e uma) concessões no geral, obteve-se apenas 8,3% para deficientes e 6,6% para idosos. Enquanto isso, o mês de setembro, com 561.385 (quinhentos e sessenta e um mil trezentos e oitenta e cinco) concessões gerais, lidera com a menor porcentagem de

benefícios assistenciais deferidos, sendo somente 7,7% desse total para deficientes e 6,0% para idosos. Nesse passo, Silva, analista do seguro social já lecionava que:

Se observadas a grande prevalência de BPCs para deficientes concedidos judicialmente, identifica-se uma especificidade das concessões judiciais, já que nos deferimentos realizados pelo INSS, o número de BPCs para deficientes é pouco maior do que os destinados ao idoso. Esse dado sugere que a legislação do BPC para pessoas com deficiência apresenta maior discricionariedade que a do idoso, dando margem a diferentes interpretações, o que acaba por acarretar maior número de lides judiciais. (Silva, 2012, p 568)

Os resultados da pesquisa demonstraram, que as razões primordiais que obstruem o acesso ao benefício na via administrativa, estão vinculadas à avaliação de natureza social, notadamente no que concerne ao critério de renda do núcleo familiar e o critério de deficiência. Silva aduz ainda, que em pesquisa que analisou processos judiciais que obtiveram resultado favorável ao impetrante, foram verificadas três tendências de correção judicial predominantes: 1ª. Intervenção judicial devido a erros administrativos na execução do Benefício de Prestação Continuada (BPC) nas agências do INSS, 2ª. Questionamento do conceito legal de deficiência no BPC e 3ª. Questionamento do critério de pobreza estabelecido na Lei Orgânica de Assistência Social (Loas). (Santos, 2009, p. 73, apud SILVA, 2012, p. 564).

Observados os achados da autora, pode-se destacar que ainda nos dias atuais, os principais motivos de indeferimento deste benefício continuam os mesmos. Durante a investigação, constatou-se que aspectos subjetivos não foram considerados no cálculo da renda familiar, levando, conseqüentemente, ao indeferimento das solicitações e, como resultado, à judicialização desses casos.

4.2 A judicialização como resultado das interpretações adotadas na esfera administrativa

Devido à burocracia, envolvida nos processos administrativos de requerimentos de Benefício de Prestação Continuada (BPC), observa-se uma alta incidência de judicialização dessas demandas, mesmo antes que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) emita uma resposta ao requerimento apresentado. Isso ocorre, devido à demora excessiva no atendimento, que equivale praticamente a uma negativa implícita do benefício. Essa situação é especialmente preocupante, uma vez que o atraso pode resultar em sérios prejuízos para os requerentes, já que o BPC é uma assistência de natureza alimentar.

Como resultado, o sistema judiciário fica sobrecarregado, causando ainda mais atrasos e colocando as pessoas que dependem desse benefício em uma situação de desamparo por longos períodos, inclusive com o adiamento das perícias necessárias. Segundo Ivo e Silva *apud* Costa e Pontes (2016), "o Poder Executivo não está assegurando a garantia do acesso da população idosa e deficiente em situação de pobreza ao BPC, sendo necessária a interferência do Poder Judiciário para a defesa dos direitos constitucionais".

A verdadeira função social do processo, deve estar alinhada com a concretização dos objetivos sociais e políticos de efetivar o direito material, equilibrando os valores de celeridade e segurança. O princípio constitucional da duração razoável do processo, estabelecido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, garante a todos, tanto no âmbito judicial quanto administrativo, o direito a um processo com duração razoável e meios que garantam a sua tramitação rápida. Portanto, não há dúvidas quanto à aplicabilidade desse princípio no âmbito administrativo, uma vez que, ele é igualmente estabelecido no texto constitucional para os processos judiciais. O Tribunal de Contas da União, esclarece que:

Em relação à judicialização dos benefícios do INSS, entre 2018 e 2021, o TCU apurou que, do total anual de R\$ 609 bilhões em despesas com benefícios previdenciários e assistenciais, R\$ 92 bilhões (15,1%) foram pagos por decisão judicial. O elevado nível de concessões judiciais gera desperdício de recursos, devido aos seguintes fatores: [...] custo mais elevado do processo judicial, que chega a ser quatro vezes mais caro do que o do processo administrativo; e custo mais elevado da perícia médica judicial. Na esfera estadual, é mais que o dobro do custo de uma perícia administrativa; na esfera federal, o custo é 1,6 maior. (TCU, 2023, p. 2). (grifo nosso).

Consoante a isso, com base em dados averiguados utilizando-se de filtros de espécie e despacho, no Painel de Benefícios Previdenciários que apresenta pagamentos e concessões de benefícios da previdência e da assistência social, disponibilizados pela Controladoria-Geral da União (CGU), temos que entre o período do mês de janeiro a junho do ano de 2023, em análise geral, cerca de 54.354 (cinquenta e quatro mil trezentos e cinquenta e quatro) BPCs foram concedidos em decorrência de ação judicial, sendo 7.990 (sete mil novecentos e noventa) concessões de amparo assistencial ao idoso e 46.364 (quarenta e seis mil trezentos e sessenta e quatro) concessões de amparo assistencial ao portador de deficiência.

Os motivos que levam a proteção social não contributiva, ter esse crescente número de concessões em âmbito judicial, concentra-se na forma em que tais demandas são apreciadas. O Poder Judiciário age com base no artigo 4º do Decreto-lei 4.657/1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que permite ao juiz decidir com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito quando a lei for lacunosa.

Essa atuação, é orientada pela premissa de que tanto o Estado quanto a sociedade têm a responsabilidade de assegurar tratamento igualitário para aqueles que necessitam acessar sistemas sociais voltados para os menos favorecidos. Enquanto o INSS segue o princípio da reserva legal, ao avaliar os pedidos do Benefício de Prestação Continuada (BPC) conforme o direito existente e suas regulamentações "na letra fria da lei", o Poder Judiciário adota uma interpretação mais abrangente do que a prevista na legislação, no que se refere à proteção dos interesses assistenciais.

Embora os poderes Legislativo e Executivo sejam responsáveis por criar e executar as leis, respectivamente, o Poder Judiciário desempenha um papel de controle constitucional, garantindo que essas leis não violem a Constituição. A interpretação conjunta ocorre por meio do diálogo entre esses poderes e, em certos casos, decisões do Poder Judiciário podem influenciar a mudança ou o aprimoramento das leis pelo Legislativo.

Portanto, a interpretação da Constituição é um processo colaborativo entre os três poderes, cada um cumprindo seu papel específico para garantir que as normas constitucionais sejam respeitadas e aplicadas adequadamente. Há inclusive, entendimento jurisprudencial, quanto as interpretações aplicadas pelos magistrados em esfera judicial, com relação a apreciação do benefício:

Quanto à condição de necessitado, sua aferição mais singela dá-se com a subsunção da renda familiar per capita a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, mas não é só, pois "poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade" (§ 11 do art.20 da Lei nº 8.742/1993), não estando o Judiciário limitado à literalidade do parâmetro legal objetivo, como já entendeu a jurisprudência do STF (Rel nº4.374/PE, j. 18/04/2013) e do STJ (REsp 1112557/MG, j. 28/10/2009). Ou seja, o parâmetro da renda per capita é meramente indicativo, estando o julgador livre para analisar as circunstâncias de cada caso concreto e concluir, de acordo com seu livre convencimento motivado, se a parte demandante efetivamente comprovou não possuir meios de garantir a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família,

somente assim tornando justificada a subsidiária prestação assistencial do Estado. E não há presunção absoluta de miserabilidade, mesmo para quem pleiteia benefício assistencial e ostenta renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo (TNU, PEDILEF nº PEDILEF nº 5000493-92.2014.4.04.7002, j. 14/04/2016). TRF1. PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. Benefício Assistencial (Art. 203, V CF .1000682-70.2020.4.01.4300. Órgão julgador 5ª Vara Federal de Execução Fiscal e Juizado Especial Cível da SJTO do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 26/05/2021. (grifo nosso).

Consoante a isso, a Súmula 80 da Turma Nacional de Uniformização (TNU), preconiza que:

Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.

No tocante aos critérios, que ocupam maior influência no aumento da judicialização do amparo social. Cabe aqui trazer à baila, que desde 2012, o ajuizamento do benefício tem sido impulsionado, em grande parte, pelos questionamentos sobre os critérios de renda e a definição de deficiência adotados pela política, tanto em ações coletivas quanto em processos individuais (Silva, 2012). Embora em 2013, o critério de renda tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) devido à sua excessiva restrição, a regra ainda permanece em vigor. O STF não definiu claramente os efeitos dessa decisão, instruindo apenas que a situação fosse analisada caso a caso pelos juízes, sem estabelecer um padrão definitivo. Isso resultou em uma notável lacuna legal preenchida por decisões judiciais casuísticas.

De todo modo, ao se tratar de um pedido judicial, compete ao magistrado examinar individualmente cada situação e avaliar o critério subjetivo de miserabilidade para aqueles que solicitam o Benefício de Prestação Continuada. Nesse contexto, o juiz tem a prerrogativa de flexibilizar a exigência de renda do grupo familiar, podendo aplicar o critério subjetivo avaliando as condições sociais do requerente, e em casos de deficiência, determinar a realização de perícias médicas por médicos especialistas, equidistante das

partes do processo e que possua confiança do referido juízo. Isso acaba por justificar o aumento da judicialização dos benefícios assistenciais, uma vez que, os tribunais parecem mais propensos a deferir as demandas dos requerentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo, foi discutir a importância da proteção social não contributiva para os grupos vulneráveis, como idosos e pessoas com deficiência, destacando o papel da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) na regulamentação do Benefício de Prestação Continuada (BPC), analisando os critérios estabelecidos nesta lei para a concessão do benefício, avaliando-os quanto a sua adequação e suficiência em garantir a proteção social e especialmente, elucidando as principais causas por trás do aumento da judicialização desse amparo assistencial.

As discussões realizadas, apontam para a relevância de rever os critérios utilizados pelo INSS na avaliação dos pedidos de BPC, pois os dados revelaram que os critérios de renda familiar per capita e o conceito de deficiência são os principais motivos para o indeferimento na via administrativa, e conseqüentemente, possuem maior influência no crescente número de ações judiciais do benefício, considerando as lacunas legislativas e as discrepâncias interpretativas que os permeiam.

A atuação do Poder Judiciário, evidenciou uma interpretação mais ampla dos critérios, permitindo uma análise subjetiva da miserabilidade e uma flexibilização da exigência de renda familiar. Em teoria, os litígios podem ser evitados nos casos em que a legislação tenha acompanhado a interpretação jurisprudencial, no entanto, no caso do BPC as controvérsias continuam a surgir devido à divergência de interpretação dos critérios usados para avaliar a condição de incapacidade e principalmente de miserabilidade.

Destarte, como sugestão para uma resolução efetiva das diferenças existentes, é necessário progredir administrativamente, adotando um modelo de avaliação que leve em consideração outros aspectos do contexto social do requerente, como fatores pessoais, ambientais, socioeconômicos e familiares, que possam impactar de maneira direta ou indireta sua capacidade de sustento financeiro. Portanto, diante da complexidade do tema, é fundamental repensar os critérios e processos de concessão do BPC, visando garantir uma proteção social mais eficaz e equitativa para os indivíduos em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

O fortalecimento das políticas públicas, a busca por maior celeridade nos processos administrativos e a extensão dos métodos interpretativos mais adotados pelo judiciário para que também sejam considerados aplicáveis nas análises administrativas, podem ser aspectos-chave para assegurar o acesso adequado e oportuno ao benefício assistencial,

buscando assim a redução da judicialização desse amparo, uma vez que, com paráfrase as palavras de (Sposati 2015), a proteção social não pode ser apenas teórica ou de discurso; para ser genuína, ela deve se manifestar na prática, em situações concretas. Caso contrário, não pode ser considerada proteção social.

Sob esse viés, a pretensão é que esta pesquisa fomente o diálogo acerca do tema em comento, agregando conhecimento à comunidade acadêmica e geral, visando a troca de saberes e colaborando com pesquisas futuras.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p 14.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de mai. 2023.

BRASIL, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Brasília-DF, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 27 de mai. 2023.

BRASIL. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. **Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 de set. de 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/D6214compilado.htm>. Acesso em: 04 de out. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). **Cartilha Sistema Único de Assistência Social – SUAS**. Secretaria Nacional de Assistência Social. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Consolidacao_Suas.pdf>. Acesso em: 04 de out. 2023.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Portal da Transparência Previdenciária**. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/inss/pt-br/portal-de-transparencia>>. Acesso em: 04 de out. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral Da União – CGU. **Painel Benefícios Previdenciários**. Concessões, 2023. Disponível em: <<mailto:https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/paineis/beneficiosprevidenciarios>>. Acesso em: 04 de nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 05 de out. 2023.

BRASIL. Lei nº. 14.176, de 22 de junho de 2021. **Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para estabelecer o critério de renda familiar per capita para acesso ao benefício de prestação continuada, estipular parâmetros adicionais de caracterização da situação de miserabilidade e de vulnerabilidade social e dispor sobre o auxílio-inclusão de que trata a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); autoriza, em caráter excepcional, a realização de avaliação social mediada por meio de videoconferência; e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14176.htm>. Acesso em: 07 out. 2023.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula n. 80.** Data do Julgamento 15 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=80>>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL, Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região-TRF1. Procedimento do Juizado Especial Cível. Sentença Tipo A: 1000682-70.2020.4.01.4300/ TO. Juiz: SANTOS, Walter Henrique Vilela. DJe: 26 mai. 2021| Jurisprudência. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/1249632645/inteiro-teor-1249632646>>. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.112.557 – MG. Relator: MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Tema Repetitivo 185.** DJe 20 nov. 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 04 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.355.052 – SP. Relator: GONÇALVES, Benedito. **Tema Repetitivo 640.** DJe 05 nov. 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 04 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 567.985/MT, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 18 de abr. 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>> Acesso em: 04 out. 2023.

COUTO, Berenice Rojas. O Direito Social e a **Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?** 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

COSTA, Ana Cristina Pereira da; PONTES, Maria Gretti de Almeida. (2016). Benefício de prestação continuada: Fundamentação legal, formas de acesso e reconhecimento de direito. **Anais do 16º**

Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social. Disponível

em: <<https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/22517/15015>>. Acesso em: 09 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Painel grandes litigantes 2023.** Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <<https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 04 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2023.

FRANCISCO, Marciano Emigdio. **Restrições de acesso ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) na esfera administrativa e judicial: "miserabilidade" inconstitucional?** Jusbrasil, 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/restricoes-de-acesso-ao-beneficio-de-prestacao-continuada-da-assistencia-social-bpc-na-esfera-administrativa-e-judicial-miserabilidade-inconstitucional/661874504>>. Acesso em: 28 de mai. 2023.

GAIO, Julia Laranjeira. **Considerações sobre os critérios para a concessão do BPC (benefício de prestação continuada) trazidos na LOAS e seus reais impactos para os vulneráveis.**

Conteúdo Jurídico, 2023. Disponível

em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/61413/consideraes-sobre-os-critrios-para-a-concesso-do-bpc-beneficio-de-prestao-continuada-trazidos-na-loas-e-seus-reais-impactos-para-os-vulnerveis>>. Acesso em: 03 de jun. 2023.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 20 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LEITAO, Andre Studart ; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna . **Manual de Direito Previdenciário.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. 896p

LEMOS, Danilo. **BPC/LOAS: Benefício de Prestação Continuada Para Baixa Renda (2023).**

Lemos de Miranda Advogados, 2023. Disponível em: <https://lemosdemiranda.adv.br/bpc-loas/#Requisito_subjetivo_65_anos_ou_deficiencia>. Acesso em: 26 de set. 2023.

MALUCCELLI, D., NETO, E.S. **CONSTRUÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL INDÍGENA – POLÍTICAS DE SAÚDE, ASSISTÊNCIA SOCIAL E PREVIDÊNCIA.** Caderno Humanidades em Perspectivas - I Simpósio de Pesquisa Social e I Encontro de Pesquisadores em Serviço Social - Edição Especial Julho/2018. Disponível

em: <<https://www.cadernosuninter.com/index.php/humanidades/article/view/801/638>>. Acesso em: 07 de jun. 2023.

NÚÑEZ, Benigno Novo. **Direito humano à seguridade social**. DireitoNet, 2022. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12231/Direito-humano-a-seguridade-social>>. Acesso em: 03 de jun. 2023.

RIBEIRO, Euda Neres. **Judicialização do benefício de prestação continuada: Debate sobre o critério de miserabilidade**. Jus.com.br, 2022. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/99095/judicializacao-do-beneficio-de-prestacao-continuada-debate-sobre-o-criterio-de-miserabilidade>>. Acesso em: 03 de jun. 2023.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário** / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022. (Coleção Esquematizado®)

SILVA, Naiane Louback da. **A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social**, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/MyhVmjqjMfvx77VsYXLddGM/?lang=pt#>>. Acesso em: 07 de jun. 2023.

SPOSATÍ, Aldaíza. **Gestão Organizacional, Vigilância Socioassistencial e Trabalho em uma década de gestão do SUAS- 2005 – 2015**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/sagirms/ferramentas/docs/Produto_1_Alda%C3%ADza%20Sposati.pdf>. Acesso em: 06 out. 2023.

TCU. **LISTA DE AUTORISCO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL 2022**, Tempestividade e focalização dos benefícios assistenciais. Disponível em: <https://sites.tcu.gov.br/listadeautorisco/tempestividade_e_focalizacao_dos_beneficios_assistenciais.html> Acesso em: 20 de set. 2023.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

ALLYCE CRISTINNE DOS SANTOS CAMPELO:
graduanda do curso de direito pela ULBRA
AMAZONAS³⁷⁰

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar como a Lei Maria da Penha pode ser aplicada para proteger os direitos das mulheres em estado gestacional ou parturientes. Os objetivos específicos consistem em descrever o conceito de violência obstétrica e suas diversas manifestações; Avaliar a eficácia da Lei Maria da Penha na proteção dos direitos das mulheres em situação de violência obstétrica; Identificar os desafios enfrentados na implementação da Lei Maria da Penha no contexto da violência obstétrica. Metodologicamente, faz-se o uso do Método Indutivo, com abordagem qualitativa, onde o procedimento é descritivo explicativo e a pesquisa é de Revisão Bibliográfica. A questão norteadora do estudo procura conhecer: Qual é o papel da Lei Maria da Penha na prevenção e enfrentamento da violência obstétrica e na garantia da segurança e dignidade das mulheres em estado gestacional ou parturiente? A hipótese de pesquisa consiste na aplicação da Lei Maria da Penha no contexto da violência obstétrica contribui para a proteção e defesa dos direitos das mulheres grávidas e parturientes. Conclui-se que apesar da existência da Lei Maria da Penha, que amplia a proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, seu alcance e aplicação no contexto da violência obstétrica ainda são questões que precisam ser investigadas.

Palavras-chave: Violência Obstétrica; Lei Maria da Penha; Gestação.

ABSTRACT: The present work aims to analyze how the Maria da Penha Law can be applied to protect the rights of pregnant or parturient women. The specific objectives are to describe the concept of obstetric violence and its various manifestations; Evaluate the effectiveness of the Maria da Penha Law in protecting the rights of women in situations of obstetric violence; Identify the challenges faced in implementing the Maria da Penha Law in the context of obstetric violence. Methodologically, the Inductive Method is used, with a qualitative approach, where the procedure is descriptive and explanatory and the research is Bibliographic Review. The guiding question of the study seeks to understand: What is the role of the Penha Marine Law in preventing and combating obstetric violence and guaranteeing the safety and dignity of pregnant or parturient women? The research hypothesis consists of the application of the Maria da Penha Law in the context of obstetric

370 E-mail: allycecristinnedossantoscampel@gmail.com

violence contributing to the protection and defense of the rights of pregnant and parturient women. It is concluded that despite the existence of the Maria da Penha Law, which expands protection for women victims of domestic violence, its scope and application in the context of obstetric violence are still issues that need to be investigated.

Keywords: Obstetric Violence; Maria da Penha Law; Gestation.

INTRODUÇÃO

A violência obstétrica é um tema de extrema relevância e crescente discussão nos contextos de saúde e direitos humanos. Ela se refere a uma série de práticas inadequadas, abusivas e desrespeitosas que ocorrem durante o processo de gravidez, parto e pós-parto, afetando as mulheres em um momento crucial de suas vidas. Essas práticas podem ocorrer tanto no sistema de saúde público como no privado e envolvem vários atores, como médicos, enfermeiros, parteiras, e outros profissionais de saúde.

A violência obstétrica é um termo que descreve um grave problema no campo da saúde, envolvendo práticas prejudiciais, abusivas e desrespeitosas durante o período da gravidez, parto e pós-parto. Esse fenômeno não se limita a ações físicas, mas engloba também o desrespeito à autonomia da mulher, seu consentimento informado e o direito de tomar decisões relacionadas à sua saúde reprodutiva. A violência obstétrica pode se manifestar de várias formas, incluindo intervenções médicas desnecessárias, humilhações verbais, negligência, falta de informação adequada e até mesmo abuso físico.

Um dos aspectos mais preocupantes da violência obstétrica é que muitas mulheres são frequentemente submetidas a procedimentos médicos sem seu consentimento adequado, resultando em traumas físicos e emocionais. Essa violação dos direitos reprodutivos e de autonomia das mulheres é uma manifestação de desigualdade de gênero e um reflexo da falta de respeito pela dignidade das gestantes e parturientes.

A aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de violência obstétrica é um tema importante e complexo, que envolve questões jurídicas, de saúde e de direitos humanos. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) foi criada para combater a violência doméstica e familiar contra as mulheres, estabelecendo medidas protetivas e punitivas em casos de agressões e ameaças no contexto das relações familiares ou de intimidade. No entanto, a sua aplicação nos casos de violência obstétrica é desafiadora, principalmente devido à especificidade desse tipo de violência.

Devido a grandes casos concretos relacionados a violência, constata-se a ausência de lei específica que configura a hipótese como crime ou as circunstâncias caracterizadas em território nacional. É necessário darmos visibilidade a estes casos recorrentes, e através

desse artigo pretendo verificar formas que possam dá devidamente a atenção necessárias conscientizando e incentivando a prevenção dessa violência que se torna presencialmente na vida das mulheres.

1 O CONCEITO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUAS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES

A violência obstétrica, embora tenha adquirido uma nomenclatura nova, é um fenômeno que existe há muitos anos, com um número considerável de vítimas. Práticas que outrora eram consideradas normais, diferentemente do entendimento atual, não pareciam representar riscos à saúde das mulheres grávidas, o que as tornava aparentemente comuns (DUTRA, 2017).

Em tempos antigos, o parto era um evento que ocorria no ambiente doméstico, frequentemente assistido por parteiras, sem a necessidade de equipes especializadas em ambientes hospitalares (BARCELLOS, 2016 apud DUTRA, 2017). No decorrer do tempo, a prática de conduzir as mulheres grávidas para unidades hospitalares se tornou prevalente, estabelecendo um novo padrão para o nascimento de crianças (MALHEIROS, 2012 apud DUTRA, 2017).

A violência obstétrica ganhou mais destaque no ambiente médico, uma vez que as intervenções externas no corpo das vítimas se tornaram mais evidentes. Essa forma de violência pode ocorrer em várias etapas da gravidez, incluindo o parto, pós-parto e pré-natal (MARTINS et al., 2019).

De acordo com Lopes (2020), a terminologia "violência obstétrica" foi cunhada pelo Dr. Rogélio Perez D' Gregório e ganhou reconhecimento global em 2010, sendo oficialmente reconhecida pelo Ministério da Saúde em 2019. Essa mudança na nomenclatura é fundamental para a conscientização e combate a essa forma de violência, que afeta as mulheres em um momento crucial de suas vidas.

Convém detalhar sobre o que se trata a violência obstétrica:

A violência obstétrica é caracterizada pela apropriação do corpo da mulher pelos profissionais de saúde, resultando em procedimentos desumanos que prejudicam sua autonomia e capacidade de decisão sobre o próprio corpo. Embora não haja consenso científico sobre suas consequências, essa forma de violência impacta negativamente a qualidade de vida das mulheres e, por extensão, a qualidade de vida dos bebês (DUTRA, 2017, p. 14).

Apesar da ausência de uma lei federal específica para abordar a violência obstétrica no Brasil, o governo do Estado de Santa Catarina promulgou a Lei n. 17.097, em 17 de janeiro de 2017, que oferece uma definição concisa desse tipo de violência. Segundo o artigo 2º dessa lei, considera-se violência obstétrica qualquer ato praticado por médicos, pela equipe hospitalar, por familiares ou acompanhantes que ofenda, de forma verbal ou física, mulheres grávidas em trabalho de parto ou no período puerpério (BRASIL, 2017).

A Constituição Federal do Brasil demonstra, em vários artigos, a preocupação do Estado em proteger a saúde, a integridade física e mental, a vida, a liberdade e a individualidade de seus cidadãos. O artigo 5º da Constituição garante o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade para todos, sem distinção de qualquer natureza. Além disso, proíbe a submissão de qualquer pessoa à tortura ou a tratamentos desumanos ou degradantes e assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (BRASIL, 1988).

Portanto, a Constituição Federal busca garantir um mínimo de qualidade de vida, respeito e dignidade a todos os cidadãos, coibindo práticas e condutas que vão de encontro aos direitos fundamentais nela estabelecidos.

1.1 As formas de violência obstétrica.

A violência obstétrica pode se manifestar de várias maneiras, com algumas das formas mais comuns incluindo negligência, violência física, violência verbal e violência psicológica (LOPES, 2020). Cada uma delas carrega consequências prejudiciais para a saúde e a dignidade da mulher.

A negligência é caracterizada pela dificuldade no acesso a atendimento adequado durante a gestação, parto e pós-parto. Isso pode resultar em falta de cuidados necessários e acompanhamento médico insuficiente, colocando em risco a saúde da gestante e do bebê. A violência física, por sua vez, ocorre quando são realizadas intervenções desnecessárias e/ou violentas sem o consentimento informado da paciente, causando danos físicos e traumas.

A violência verbal se manifesta por meio de comentários agressivos, constrangedores e ofensivos, muitas vezes incluindo tentativas de ridicularização das escolhas da mulher em relação ao parto e à posição de dar à luz. Essas palavras cruéis podem causar danos psicológicos significativos, afetando a autoestima e a saúde mental da gestante.

A violência psicológica é caracterizada por ações que provocam sentimentos de inferioridade, abandono, medo e instabilidade emocional na mulher. Isso pode incluir

ações que minam a confiança da paciente em suas próprias decisões e a fazem se sentir desamparada.

Em conformidade com Lopes (2020) aponta que algumas condutas praticadas por profissionais de saúde podem colocar em risco a vida, a integridade e a saúde da mulher. Por exemplo, intervenções médicas desnecessárias, como cesarianas não justificadas, podem expor a gestante a riscos não justificados, enquanto privam a mulher de seu direito à autonomia e ao parto seguro e respeitoso. Portanto, a violência obstétrica abrange um espectro de abusos que vão desde a negligência até a violência física e emocional, comprometendo a qualidade da atenção à saúde das mulheres:

A prática da episiotomia envolve a realização de um corte na vulva sem o consentimento da mulher, e, em alguns casos, sem a administração de anestesia. Essa intervenção visa a abertura do canal vaginal e, posteriormente, é realizada a episiorrafia, que consiste na sutura do corte. Isso pode causar dor e desconforto extremos, muitas vezes de difícil suportabilidade para a mulher.

A administração de ocitocina é outra intervenção, na qual um hormônio produzido naturalmente pelo corpo humano é utilizado artificialmente em soros. O objetivo é estimular as contrações e, conseqüentemente, o trabalho de parto. No entanto, o uso da ocitocina pode resultar em intensa dor para a parturiente, bem como em possíveis complicações tanto para ela quanto para o feto.

A proibição da presença de um acompanhante é uma violação dos direitos da mulher. Ela tem o direito de escolher quem a acompanhará durante o pré-parto, parto e pós-parto imediato. A lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005, no artigo 19-J, parágrafo 1º, estabelece os direitos da parturiente a esse respeito, garantindo o seu direito de escolha de um acompanhante durante o processo de parto, *in versis*.

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. (BRASIL, 2005).

No contexto pré-natal, várias mulheres enfrentam formas de violência que incluem toques desnecessários, comentários humilhantes e a retenção de resultados de exames

médicos (CARVALHO et al, 2019). Essas práticas desrespeitosas e invasivas comprometem a dignidade das gestantes e seu direito a uma assistência pré-natal adequada.

Durante o parto, relatos frequentes de violência obstétrica incluem a realização de cesarianas sem necessidade, imposição de posições inadequadas para a parturiente, assistência desqualificada, proibição da presença de um acompanhante, bem como comentários humilhantes, entre outras condutas prejudiciais (DINIZ et al, 2015 apud CARVALHO, 2019). Essas práticas violam o direito das mulheres a um parto seguro e respeitoso, causando sofrimento emocional e físico.

No caso de abortos, muitas mulheres enfrentam suspeitas, falta de esclarecimentos sobre o procedimento, longas esperas por atendimento, acusações de crime e culpabilização (CARVALHO et al, 2019). Essas experiências agravam o estigma e o sofrimento das mulheres em um momento já difícil.

Essas condutas representam exemplos de violência obstétrica, uma prática enraizada ao longo de muitos anos, cuja gravidade muitas vezes passa despercebida. É importante destacar que essas ações afetam principalmente as mulheres durante um momento tão crucial de suas vidas, o que reforça a necessidade de conscientização, educação e medidas para combater a violência obstétrica e garantir um atendimento respeitoso e humanizado a todas as gestantes.

2 EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

Considerando os dados analisados até o momento, é fundamental avaliar a eficácia da Lei Maria da Penha (LMP) na prática, conforme apresentado neste tópico. Nossa análise se baseia no estudo divulgado em março de 2015 pelo IPEA intitulado "Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha" e no dossiê publicado em fevereiro/março de 2017 na Revista Brasileira de Segurança Pública, intitulado "Lei Maria da Penha: Necessidade de um Novo Giro Paradigmático".

É indiscutível que a LMP é uma legislação amplamente reconhecida, e, de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), foi considerada em 2012 a terceira melhor lei do mundo no combate à violência doméstica. Segundo o relatório "Avaliando a Efetividade da LMP", essa nova legislação ofereceu uma série de instrumentos para proteger e acolher vítimas, isolando-as dos agressores, ao mesmo tempo que criou mecanismos para garantir assistência social às ofendidas. Além disso, a lei contemplou mecanismos para preservar os direitos patrimoniais e familiares das vítimas, sugeriu melhorias e efetividade no atendimento jurídico e previu instâncias para o tratamento dos agressores (CERQUEIRA et al, 2015, p. 10).

De acordo com o mesmo relatório, a LMP impactou o comportamento tanto dos agressores quanto das vítimas de três maneiras: i) aumentando o custo da pena para o agressor; ii) empoderando e proporcionando condições de segurança para que as vítimas denunciem; e iii) aprimorando os mecanismos judiciais, permitindo que o sistema de justiça criminal atendesse de forma mais eficaz casos envolvendo violência doméstica (CERQUEIRA et al, 2015, p. 34).

A Lei Maria da Penha abordou a questão da violência contra a mulher de maneira abrangente, criando políticas públicas e medidas protetivas com o objetivo de erradicar gradualmente esse tipo de violência. No entanto, apesar das inovações introduzidas pela lei, os registros de violência contra a mulher ainda são alarmantes no Brasil. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2018), em 2017, houve um total de 221.238 casos de lesão corporal dolosa qualificados pela Lei Maria da Penha, o que equivale a 606 casos por dia. Esses números indicam que apesar dos avanços legislativos, há um longo caminho a percorrer na luta contra a violência de gênero no país.

Os índices alarmantes de violência contra a mulher, de acordo com o relatório do IPEA, podem ser explicados pela natureza nacional da Lei Maria da Penha (LMP), o que resulta em efeitos heterogêneos de acordo com a implementação dos serviços estabelecidos na lei. Em locais onde a sociedade e o poder público não se mobilizaram para implantar delegacias de mulheres, juizados especiais, casas de abrigo e outros serviços previstos na LMP, é razoável supor que a crença da população em relação ao aumento da probabilidade de punição não tenha mudado substancialmente.

Por exemplo, se esses serviços foram implantados de maneira endógena, como resultado da pressão mais forte da sociedade civil local, do maior capital social e da maior organização do sistema judiciário naquela localidade, é plausível pensar que os benefícios marginais da implementação desses serviços tenham sido menores, dado o maior controle social já existente. Nesse cenário, justamente nos locais onde a população feminina possuiria maior necessidade de acesso a mecanismos de proteção, a LMP poderia demorar a ser efetivamente implementada (CERQUEIRA et al, 2015, p. 35).

Isso indica que a eficácia da Lei Maria da Penha pode variar significativamente de uma região para outra, dependendo do comprometimento da sociedade e do poder público na implementação dos serviços e mecanismos de proteção previstos na legislação. Em áreas onde esses recursos são escassos, a efetividade da lei pode ser comprometida, refletindo-se nos alarmantes índices de violência contra a mulher.

O relatório vai além, concluindo que os dados relacionados às agressões letais representam apenas uma pequena parte do problema, frequentemente encobertos pela violência em si. Considerando os ciclos da violência, conforme já explorados neste estudo, que envolvem uma progressão gradual dos momentos de tensão até atingirem o ápice da crise, com lesões mais graves, é possível que, nesse estágio crítico, ocorram homicídios como uma consequência inesperada desses momentos de crise aguda (CERQUEIRA et al, 2015).

Nesse contexto, a eficácia da Lei Maria da Penha (LMP) na prática em relação à violência doméstica é questionada e, segundo o estudo, estatisticamente comprovada. Após a entrada em vigor da lei, houve uma redução nos homicídios cometidos contra as mulheres, principalmente relacionados à categoria de violência de gênero. No entanto, a percepção da punição do agressor é fundamental para tornar a lei eficaz na prevenção da violência doméstica. Conforme abordado anteriormente, a implementação dos serviços previstos na lei varia significativamente em todo o território nacional, o que pode levar a uma percepção de menor punição para o agressor. Portanto, o estudo conclui que os efeitos temporais e espaciais da lei não são uniformes e que sua eficácia está condicionada à implementação homogênea das políticas de prevenção da violência doméstica (CERQUEIRA et al, 2015, p. 36).

O medo, as agressões repetidas e as ameaças, inclusive de morte, são fatores que justificam a aplicação das medidas protetivas de urgência. No entanto, na prática, existem obstáculos significativos para a concessão dessas medidas, decorrentes da burocracia presente na atuação da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário. Sendo assim, alude a autora que:

O medo frequentemente motiva as vítimas a solicitar medidas protetivas, e a abordagem burocrática tanto das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams) quanto do sistema judiciário aumenta a possibilidade de risco para as mulheres. Nesse contexto, é crucial salientar que não deve ser responsabilidade da mulher provar que está sob risco, mas sim do Ministério Público e do judiciário fundamentar consistentemente uma negativa. A inversão desse ônus, tornando a mulher responsável por provar sua situação de risco, subverte os princípios da Lei Maria da Penha, demonstra falta de compreensão sobre a natureza da violência doméstica, trivializa seu tratamento e coloca o sistema de justiça em oposição às mulheres (CAMPOS, 2017, p. 18).

Ao confrontar os resultados da pesquisa DataSenado com as afirmações mencionadas, fica evidente que o medo é o principal obstáculo que impede as vítimas de

denunciar seus agressores. Além disso, considerando o excesso de burocracia envolvido nessa questão, a pesquisa DataSenado revela que 25% das vítimas optam por não denunciar devido à percepção de impunidade (DATASENADO, 2017, p. 35). Isso significa que as vítimas acreditam que o risco de denunciar não vale a pena devido às supostas dificuldades e formalidades excessivas envolvidas no processo.

Diante desse cenário, torna-se imperativo repensar as políticas públicas voltadas para a violência doméstica e familiar contra a mulher, priorizando a prevenção e a assistência como meio de evitar futuras ocorrências de agressões. Conforme proposto por Carmen Campos, a busca por um novo paradigma que proporcione uma eficácia significativa à Lei Maria da Penha é fundamental (CAMPOS, 2017, p. 19).

3 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

3.1. Das legislações existentes sobre a violência obstétrica

A Argentina e a Venezuela adotaram há muito tempo medidas para abordar o comportamento da violência obstétrica em seus sistemas jurídicos. A Venezuela se destacou como a primeira nação latino-americana a fazê-lo, o que remonta a 2007, com a promulgação da Lei Orgânica do Direito da Mulher a uma Vida Livre de Violência (CAVALIERI FILHO, 2020).

Recentemente, especialistas têm concentrado seus esforços em pesquisas voltadas para a humanização do parto, buscando eliminar o uso de práticas obstétricas desatualizadas. No entanto, apesar desses avanços, o Brasil ainda não possui uma legislação federal ativa dedicada ao tema.

Atualmente, o Congresso Nacional possui vários projetos de lei aguardando aprovação, incluindo o Projeto de Lei nº 7.633/2014, de autoria do ex-deputado Jean Wyllys. Esse projeto estabelece medidas para garantir o tratamento humanizado das mulheres e dos recém-nascidos durante todo o ciclo gravídico-puerperal. Além disso, o Projeto de Lei nº 8.219/17, proposto pelo deputado Francisco Floriano, visa abordar e prevenir ocorrências de violência obstétrica perpetrada por profissionais de saúde contra mulheres durante o trabalho de parto e no período puerpério.

Para proteger as parturientes da violência obstétrica, vários estados brasileiros, como Tocantins, Santa Catarina, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Goiás, Paraíba, Mato Grosso do Sul, Rondônia, Amazonas e outros, implementaram leis em nível estadual. Importante destacar que essas leis estaduais definem principalmente as circunstâncias que

configuram a violência obstétrica e estabelecem que os órgãos reguladores serão responsáveis por monitorar e aplicar medidas punitivas por meio de um processo administrativo que garanta o devido processo legal.

A ausência de disposições claras nas leis estaduais acerca das sanções a serem aplicadas aos agressores, mesmo que essas leis descrevam as condutas que caracterizam a violência obstétrica, representa um desafio significativo para a eficácia dessas legislações. A falta de clareza legal aumenta a incerteza entre as vítimas de violência obstétrica, agravando ainda mais o problema.

3.2. Da possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha

A elaboração de uma lei específica para lidar com a violência de gênero resultou do esforço e da mobilização dos movimentos de mulheres, com o apoio da criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. A Lei 11.340/20062, conhecida como Lei Maria da Penha, está fundamentada em normas e diretrizes consagradas na Constituição Federal, na Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

De acordo com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a discriminação contra a mulher é definida como "toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objetivo ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, pela mulher, independentemente de seu estado civil, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil, ou em qualquer outro campo" (art. 1º). Em outras palavras, a discriminação refere-se a qualquer diferenciação, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou resultado de prejudicar ou impedir que a mulher exerça, em igualdade de condições com o homem, seus direitos humanos e liberdades fundamentais.

A Lei Maria da Penha aborda diversos tipos de violência cometida contra as mulheres, incluindo violência moral, psicológica, patrimonial, sexual e física. No entanto, esse rol não é exaustivo, uma vez que o próprio texto da lei, em seu artigo 7º, faz menção a "entre outras formas", indicando que existem outras maneiras de violência que podem ser consideradas.

De acordo com Maria Berenice Dias (2019), a tipificação penal da violência é bastante restrita e requer diversos requisitos além da mera existência de violência física. Portanto, não é justificável restringir o reconhecimento da violência nas relações domésticas apenas à configuração dos tipos penais correspondentes. A Lei Maria da Penha

estabelece diretrizes e contextos nos quais a violência contra a mulher pode ser reconhecida, especificando que isso pode ocorrer no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação de afeto.

Portanto, é plenamente aplicável aos casos de violência obstétrica a utilização da Lei Maria da Penha, uma vez que, na relação entre paciente e médico, existe uma dinâmica profissional, muitas vezes acompanhada de uma relação de afeto, especialmente quando a mulher é assistida durante todo o período gestacional.

As medidas previstas na Lei Maria da Penha podem ser agrupadas em três principais eixos de intervenção. O primeiro eixo se concentra nas medidas de natureza criminal, visando à responsabilização dos agressores. Nesse contexto, estão incluídos procedimentos como a reabertura de inquéritos policiais, prisões em flagrante delito, prisões preventivas e penas decorrentes de condenações. Além disso, o eixo prevê a restrição da representação criminal em casos específicos e a proibição da aplicação da lei 9099/95 a qualquer crime que se caracterize como violência doméstica e familiar contra a mulher.

O segundo eixo engloba as medidas voltadas para a proteção da integridade física e dos direitos das mulheres. Esse conjunto de medidas inclui tanto ações de caráter urgente para proteger a mulher quanto medidas direcionadas aos agressores. Além disso, este eixo contempla iniciativas de assistência, garantindo que o atendimento às mulheres em situação de violência seja abrangente, abarcando o suporte psicológico, jurídico e social necessário.

Por fim, o terceiro eixo compreende as medidas de prevenção e educação. Estas são consideradas estratégias essenciais para combater a reprodução social da violência e da discriminação de gênero. Por meio dessas medidas, busca-se promover uma mudança cultural e educacional que contribua para a eliminação da violência e da desigualdade de gênero na sociedade (PASINATO, 2008, 2009).

Em conformidade com Nucci (2017) argumenta que a Lei Maria da Penha, ao proteger as relações de intimidade, vai além do espírito dos tratados ratificados pelo Brasil. Isso ocorre porque a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher define a violência doméstica de forma mais ampla.

Além disso, o estresse crônico resultante da violência pode desencadear sintomas físicos, como dores de cabeça, fadiga, dores nas costas e distúrbios do sono, que são característicos do transtorno de estresse pós-traumático. Esse transtorno é marcado por ansiedade e depressão acentuadas, a ponto de afetar significativamente a capacidade da

vítima de lidar com os efeitos de um trauma grave. Como esses sintomas podem persistir ao longo do tempo, independentemente da gravidade da lesão corporal infligida, resultando em uma incapacidade de realizar atividades cotidianas por mais de 30 dias ou em incapacidade permanente para o trabalho, é possível classificar o crime como lesão grave ou gravíssima devido à continuidade do dano à saúde (DIAS, 2019).

Diante dessa nova realidade, não se pode restringir a abrangência da legislação vigente. Não importa a duração do relacionamento nem o tempo decorrido desde o seu término. O fundamental é comprovar que a agressão teve origem na relação de afeto. Mesmo vínculos afetivos que não se enquadrem na tradicional definição de família e entidade familiar não estão isentos da presença de violência. Mesmo quando as partes não compartilham o mesmo domicílio, se houver violência, a mulher deve ser amparada pela Lei Maria da Penha. Para caracterizar a violência como doméstica, é necessário estabelecer um nexo entre a agressão e a situação geradora, ou seja, a relação de afeto deve ser a causa da violência (MISAKA, 2007).

Deve-se ressaltar que a inexistência de um vínculo familiar entre as partes não impede que a violência seja abrangida pela Lei Maria da Penha. Este é mais um conceito progressista, uma vez que os vínculos afetivos não se limitam à esfera da sexualidade. Relações que resultam em hierarquias de poder e opressão têm levado à discussão doutrinária (DIAS, 2019).

Por outro lado, observa-se que alguns operadores do direito têm adotado um discurso que reflete uma espécie de apropriação inadequada das categorias de análise, conceitos e descobertas empíricas acumuladas ao longo de 30 anos de pesquisa sobre as respostas judiciais aos problemas de violência contra as mulheres. A falta de compreensão do debate teórico tem levado a afirmações cada vez mais comuns de que as mulheres não desejam a condenação de seus agressores, o que tem servido de justificativa para o arquivamento de inquéritos e processos e a suspensão de medidas protetivas.

Como resultado, mesmo que em alguns casos isso possa parecer uma abordagem renovada, o que se observa é a adoção de uma política criminal que coloca a proteção da família acima da defesa dos direitos individuais (PASINATO, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho, exploramos a complexa questão da violência obstétrica e sua relação com a Lei Maria da Penha. Demonstramos que a violência obstétrica é uma realidade perturbadora que afeta um grande número de mulheres em todo o mundo, muitas vezes passando despercebida devido a normas culturais e práticas médicas ultrapassadas. Ao analisar a Lei Maria da Penha, constatamos que essa legislação,

criada para combater a violência de gênero, possui um potencial significativo para abranger casos de violência obstétrica.

A Lei Maria da Penha é uma ferramenta poderosa que busca proteger as mulheres contra a violência no âmbito das relações familiares e domésticas. Como discutido, a relação entre a paciente e os profissionais de saúde durante o parto envolve um elemento de afetividade e confiança, o que torna essa situação passível de ser enquadrada nos preceitos da Lei Maria da Penha.

Além disso, argumentamos que a violência obstétrica se encaixa em várias das categorias de violência definidas na Lei Maria da Penha, incluindo violência psicológica, moral e, em alguns casos, violência física. O sofrimento físico e emocional infligido às mulheres durante o parto e o período perinatal não pode ser subestimado, e a legislação existente deve ser usada como uma ferramenta para garantir a proteção dessas mulheres.

Apesar da falta de legislação específica abordando a violência obstétrica, observamos que a jurisprudência tem reconhecido a aplicabilidade da Lei Maria da Penha em casos relacionados a esse tipo de violência. No entanto, é fundamental que haja uma maior conscientização e educação sobre essa questão, tanto entre os profissionais de saúde quanto entre as mulheres, a fim de prevenir e combater a violência obstétrica de maneira mais eficaz.

Portanto, concluímos que a Lei Maria da Penha oferece uma base jurídica sólida para a proteção das mulheres contra a violência obstétrica, desde que sua aplicação seja adequadamente esclarecida e promovida. A conscientização, a educação e a sensibilização de todos os envolvidos são essenciais para garantir que as vítimas de violência obstétrica tenham acesso à justiça e à proteção que merecem. A luta contra a violência obstétrica é uma extensão natural da busca por igualdade de gênero e direitos humanos, e a Lei Maria da Penha pode desempenhar um papel fundamental nessa jornada.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Jaqueline Gonçalves et al. Violência obstétrica: uma violação aos direitos fundamentais da mulher. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 out. 2005. Não paginado. Disponível em:

<[BRASIL. Constituição \(1988\). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Ed. Senado, 1988.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l111108.htm#:~:text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%208.080,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20%2D%20SUS.&text=Art.,-19%2DJ.> . Acesso em:</p></div><div data-bbox=)

CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Pena: necessidade de um novo giro paradigmático. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 11, n. 1, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q8Crba>>. Acesso em:

CARVALHO, A. S. et. al. Violência obstétrica: a ótica sobre os princípios bioéticos e direitos das mulheres. Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research - BJSCR, Ipatinga, v. 26, n. 1, p. 52-58, 2019. Disponível em: <https://www.mastereditora.com.br/periodico/20190306_114936.pdf>. Acesso em:

CERQUEIRA, Daniel et al (Org.). Avaliando a efetividade da lei Maria da Pena. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2BKrQur>>. Acesso em:

DATASENADO. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília-DF: Senado, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2CQU8VJ>>. Acesso em:

DINIZ, Simone Grilo et al. Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. J Hum Growth Dev, v. 25, n. 3, p. 377-376, 2015.

DUTRA, J. C. Violência obstétrica: mais um exemplo de violação aos direitos das mulheres. 2017. 54 f. Monografia (Graduação) - Universidade Federal da Paraíba. Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

LOPES, J. M. Violência obstétrica: Uma Análise Jurídica Acerca Do Instituto No Estado do Tocantins. Gurupi, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/violencia-obstetrica-uma-analise-juridica-acerca-do-instituto-no-estado-do-tocantins/>>. Acesso em:

MALHEIROS, Paolla Amorim et al. Parto e nascimento: saberes e práticas humanizadas. Texto & Contexto-Enfermagem, v. 21, p. 329-337, 2012.

MARTINS, F. L. et. al. Violência obstétrica: Uma expressão nova para um problema histórico. *Revista Saúde em Foco*, [s.l.], n. 11, p. 413-423, 2019.

PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília M. Mapeamento das delegacias da mulher no Brasil. São Paulo: PAGU, UNICAMP, 2008.

CRIMES CONTRA A HONRA E AS FAKE NEWS

ADRIANA CRISTIAN DE CARVALHO:

Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Única de Ipatinga/MG no ano de 2023³⁷¹.

RESUMO: Pretende-se com este trabalho analisar os crimes contra a honra ao nível da doutrina criminal e temas recorrentes, nomeadamente as Fake News, com o objetivo de compreender o funcionamento normal deste fenómeno que cresce com intenções imensuráveis nas redes sociais, a partir de aplicações que influenciam cenários políticos. A análise tem como base as Fake News e meios de divulgação, como as redes sociais, e quais são suas consequências na sociedade. Além disso, quais são os mecanismos para coibir essas notícias falsas que se espalham instantaneamente nas mídias sociais, por isso é importante estar ciente dessa prática e da gravidade dos diferentes crimes cometidos pelos usuários. Então, quando associamos notícias falsas a crimes de reputação, elas são validadas. Com isso, analisa-se um caso específico de recorrentes protestos sociais em que se verifica o modus operandi de usuários tentados, indignados com a honra ou memória das vítimas.

Palavras-chave: Fake News. Crimes contra honra. Direito Penal.

Introdução

O presente trabalho de conclusão de curso, possui como tema e consequente como principal objeto de estudo as fake news e os crimes contra a honra, onde são veiculadas informações falsas visando atacar a honra de uma determinada pessoa, podendo tais informações falsas serem enquadradas nas três modalidades de crime contra a honra que são apresentados em nosso sistema penal brasileiro, sendo eles: injúria, calúnia e o crime de difamação.

Diante disso, o presente trabalho de conclusão de curso possui como objetivo principal analisar os crimes contra a honra que são praticados através de informações falsas, gerando assim as fake news, muitas vezes sendo veiculadas através das redes sociais.

Esse assunto se torna cada vez mais relevante em virtude da crescente onda de disseminação de fake news, fazendo com que cada vez mais ocorram tais práticas criminosas de maneira mais fácil, onde tais ações são cada vez mais presentes em nosso

371 E-mail: advadrianaccarvalho@gmail.com

meio social, visto que, prepondera no meio social o entendimento de que tais ações são difíceis de serem rastreadas e que a impunidade reina para os envolvidos.

Em virtude da facilidade de veiculação de informações falsas em nosso meio social, podendo ocorrer através das redes sociais ou em aplicativos de comunicação instantânea, se faz necessário que tal assunto deva ser analisado sob a égide do direito, visto que, a ocorrência de tais veiculações trazem lesões diversas para as vítimas, onde as mesmas possuem sua honra diretamente atacada e podem sofrer represálias no meio social, trabalhista, familiar, religioso e qualquer outro meio social em que o indivíduo está inserido.

Os crimes contam a honra se caracterizam como sendo modalidades criminosas presentes em nosso código penal.

O Código Penal Brasileiro de 1940 definiu três atos como crimes contra a honra. Eles são difamação (seção 138), difamação (seção 139), difamação (seção 140). O primeiro desses três funcionará para qualquer um. Qual é a diferença entre calúnia, difamação e injúria? O objetivo deste artigo é distinguir esses termos e descrever o tratamento penal das notícias falsas e o enquadramento jurídico dos crimes de honra.

A pena máxima por difamação, calúnia e injúria é de dois anos, com possível aumento de um terço em quatro casos excepcionais (seção 141). Além disso, as penas correspondentes a essas infrações são duplicadas se pagamentos forem prometidos ou efetivamente feitos ao infrator. As multas são calculadas por anos em "detenção" (referente aos regimes "semiaberto" e "aberto"), e não por "reclusão" (referente ao tempo passado integralmente na prisão).

Apesar de os crimes contra a honra já possuírem positividade legal e serem assuntos pacíficos do entendimento de toda a comunidade jurídica, frente ao constante aumento de casos de fake news, se faz necessária uma análise crítica e aprofundada acerca da aplicação de penas e formas de punição para os agressores que realizem tais modalidades criminosas através da veiculação de fake news no mundo digital.

Para a realização do presente estudo e apresentação do conteúdo aqui desenvolvido, foram realizados estudos aprofundados em materiais doutrinários e legais acerca do tema dos crimes contra honra e também acerca da veiculação e produção de fake news, fazendo assim um alinhamento acerca desses dois temas que são cada vez mais relevantes no nosso meio social.

Com base nisso, compreendemos que existe uma função social para o presente estudo, visando compreender quais são os aspectos legais, sociais que estão diretamente relacionados com os temas destacados. O meio social sofre muito com as fake news, visto que, a disseminação de informações falsas faz com que muitas pessoas possuam visões e aspectos distantes da realidade, muitas vezes fazendo com que “efeito manada” possa decorrer de tais veiculações de informações falsas e conseqüentemente trazendo prejuízos das mais diversas esferas para as vítimas.

No que tange à estrutura do presente trabalho de conclusão de curso, o mesmo está dividido e apresentado da seguinte forma:

Primeiro capítulo abordando os crimes contra a honra, apresentando informações conceituais e formas de tratativas legais acerca dos crimes de injúria, calúnia e difamação.

Segundo capítulo abordando as fake news, visando apresentar informações válidas acerca da conceituação, bem informações acerca de tal fenômeno e da popularização dessas práticas abusivas e criminosas.

Terceiro capítulo, apresentando aspectos legais acerca da responsabilização penal na situação de divulgação de fake news, visando trazer informações relevantes e que proporcione o melhor entendimento acerca desse importante tema.

1 CRIMES CONTRA A HONRA

Os crimes contra a honra são aquelas modalidades criminosas que possuem como fator principal o ser humano, visto que, a realização dos mesmos visa trazer uma diminuição ou lesão da honra das pessoas, fazendo com que as mesmas possam sofrer humilhações, humilhações essas que atinjam e tragam degradação direta para a forma como a mesma é vista no meio social, ou xingamentos que ofendam e tragam uma lesão para a forma como as pessoas se vêem.

Como o próprio nome da modalidade criminosa já nos diz, os crimes contra honra visam atingir diretamente a honra das pessoas, fazendo com que as mesmas possam passar por situações de desgaste emocional ou desgaste de sua imagem, ainda mais considerando a realização dos crimes contra a honra para pessoas “conhecidas” ou pessoas públicas.

Acerca do conceito de honra, nos ensinam e lecionam da seguinte forma:

A honra, independentemente do conceito que se lhe atribua, tem sido através dos tempos um direito ou interesse penalmente protegido. Na Grécia e Roma antigas as ofensas à honra eram regamente

punidas. Entre os romanos a honra tinha o status de direito público do cidadão, e os fatos lesivos eram abrangidos pelo conceito amplo de injúria. Na Idade Média, o Direito Canônico também se ocupava das ofensas à honra. A proteção da honra, como bem jurídico autônomo, não constitui interesse exclusivo do indivíduo, mas da própria coletividade, que tem interesse na preservação da honra, da incolumidade moral e da intimidade, além de outros bens jurídicos indispensáveis para a harmonia social. (BITENCOURT, 2012, p. 777)

Conforme as lições de Bitencourt (2012), compreendemos a importância que a honra possui para a figura do ser humano, visto que, a mesma é um interesse do meio social que está amplamente protegida pela seara jurídica penal, destacando assim a sua importância.

Tais lições apresentadas, também nos faz refletir acerca da existência da honra desde as sociedades mais remotas, tais como a Romana e a Grega, sendo tidas como os berços das civilizações.

Continuando acerca do conceito de honra, a seguinte lição deve ser destacada para colaborar com o nosso entendimento e formação do arcabouço de informações pertinentes:

Sabemos que a honra é um conceito que se constrói durante toda uma vida e que pode, em virtude de apenas uma única acusação leviana, ruir imediatamente. Por essa razão, embora a menção constitucional diga respeito tão somente à necessidade de reparação dos danos de natureza civil, tradicionalmente, os Códigos Penais têm evidenciado a importância que esse bem merece, criando figuras típicas correspondentes aos crimes contra a honra. (GRECCO, 2017, p. 362)

O conceito de honra pode ser compreendido como algo que está constantemente sendo construído e que toma diversas proporções em relação ao meio social em que o mesmo está inserido, fazendo com que tais assuntos possam ser mutáveis na medida de sua imutabilidade, visto que, independente do meio social que está sendo analisado, sempre a honra será um indicativo positivo acerca do ser humano, sendo a forma como o mesmo é reconhecido ou a forma como o mesmo se reconhece sendo um ator direto do meio social.

Continuando acerca da conceituação da honra, nos ensinam da seguinte forma:

Honra é o conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais de um ser humano, que o fazem merecedor de respeito no meio social e promovem sua autoestima. É um sentimento natural, inerente a todo homem e cuja ofensa produz uma dor psíquica, um abalo moral, acompanhados de atos de repulsão ao ofensor. Representa o valor social do indivíduo, pois está ligada à sua aceitação ou aversão dentro de um dos círculos sociais em que vive, integrando seu patrimônio. Um patrimônio moral que merece proteção (MASSON, 2014, p. 209)

Nota-se que, a honra pode ser simplesmente conceituada como um conjunto de qualidades provenientes do ser humano, qualidades essas que são essenciais para que exista uma colocação no meio social, fazendo com que outras pessoas possam reconhecer o ser humano em destaque, atribuindo muitas vezes características que deveriam ser presentes em todos para que o meio social possa viver em harmonia.

Diante disso, devemos segregar os tipos de honras que existem no meio social para que o entendimento possa ser mais efetivo e correto.

Com isso, temos uma lição e explicação acerca da honra objetiva e honra subjetiva, conforme:

Honra objetiva é a visão que a sociedade tem acerca das qualidades físicas, morais e intelectuais de determinada pessoa. É a reputação de cada indivíduo no meio social em que está imerso. Trata-se, em suma, do julgamento que as pessoas fazem de alguém. Os crimes de calúnia e de difamação atacam a honra objetiva. Reclamam a atribuição da prática de um fato a outrem, descrito em lei como crime (calúnia) ou simplesmente ofensivo à sua reputação (difamação). É imprescindível, em ambos os crimes, a imputação de um fato específico e determinado. Por corolário, consumam-se quando a ofensa proferida contra a vítima chega ao conhecimento de terceira pessoa. Honra subjetiva, por sua vez, é o sentimento que cada pessoa possui acerca das suas próprias qualidades físicas, morais e intelectuais. É o juízo que cada um faz de si mesmo (autoestima). Subdivide-se em honra-dignidade e honra-decoro (MASSON, 2014, p. 210)

Os dois tipos de honra, a objetiva e a subjetiva são tutelados pelo direito penal, onde para ambos foi dado o mesmo grau de importância, podendo as lesões para as duas modalidades serem compreendidas como sendo crimes contra a honra, objeto principal do presente estudo aqui apresentado em forma de monografia.

Acerca das modalidades de honra, nos ensinam as seguintes lições sobre os tipos de honras e os tipos de crimes contra a honra que estão positivado em nosso código penal, que são essenciais para o nosso raciocínio:

a) Honra dignidade: compreende aspectos morais, como a honestidade, a lealdade e a conduta moral como um todo.

b) Honra decoro: consiste nos demais atributos desvinculados da moral, tais como a inteligência, a sagacidade, a dedicação ao trabalho, a forma física etc. Finalmente, distingue a doutrina a honra comum da honra profissional:

a) Honra comum: é aquela que todos os homens possuem.

b) Honra profissional: diz respeito a determinado grupo profissional ou social, por exemplo, chamar um médico de açougueiro.

São as afinidades entre a calúnia e a difamação: 1.a) ambas atingem a honra objetiva; 2.a) dizem respeito a fatos e não a qualidades negativas da vítima; 3.a) exigem a comunicação a terceira pessoa para a consumação.

Três são as afinidades entre a calúnia e a difamação: 1.a) ambas atingem a honra objetiva; 2.a) dizem respeito a fatos e não a qualidades negativas da vítima; 3.a) exigem a comunicação a terceira pessoa para a consumação. Qual a afinidade entre a difamação e a injúria? Assemelham-se em que não se condicionam à falsidade de alegação desonrosa. Somente a descrição típica da calúnia exige um elemento normativo, contido na expressão "falsamente". Assim, só existe calúnia quando não é verdadeira a imputação de crime. Atribuir fato real a terceiro não constitui calúnia (em regra). Já na injúria, é irrelevante que seja verdadeira ou falsa a atribuição de qualidade negativa ou a exclusão de qualidade positiva. Se digo que alguém é analfabeto, a existência do delito não está condicionada à veracidade ou não da imputação, de ser o ofendido sábio ou de poucas luzes. Na difamação, em regra, ocorre a mesma circunstância: o crime não depende da falsidade do fato imputado (salvo o disposto no art. 139, parágrafo único, do CP). Qual a diferença entre calúnia e difamação? A calúnia diz respeito a crime; a difamação, a fato ofensivo à reputação do sujeito passivo. Enquanto na descrição típica da calúnia

o CP exige que a imputação verse sobre crime, na difamação o fato atribuído pelo sujeito ativo ao passivo não é criminoso, mas simplesmente ofensivo ao seu apreço social. Qual a diferença entre difamação e injúria? A difamação incide sobre/ato ofensivo à reputação do ofendido, enquanto a injúria não recai sobre fato, mas sobre qualidade negativa do ofendido. Qual a diferença entre calúnia e injúria? A calúnia versa sobre fato criminoso; a injúria recai sobre qualidade negativa da vítima. (JESUS, 2013, pp. 243-244)

Efetivas são as lições de Jesus (2013) para que possamos compreender a forma como ocorrem e quais são os fundamentos dos crimes contra a honra. Deve-se destacar que a seara jurídico penal compreende e entende muito a importância desse tema, trazendo penas efetivas e situações punitivas capazes de lidar plenamente com a realização do poder punitivo do Estado para com a ocorrência dos crimes contra a honra.

No decorrer do presente capítulo, serão apresentadas informações, lições, conceitos e letra da lei acerca dos três tipos de crimes contra a honra que estão presentes no nosso Código Penal, sendo eles: Injúria, Difamação e Calúnia.

1.1 Injúria

O crime de injúria é uma modalidade de crime contra a honra que está positivado em nossos Código Penal de 1940, sendo uma das modalidades criminosas contra a honra que mais ocorrem, em virtude do seu objeto ilícito, conforme:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

- quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

- no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa. 372

Compreende-se então que, o crime de injúria nada mais é do que uma ofensa proferida contra outrem através de um xingamento, situação essa que pode trazer um sofrimento para a vítima, visto que, os xingamentos e ofensas são proferidos com o objetivo de trazer sofrimento e também despertar um sentimento de humilhação para as vítimas.

Acerca da individualização e segregação dos crimes contra a honra, nos apresentam o seguinte:

O Direito francês foi o pioneiro na individualização dos crimes contra a honra. O Código de Napoleão de 1810 incriminava separadamente a calúnia e a injúria, englobando na primeira a difamação. Na Alemanha o Código Penal de 1870 adotou a "injúria" como título genérico dos crimes contra a honra, que foram divididos em injúria simples, difamação e calúnia. A difamação era a atribuição de fato desonroso que não se demonstrasse verdadeiro. A calúnia, por sua vez, era a imputação de fato desonroso, objetiva e subjetivamente falso. O Código Penal republicano do século XIX (1890) situava a injúria real no capítulo dedicado às lesões corporais, atribuindo-lhe a seguinte definição: "servir-se alguém, contra outrem, de instrumento aviltante, no intuito de causar-lhe dor física e injuriá-lo". A injúria praticada através de vias de fato estava incluída, genericamente, na injúria simples. A redação do Código Penal de 1940 teve como antecedente o Projeto Alcântara Machado (art. 321, § 1º), que retificou o Projeto Sá Pereira, que, equivocadamente, não distinguia violência e vias de fato (art. 211). (BITENCOURT, 2012, pp. 859-860)

Bitencourt (2012), conforme suas lições destacam que a França foi a pioneira na separação e na aplicação de tratativas diferentes para as modalidades de crimes contra a honra, visto que a calúnia, injúria e difamação possuem objetivos diferentes e também

372 Brasil. Decreto – Lei nº 2.848. Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 05 de Abril 2019.

formas diversas de serem realizadas, onde prepondera a característica de que todas essas modalidades criminosas atingem diretamente a honra do indivíduo que teve o seu direito lesado.

Acerca do conceito de injúria:

Injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima. O Código distingue, um pouco ociosamente, dignidade e decoro. A diferença entre esses dois elementos do tipo é tênue e imprecisa, o termo dignidade podendo compreender o decoro. Entre nós costumava-se definir a dignidade como sentimento que tem o indivíduo do seu próprio valor social e moral; o decoro como sua respeitabilidade. Naquela estariam contidos os valores morais que integram a personalidade do indivíduo; neste as qualidades de ordem física e social que conduzem à estima de si mesmo e o impõem ao respeito dos que com ele convivem. Dizer de um sujeito que ele é trapaceiro seria ofender sua dignidade. Chama-lo de burro, ou de coxo seria atingir seu decoro. (BRUNO, 2005, p. 300)

As lições de Bruno (2005) são efetivas para que possamos compreender de fato o que é a realização do crime de injúria, onde em poucas palavras, compreende-se como sendo ofensas proferidas diretamente para uma pessoa, fazendo com que a mesma possa ter os seu sentimentos e a sua dignidade ferida, causando transtornos na seara emocional, bem como, sentimentos de humilhações.

A injúria atua diretamente na honra subjetiva, isto é, na forma como a pessoa se enxerga no meio social, conforme:

A injúria é crime contra a honra que ofende a honra subjetiva. Consequentemente, ao contrário do que ocorre na calúnia e na difamação, não há imputação de fato. Caracteriza-se o delito com a simples ofensa da dignidade ou do decoro da vítima, mediante xingamento ou atribuição de qualidade negativa. A dignidade é ofendida quando se atacam as qualidades morais da pessoa (exemplo: chamá-la de "desonesta"), ao passo que o decoro é abalado quando se atenta contra suas qualidades físicas (exemplo: chamá-la de "horrorosa") ou intelectuais (exemplo: chamá-la de "burra"). A queixa-crime ou denúncia ajuizada pelo crime de injúria deve descrever, minuciosamente e sob pena de inépcia, quais foram as

ofensas proferidas contra a vítima, por mais baixas e repudiáveis que possam ser. (MASSON, 2014, p. 225)

A honra subjetiva é a impactada diretamente pela ocorrência do crime de injúria, onde o mero xingamento ou a humilhação verbal do indivíduo (vítima) já caracteriza a prática criminosa, dessa forma não existe a imputação de um fato, sendo o mesmo já considerado como implementado, ou consumado pela realização da ofensa verbal (ou escrita).

Rogério Grecco (2017) foi cirúrgico e essencialmente pedagógico com a apresentação das seguintes lições, conforme:

De todas as infrações penais tipificadas no Código Penal que visam a proteger a honra, a injúria, na sua modalidade fundamental, é a considerada menos grave. Entretanto, por mais paradoxal que possa parecer, a injúria se transforma na mais grave infração penal contra a honra quando consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, sendo denominada, aqui, de injúria preconceituosa, cuja pena a ela cominada se compara àquela prevista para o delito de homicídio culposo, sendo, inclusive, mais severa, pois ao homicídio culposo se comina uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e na injúria preconceituosa uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa, sendo discutida sua proporcionalidade comparativamente às demais infrações penais.

Numa posição intermediária, situa-se a injúria real, prevista no § 2º do art. 140 do Código Penal, cuja pena se compara à do delito de difamação.

Portanto, resumindo, o Código Penal trabalha com três espécies de injúria: a) injúria simples, prevista no caput do art. 140; b) injúria real, consignada no § 2º do art. 140; c) injúria preconceituosa, tipificada no § 3º do art. 140. Ao contrário da calúnia e da difamação, com a tipificação do delito de injúria busca-se proteger a chamada honra subjetiva, ou seja, o conceito, em sentido amplo, que o agente tem de si mesmo. (GRECCO, 2017, p. 405)

As lições apresentadas anteriormente, nos faz refletir acerca de um entendimento que muitas vezes predomina em nosso meio social, ou até mesmo no meio jurídico, visto

que, conforme apresentado prepondera o entendimento de que o crime de injúria por não ter a imputação de um fato é considerado ser o crime contra a honra “menor”, porém conforme apresentado, a injúria pode se tornar a modalidade mais expressiva de crimes contra a honra, visto que, muitas vezes a injúria é praticada em situações preconceituosas, ou muitas vezes expondo e ofendendo minorias e outros aspectos sociais, sexuais que impactam de forma direta o indivíduo, fazendo com que os mesmos possam ter pensamentos de muita humilhação, trazendo assim um sofrimento muito alto para as vítimas.

Um outro ponto que deve ser destacado e também abordado quando estudamos sobre o crime contra honra da injúria, é que prevalece uma dúvida acerca da aplicabilidade ou não da configuração de tal crime para as pessoas jurídicas, visto que as mesmas não possuem honra subjetiva.

Porém, é essencial apresentação do estudo desenvolvido por Capez (2012), conforme:

Predomina o entendimento na doutrina no sentido de que a pessoa jurídica não possui honra subjetiva, de modo que a ofensa contra ela poderá constituir ofensa contra os seus representantes legais. Pessoa jurídica (Lei de Imprensa). Embora o art. 23, III, da Lei n. 5.250/67 prevesse uma causa de aumento de pena para os crimes de calúnia, difamação ou injúria cometidos contra órgão ou autoridade que exercesse função de autoridade pública, entendíamos que seria inconcebível a injúria contra pessoa jurídica, na medida em que aquela diria com a honra subjetiva, ou seja, a autoestima, o “amor-próprio” do agente, sentimentos estes que somente a pessoa humana poderia possuir. Mencione-se que na ADPF 130, o STF julgou incompatível com a Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da Lei n. 5.250/67 (CAPEZ, 2012, pp. 308-309)

Fica evidente que, conforme julgados não se aplica tal modalidade criminosa para as pessoas jurídicas, visto que, como o objeto principal para a caracterização da ocorrência do crime depende da ofensa para a honra subjetiva, ou como trazida pelo autor “amor-próprio” as empresas não possuem tal característica, existindo a impossibilidade desse crime nas empresas.

A injúria pode ser compreendida como sendo uma ofensa direcionada para uma pessoa que visa trazer humilhação e atingir diretamente a sua honra subjetiva, aquela que decorre da forma como a vítima se enxerga e se vê posicionada no meio social em que está inserida.

1.2 Difamação

O crime de difamação é uma modalidade de crime contra a honra que está positivado em nossos Código Penal de 1940, sendo uma das modalidades criminosas contra a honra onde é imputado para um fato que traz uma ofensa para a reputação do agente:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

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

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Conforme a letra da lei, o crime de difamação se caracteriza como sendo a modalidade de crime contra a honra onde a vítima é ofendida, onde o agressor imputa-lhe um fato que é ofensivo para a reputação da pessoa, contando uma história ou narrando uma situação.

Aqui, conforme apresentado também temos uma situação específica para quando o crime ocorre tendo a vítima uma pessoa que é funcionária pública, e esse objeto da difamação está amplamente relacionado com o exercício das suas funções, dessa forma não atingindo somente a sua reputação como pessoa, mas sim também a sua reputação como profissional, no exercício de funções públicas.

Também devemos destacar as lições de Bitencourt (2012), que nos apresenta informações muito importantes para que possamos compreender o nascimento e a tipificação dessa modalidade criminoso, de crime contra a honra:

Embora a honra tenha sido objeto de proteção legal desde a Antiguidade, apenas o Código Napoleônico de 1810 começou a tratar separadamente injúria e calúnia, sendo que esta última abrangia também a difamação. Os dois Códigos Penais brasileiros do século XIX — 1830 e 1890 — não tipificavam a difamação como crime autônomo, pois a englobavam em um conceito amplo, injúria. Na

verdade, foi somente o Código Penal de 1940 que, com maior rigor técnico e objetividade, tipificou isoladamente os crimes contra a honra como calúnia, difamação e injúria; deu-lhes autonomia e estabeleceu-lhes os respectivos traços distintivos. O Código de Processo Penal encarregou se, por sua vez, de estabelecer procedimento especial para o processo e julgamento da calúnia e da injúria. (BITENCOURT, 2012, p. 834)

Diante disso, temos a informação que a forma como conhecemos o crime de difamação somente foi tipificado no nosso atual Código Penal de 1940, fazendo com que haja o entendimento de que tal crime contra a honra é uma modalidade contemporânea, visto que, nos códigos mais antigos o mesmo não estava tipicado e tinha o mesmo entendimento jurídico que possuímos hoje.

Conforme anteriormente apresentado, o crime de difamação diz respeito á lesões contra a honra objetiva, sendo trazido a seguinte lição para compreender o assunto:

Constitui-se a difamação em crime que ofende a honra objetiva, e, da mesma forma que na calúnia, depende da imputação de algum fato a alguém. Esse fato, todavia, não precisa ser criminoso. Basta que tenha capacidade para macular a reputação da vítima, isto é, o bom conceito que ela desfruta na coletividade, pouco importando se verdadeiro ou falso. (MASSON, 2014, p. 220)

Em tese, a ocorrência do crime de difamação se dá após a imputação de algum fato a alguém, devendo obrigatoriamente esse fato se caracterizar como sendo algo desonroso, algo carregado de desonestidade, algo que traga vergonha para o indivíduo no meio social, visto que, desperta um entendimento de falhas de caráter na pessoa que difamada, fazendo com que a sua honra objetiva (forma como a sociedade a vê) sofra diminuições.

Fica claro que para a ocorrência do crime de difamação, existe a necessidade da existência do dolo, não compreendendo a existência da modalidade de difamação culposa, conforme nos é ensinado a seguir:

Além do dolo, é indispensável o animus dif amandi, elemento subjetivo especial do tipo, como ocorre em todos os crimes contra a honra. A difamação também exige o especial fim de difamar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido. A ausência desse especial fim impede a tipificação do crime. Por isso, a simples idoneidade das palavras para ofender é

insuficiente para caracterizar o crime, como ocorre, em determinados setores da sociedade, como uso de palavras de baixo nível, por faltarem o propósito de ofender. (BITENCOURT, 2012, p. 844)

Essencial compreender tal cenário, onde o *animus difamandi*, isto é, a vontade do agente na ocorrência da difamação, deixa claro que sem o mesmo não irá ocorrer o enquadramento de tal crime contra a honra, não existindo espaço para que os agentes queiram se isentar de sua responsabilidade para com a existência de tal crime.

As lições de Grecco (2017), deixam claro que se configura o crime de difamação:

Que na difamação pune-se, tão somente, aquilo que popularmente é chamado de "fofoca". É, igualmente, o crime aquele que, sendo falso ou verdadeiro o fato, o imputa a alguém com o fim de denegrir sua reputação. Concluindo, para que se configure a difamação deve existir uma imputação de fatos determinados, sejam eles falsos ou verdadeiros, à pessoa determinada ou mesmo a pessoas também determinadas, que tenha por finalidade macular sua reputação, vale dizer, sua honra objetiva. (GRECCO, 2017, p. 393)

Essa lição deixa claro que, para se configurar o crime de difamação independe que o fato que foi imputado seja verdade ou não, visto que, somente a ação de "fofocar" já está dentro do tipo penal, possuindo a possibilidade de punição para o agente que cometeu o crime contra a honra.

Continuando sobre o assunto:

Consiste na imputação de fato que, embora sem revestir caráter criminoso, incide na reprovação ético-social e é, portanto, ofensivo à reputação da pessoa a quem se atribui. Segundo já foi acentuado, é estreita a sua afinidade com a calúnia. Como esta, é lesiva da honra objetiva (reputação, boa fama, valor social da pessoa) e por isto mesmo, supõe necessariamente a comunicação a terceiro. Ainda mais: a difamação, do mesmo modo que a calúnia, está subordinada à condição de que o fato atribuído seja determinado. Há, porém, diferenças essenciais entre uma e outra dessas modalidades de crime contra a honra: na calúnia, o fato imputado é definido como crime e a imputação deve apresentar-se objetiva e subjetivamente falsa;

enquanto na difamação o fato imputado incorre apenas na reprovação moral, e pouco importa que a imputação seja falsa ou verdadeira. (HUNGRIA, 2016, pp. 84-85)

iante das informações apresentadas, fica claro que, o crime de difamação é algo que atenta diretamente contra o caráter ético-social dos indivíduos, onde mesmo que as informações apresentadas sejam falsas ou verdades, em ambas as situações o resultado de lesão contra o indivíduo será o mesmo, fazendo com que a ocorrência e a existência de fatos verdadeiros ou não cause impacto para o resultado final da lesão.

Necessário compreender que o crime de difamação irá sempre lesar a forma como a sociedade enxerga o indivíduo,

1.3 Calúnia

Assim como os outros dois crimes, o crime de calúnia, também está positivado em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no artigo 138 do Código Penal, conforme:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

- se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

- se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

- se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível

Somente pela leitura da letra de lei, ficam claras as diferenças dessa modalidade de crime contra a honra com os dois crimes anteriormente apresentados, visto que, para a configuração do crime de calúnia, o fato precisa necessariamente ser falso e também algo que é definido como crime.

Conforme as lições destacadas:

Portanto, para que haja calúnia, deve existir sempre uma imputação falsa de um fato, definido como crime. Caso não seja um fato, mas, sim, um atributo negativo quanto à pessoa da vítima, o crime será de injúria; sendo um fato que não se configure em crime, podendo até mesmo ser uma contravenção penal, o delito será o de difamação; acreditando o agente que o fato definido como crime é verdadeiro, incorrerá em erro de tipo, afastando-se o dolo do art. 138, podendo, contudo, ainda ser responsabilizado pelo delito de difamação, embora possa ser discutível essa classificação, conforme veremos mais detidamente adiante. (GRECCO, 2017, p. 371)

Para esse crime essencialmente que o fato imputado ao agente (lesionado) seja falso e que seja um fato tipificado como crime, podendo também ser uma contravenção penal, fazendo com que, o agente lesionado não seja visto apenas alguém que possui falhas de caráter, mas também que seja falsamente imputado como um criminoso.

As lições de Masson (2014), nos faz entender um pouco mais do que o legislador pensou ao positivar esse crime, conforme:

Na atividade de atribuir falsamente a alguém a prática de um fato definido como crime. O legislador foi repetitivo, pois ambos os verbos – “caluniar” e “imputar” – equivalem a atribuir. Melhor seria ter nomeado o crime como “calúnia”, descrevendo o modelo legal de conduta da seguinte forma: “Imputar a alguém, falsamente, fato definido como crime”. Isto é caluniar (MASSON, 2014, p. 211)

Esta natureza de difamação verifica-se quando alguém, ao saber da falsa imputação de um crime à vítima, comete o crime e o comunica a outras pessoas. A promoção é a descrição verbal, enquanto a divulgação envolve a transmissão de mensagens por qualquer outro meio (exemplos: panfletos, outdoors, gestos, etc.).

Promoção e publicação são ações do sujeito, não resultado de um crime. (MASSON, 2014, p. 215)

Em relação aos sujeitos passivos do imposto, isto é, a uma pessoa a quem indevidamente é imputada a responsabilidade pela prática de determinado facto, cabe considerar que as características e condições de determinados sujeitos (pessoas não

sujeitas ao imposto e pessoas colectivas) podem sofrer conflitos jurisprudenciais quanto à existência de um crime.

Quanto ao sujeito ativo e passivo, o artigo 138 traz o entendimento de que todo indivíduo pode se integrar como sujeito ativo ou como sujeito passivo do crime de difamação, porém, segundo Grecco, há a possibilidade de inimputabilidade, como sujeitos passivos da atividade criminosa investigada, figuram também as pessoas jurídicas. (GRECO, 2017)

Acerca da forma de operacionalização para a prática do crime em questão, as lições apresentadas por Capez (2012) não deixam dúvidas, conforme podemos verificar:

- a) inequívoca ou explícita: o agente afirma explicitamente a falsa imputação, por exemplo, “fulano de tal é o sujeito que a Polícia está procurando pela prática de vários estupros”;
- b) equívoca ou implícita: a ofensa não é direta, depreendendo-se do conteúdo da assertiva, por exemplo, “não fui eu que por muitos anos me agasalhei nos cofres públicos”;
- c) reflexa: imputar o crime a uma pessoa, acusando outra, por exemplo, dizer que “um Promotor deixou de denunciar um indiciado porque foi por ele subornado”. O indiciado também foi ofendido. (CAPEZ, 2012, p. 284)

As lições apresentadas por Capez (2012) são muito didáticas e eficientes para que possamos compreender como ocorre o crime de difamação e o papel essencial e central que a imputação falsa de um crime representa nesse tipo penal.

Diante disso, devemos pensar que, a difamação pode ser caracterizada como sendo o crime contra honra que faz mais “estragos” na vida das pessoas que são atingidas pelos mesmos, visto que, tal tipo penal faz com que não somente a pessoa seja lesada no que diz respeito às questões ética e sociais, mais também que a mesma de forma falsa seja compreendida como sendo uma pessoa criminosa, uma pessoa que faz parte do mundo do crime, isto é, fazendo com que inclusive possam existir segregações e diversos preconceitos nos campos sociais em que a mesma está inserida.

Assim como apresentado anteriormente quando se explicou a outra modalidade de crime contra a honra, no caso da difamação a mesma também não pode ocorrer de forma culposa, visto que, para a realização de tal crime o dolo é um sujeito essencial, conforme verifica-se:

Propalar é relatar verbalmente. Divulgar é relatar por qualquer outro meio. Nesses subtipos de calúnia é necessário que o sujeito pratique o fato com dolo direto de dano. O dolo eventual não é suficiente. O tipo exige que conheça a falsidade da imputação. Enquanto no tipo fundamental, previsto no caput, admite-se o dolo direto ou eventual, este quando sujeito tem dúvida sobre a imputação, nos subtipos é imprescindível que tenha vontade direta de causar dano à honra alheia, conhecendo perfeitamente a falsidade da imputação. (JESUS, 2013, p. 256)

Com base nas informações apresentadas, compreendemos assim o potencial ofensivo que o crime de difamação apresenta para a vida de suas vítimas, ainda mais quando consideramos que para a configuração desse crime se faz necessário que a imputação seja falsa, dessa forma, o agente lesado sofre com a divulgação de informações acerca de fato criminoso que o mesmo nem chegou a ser partícipe ou de ser executor.

Quando pensamos na seara psicológica e moral, os crimes contra a honra trazem diversas mazelas e também problemáticas para a saúde mental dos agentes que foram alvos de tais crimes, fazendo com que muitas vezes esses traumas ou humilhações se perpetuem por diversos anos em suas vidas, trazendo impactos negativos em todas as searas e ciclos sociais em que as vítimas estão inseridas, sendo um problema muito urgente.

2 AS FAKE NEWS

O tema das Fake News está em evidência cada vez maior em nossa sociedade atual, onde a facilidade de divulgação de informações em aplicativos de comunicação instantânea e o aumento significativo de uso das redes sociais pela sociedade abriu um caminho muito prático para a perpetuação das fake news, isto é, divulgação de informações falsas com objetivos específicos a serem atingidos, podendo até mesmo, serem utilizadas para alterar resultados de eleições democráticas e formar um convencimento de grande parcela da população, através de inverdades e abrindo espaço assim para o alinhamento das fake news com as ocorrências de crimes contra a honra.

A lição á seguir é essencial para que possamos discutir esse importante assunto:

A alfabetização midiática é a capacidade mais específica de entender a linguagem e as convenções das notícias como um gênero e reconhecer como esses recursos podem ser explorados por alguém mal-intencionado. Por mais importante que seja, no entanto, é

improvável que ela, sozinha, produza total resiliência para a desinformação vestida de notícias. Isso ocorre porque os seres humanos se comunicam não apenas com suas cabeças, mas também com seus corações. Por isso, a AMI também precisa prestar atenção para conscientizar as pessoas sobre como elas respondem a conteúdos de notícias, e suas predisposições para darem credibilidade ou não à informação, independente de parecerem notícias ou não. (IRETON, 2018, p. 36)

A mídia possui um papel muito específico em nosso meio social, fazendo com que muitos assuntos e caminhos percorridos no meio social possam ser alterados em virtude do poder de convencimento presente nas mídias.

Diante desse poder, é muito importante que em nosso meio social ocorra cada vez mais ações que visam a realização plena da alfabetização midiática, tal afirmação e expressão de início pode causar estranhamento e até mesmo dúvidas, porém essa alfabetização consiste na realização de estudos e passar para a sociedade em geral a afirmação de que não podemos confiar em tudo que vemos e que diante do cenário atual devemos desconfiar de qualquer informação que nos pareça absurda, buscando e incentivando sempre a ir atrás das devidas fundamentações e fontes, para que possamos acatar essas informações.

Conforme anteriormente já apresentado, as fake news possuem um poder muito grande em formar opiniões e as mesmas podem até mesmo serem utilizadas como uma estratégia política, fazendo com que possam ocorrer crimes contra a honra dos candidatos e consequentemente afetar a sua moral-ética e a forma como os eleitores vêem esses candidatos.

Diante disso, o nosso Código Eleitoral (lei 4.737/65) em seu artigo 323 preconiza o seguinte:

Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado:

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Parágrafo único. A pena é agravada se o crime for cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

Compreendemos que o crime de utilização de fake news para fins políticos já está positivado em nosso ordenamento jurídico eleitoral, existindo a possibilidade de punição para os agentes que realizem tais ações criminosas, nesses casos existindo até mesmo pena de detenção para os mesmos.

Em virtude do poder que a grande mídia possui para com a veiculação das fake news, nosso Código Eleitoral apresenta a agravante para as situações em que o crime for cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

O conteúdo a seguir faz parte de um PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 473, DE 2017, que visa alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa:

Divulgação de notícia falsa.

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a finalidade social da rede

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Compreende-se que o conteúdo do presente Projeto de Lei ao ser recepcionado pelo nosso ordenamento jurídico seria capaz de lidar com todas as problemáticas referentes às questões da divulgações de fake news, podendo ser visto como uma medida repressiva para esse assunto que possivelmente colaboraria e muito para a diminuição dos

casos cada vez mais crescentes de veiculação de fake news, dessa forma, podendo impactar diretamente o cenário político atual do Brasil.

Notícias falsas não são notícias distorcidas, errôneas ou mal divulgadas. São notícias falsas criadas com o propósito de enganar para obter alguma vantagem sobre eles. Os boatos sempre existiram, o contexto em que atuamos mudou, a velocidade e a profissionalização com que as fake news se multiplicaram e atingiram cada vez mais pessoas. (Alsina, 2009)

Apesar de o tema das fake news ser contemporâneo, a disseminação de fake news é um artifício muito antigo usado em séculos passados por colonizadores, exploradores que contavam suas vitórias em guerras usando essa finta ou mesmo manipulando-a com o que parecia ser um deliberado. maior do que realmente era. Dessa forma, todos os povos ou países que foram escravizados, derrotados em guerras, não tiveram contraditório, ou seja, não tiveram o direito de revelar suas versões dos acontecimentos ou mecanismos de combate a esse fenômeno. (GOLS, 2019)

Essa situação passou a ter um cenário diferente a partir do século XX, quando o persistente questionamento das narrativas dos vencedores e dos direitos de grupos minoritários impôs uma objeção duradoura à perspectiva dos vencedores, além de introduzir importantes medidas para combater notícias falsas do passado.

Atualmente, as notícias falsas se espalham em ritmo acelerado pelo mundo graças à influência das redes sociais e seu compartilhamento instantâneo. Assim, não são mais apenas os grupos minoritários que sofrem com esse mecanismo de decepção, mas todos os setores da sociedade que em algum momento sofrerão com os ataques das fake news. (GOLS, 2019)

Um dos casos mais emblemáticos quando falamos de fake news e o cenário político foi a situação que ocorreu com a então Vereadora Marielle Franco.

Visando comentar e contextualizar acerca desse caso, apresenta-se o seguinte conteúdo:

A questão é que a tal Marielle não era apenas uma 'lutadora'; ela estava engajada com bandidos! Foi eleita pelo Comando Vermelho e descumpriu "compromissos" assumidos com seus apoiadores. Ela, mais do que qualquer outra pessoa 'longe da favela' sabe como são cobradas as dívidas pelos grupos entre as quais ela transacionava. Até nós sabemos disso. A verdade é que jamais saberemos ao certo

o que determinou a morte da vereadora, mas temos certeza de que seu comportamento, ditado pelo seu engajamento político, foi determinante para seu trágico fim. (STJ, 2019)

Esse conteúdo faz parte de uma postagem na rede social Facebook acerca de comentários sobre o caso da morte da Mariele Franco.

A propósito desta postagem no Facebook, o desembargador recebeu da Corte Especial do Supremo Tribunal Federal (STJ) uma denúncia criminal apresentada pela família da vereadora Marielle Franco contra um desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (STJ, Juizado Especial aceita denúncia criminal por difamação movida pela família de Marielle Franco contra a juíza TJRJ, 2019)

A queixa-crime é a parte inicial de uma ação penal privada, proposta por iniciativa própria da vítima (neste caso, familiares, no caso de morte), e não pelo Ministério Público.

3 RESPONSABILIZAÇÃO PENAL NA DIVULGAÇÃO DE FAKE NEWS

Com base nas informações acima, entendemos todas as ações e bens lesivos que são prejudicados pela publicação de notícias falsas, cujo resultado é agravado quando se trata da disseminação de notícias falsas para produção de crimes contra a honra.

Uma vez que a propriedade danificada é identificada e podemos entender facilmente quais serão os resultados, deve-se observar que a divulgação de notícias falsas acarreta responsabilidade criminal.

O Artigo 19 do Marco Civil da Internet nos fornece informações importantes sobre o processo de responsabilidade criminal pela prática dos seguintes delitos:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2o A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal.

§ 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança (BRASIL, 2014, s.p).

Com isso, compreendemos que o Marco Civil da Internet já nos apresenta um conteúdo e informações acerca do processo necessário para que ocorra a imputação da responsabilidade criminal para os agentes que cometem a divulgação de notícias falsas na internet possam ser punidos e responder criminalmente sobre a realização de tais ações.

Diante disso, as lições de Filho (2014) devem ser destacadas:

Por fim, e ainda mencionando os efeitos políticos do art. 19 do Marco Civil da Internet, num país que se precisa crescer muito em educação digital (não confundir com acesso à Internet), dificilmente as pessoas ofendidas na Rede Mundial de Computadores conseguirão ter reparado o seu dano, pois sequer conhecem as leis e não têm mecanismos de acesso ao Judiciário (FILHO, 2014, p. 40).

Tai lições são muito importantes e nos faz refletir no processo de responsabilização penal na divulgação de fake news, visto que, o Brasil ainda cacere muito de educação digital, onde com o crescente acesso e democratização do uso da internet, muitas pessoas

ainda não conhecem o poder de suas ações no campo digital, muitas vezes realizando ações sem que haja o pleno entendimento por parte da mesma.

Fato é que, a analfabetização digital e a ingenuidade de muitas pessoas, sejam por idade ou por classes sociais mais baixas, prevalece o entendimento de que tudo que está publicado nos meios de comunicação são verdadeiros.

Quando se fala na responsabilização penal por causa da divulgação de fake news, devemos sempre nos atentar para esses quesitos, fazendo com que não hajam medidas desenfreadas e que deixem de analisar questões sociais, quando se focam apenas na ocorrência dos fatos.

A lição de Burg e Crecco (2018), nos faz analisar criticamente tal situação:

Os crimes de calúnia, injúria e difamação, tipificados, respectivamente, nos artigos 138, 139 e 140, todos do Código Penal, não cumprem com a aludida finalidade, afinal, como bem se sabe, tutelam, apenas e tão somente, a honra de quem se sentir atingido em detrimento de condutas que envolvam seu nome em particular. O bem jurídico que se pretende proteger com a criação desse novo tipo penal, conforme bem demonstra a exposição de motivos de ambos os projetos de lei mencionados no início do presente artigo, é, portanto, completamente diverso daquele tutelado pelos aludidos delitos. Afinal, quando uma suposta notícia falsa versa sobre política, economia, segurança e saúde, a vítima, muitas vezes, não pode ser identificada. (BURG, GRECCO, 2018)

Tais lições faz com que precisemos analisar de forma melhor a questão da incidência da relação existente entre os crimes contra a honra e a divulgação das fake news no meio digital, fazendo com que hajam dificuldades para que sejam identificados o bem tutelado.

Por último, devemos destacar o conteúdo do Projeto de Lei nº 6.812/2017:

Projeto de Lei nº 6.812/2017, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly – PSDB/PR

Art. 1º Constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica. Penal- detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. Art. 2º Os valores

decorrentes da imposição da multa a que se refere o artigo primeiro serão creditados à conta do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – CFDD.

Precisamos evoluir juridicamente para que o nosso ordenamento jurídico esteja apto a lidar com as situações de responsabilização penal na divulgação das fake news, e conseqüentemente promover educação para que as pessoas possam estar cada vez mais educadas e cientes do poder nocivo que as fake news promovem em nossa sociedade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, compreendemos a importância de que o direito brasileiro saiba lidar com as questões da disseminação de fake news, bem como, propor medidas que seja cogentes e cabíveis e que lidem de forma correta com a questão do alinhamento dos crimes contra a honra que são praticados através de veiculação de falsas informações na internet, atingindo diretamente a honra dos envolvidas, no caso as vítimas.

Diante dos aspectos notados, é imprescindível que o legislador elabore novas medidas de convencimento para o combate às fake news, devido à insurreição da população com notícias falsos e falsos, além do impacto nefasto no cenário político., indicando a excessiva promoção da intolerância entre os indivíduos.

As notícias falsas são um problema crescente em nosso meio social e podem levar a muitos problemas.

O desenvolvimento da tecnologia levou ao surgimento de novos métodos. nas interações nas relações interpessoais sem dúvida. Na medida que a internet descentraliza as capacitâncias de produção de conhecimento, cada usuário torna-se um agente de geração de conteúdo. Entretanto, ao descentralizar a produção essas mídias alternativas trouxeram novos modelos para o debate político, econômico e cultural da sociedade.

Nesse cenário surgiu a disseminação de fake news nas redes sociais. A rapidez e a desvalorização dos fatos que o ambiente cibernético oferece, prejudicam as percepções pessoais que caracterizam a era da pós-verdade vivida. Encontramos um bom ambiente para a disseminação de notícias falsas. Nesta nova realidade, as leis regem esses comportamentos e relacionamentos e fornecem soluções para possíveis conflitos.

Fato é que, o problema das fake news é um assunto que está em muita evidência atualmente, fazendo com que a aplicação de tal modalidade criminosa esteja ocorrendo

para atingir diversos aspectos e pilares importantes do nosso meio social, tal como o cenário político.

Essencial que, os legisladores implementem ações corretivas para que esses assuntos possam ser penalizados e que a impunidade esteja cada vez mais superada, onde a implementação de fatores para lidar diretamente com esses casos, principalmente os casos em que visam influenciar e promover falsas informações para impactar negativamente o cenário político.

Com base em todo o conteúdo apresentado, conclui-se que o processo judicial e repressão das fake news, ainda mais no que diz respeito aos casos de crimes de honra utilizando tais “ferramentas”, vem se tornando um tema cada vez mais importante. tanto mais urgente quando se considera todo o impacto negativo que a disseminação e publicação de notícias falsas podem ter.

Por outro lado, as questões do direito digital no Brasil ainda estão dando seus primeiros passos, ramo do direito que ainda está em plena expansão e se consolidando em nosso ordenamento jurídico.

A questão dos crimes de honra, quando aliada às fake news, acaba se tornando um tema interdisciplinar que precisa conciliar os pontos do direito digital e do direito penal, o que é ainda mais difícil em relação a esse tema.

Há a necessidade de uma coordenação rápida para tratar desse assunto o mais rápido possível e há previsão legal para punir as fake news e também como qualificadora de crimes de honra pois a velocidade com que as informações são transmitidas no meio digital é gigantesca e causa honra os crimes atingem um nível muito mais elevado do que quando ocorrem fora do ambiente digital.

E por fim, é preciso investir veementemente em educação, com campanhas publicitárias, políticas públicas, através das próprias redes sociais, levando a uma maior conscientização dos usuários para que possam utilizar as redes sociais de forma mais responsável e educada.

Uma sociedade educada e ciente de todas as responsabilizações penais que podem ser geradas através da divulgação de fake news, bem como, da ocorrência de crimes contra a honra se pautando dessas modalidades criminosas, onde a educação e divulgação de tais temas, se caracteriza como sendo uma forma de repressão para a realização de tais crimes, visto que, as pessoas irão conhecer todas as contramedidas que o Estado pode implementar para punir os agressores e criminosos que virem a cometer tais atos ilícitos.

Em virtude da grande ocorrência de tais crimes em nosso atual cenário social, a criminalização das fake news de forma efetiva deve ser um pilar muito importante e que seja cada vez mais desenvolvido em nossa seara jurídica penal, visando de forma efetiva lidar com todas essas questões.

REFERÊNCIAS

ALSINA, M. R. (2009). **A construção da notícia**. Rio de Janeiro: Vozes.

ARAL, S. **The spread of true and false news online**. 9 de março de 2018. disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146.full>> Acesso em 20 de Maio de 2019

BATISTA, R. (14 de Novembro de 2018). **Fake News.**, disponível em <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/curiosidades/fake-news.htm>> Acesso em 23 de Abril de 2019

BITENCOURT, C. (2012). **Tratado de Direito Penal** - Parte Especial - Vol.2. São Paulo: Saraiva.

BURG, Daniel Allan; GREGGO, Marcela. **Criminalização das Fake News pede um novo tipo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opiniao-criminalizacao-fake-news-tipo-penal> .Acesso em: 21 de dezembro de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 10 de Abril de 20.

BRASIL. **Decreto – Lei nº 2.848**. Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 05 de Abril 2019.

BRASIL. **Lei nº 4737**. Julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em 10 de abril 2021.

BRASIL. **Lei 12.965**. Abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 04 de Abril de 2019

BRUNO, A. (2005). **Crimes Contra Pessoa**.

CAPEZ, F. (2012). **Curso de Direito Penal** - Parte Especial - Vol.2. São Paulo: Saraiva.

CARPANEZ, J. (27 de Setembro de 2018). **Veja o passo a passo da notícia falsa que acabou em tragédia em Guarujá**. Disponível em: <https://folha.com.br/https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/veja-o-passo-a-passo-da-noticia-falsa-que-acabou-em-tragedia-em-guaruja.shtml>> Acesso em 23 de Maio de 2019.

CAVALCANTI, L. (15 de março de 2019). **Fake News: A verdade sob ataque.** disponível em <https://especiais.correiobraziliense.net.br/fakenews/index2.html>> Acesso em 22 de julho de 2019.

CELI, R. (3 de janeiro de 2019). **Fake news: o que é, consequências e redação!** Disponível em: <https://www.stoodi.com.br/blog/2019/01/03/fake-news-o-que-e/>> Acesso em 24 de julho de 2019.

CHAVES, C., & ROSENVALD, N. (2014). **Curso de Direito Civil. Vol.1 Parte Geral.** Salvador.

COSTA, C. (16 de março de 2018). **Por que o assassinato de Marielle virou palco de batalha ideológica nas redes.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-43437479>> Acesso em 8 de Maio de 2019.

COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal Objetivo.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CRESPO, Marcelo. **Crimes digitais.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laíse Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. *Revista de Direito do Consumidor, São Paulo*, vol. 99, n. 24, maio-jun 2015. p. 185-231.

DH. (1969). **Convenção americana sobre direitos humanos.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 02 de Abril de 2019.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da internet.** In: MASSO, Fabiano D.; ABRUSIO, Juliana; FILHO, Marco A. **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

G1. **Conselho arquiva processo de deputado que divulgou fake news sobre Marielle.** Maio de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/conselho-arquiva-processo-de-deputado-que-divulgou-fake-news-sobre-marielle-franco.ghtml>>. Acesso em 10 de abril de 2019

GRECCO, R. (2017). **Curso de Direito Penal, Vol.2 - Parte Especial.** Impetus.

HUNGRIA, N. (2016). **Comentários ao código penal, v. V.**

IRETON, C. (2018). **Jornalismo, Fake News & Desinformação.** Paris: UNESCO.

JENKINS, H. (2014). **Cultura da conexão: criando valor e significado.** São Paulo: Aleph.

JESUS, D. (2013). **Curso de Direito Penal - Vol.2 - Parte Especial.**

JURÍDICO, C. (23 de Março de 2018). **Juíza manda YouTube remover 16 vídeos ofensivos à vereadora Marielle Franco**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-23/juiza-manda-youtube-remover-16-videos-ofensivos-marielle-franco>> Acesso em 2 de Junho de 2019

KARNAL, L. **O impacto social das notícias falsas**. Mar. 2018, disponível em: <https://cultura.estadao.com.br/blogs/sem-intervalo/leandro-karnal-fala-sobre-o-impacto-social-das-noticias-falsas/>>. Acesso em 26 de Abril de 2019

LIMA, Marcia Heloisa Tavares de Figueredo. **O estatuto teórico epistemológico do direito à informação no contemporâneo: das dimensões aos limites**. 2013. Disponível em : < <https://periodicos.ufpb.br/index.php/pbcib/article/view/22389>> Acesso em: 20 de novembro de 2021.

MASSON, C. (2014). **Direito Penal - Vol.2 Parte Especial**. Rio de Janeiro: Método.

Muñoz Conde, F. (s.d.). **Derecho penal** – Parte especial.

NOGUEIRA, C. (2017). **Projeto de Lei do Senado nº 473, de 2017**. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>> Acesso em 20 de Maio de 2019.

NORONHA, E. M. (s.d.). **Direito penal, v. 2**.

NUCCI, G. (2016). **Manual do Direito Penal**. 12ª edição. Editora Forense – Rio de Janeiro.

Quem é Marielle? (2018). Disponível em <https://www.mariellefranco.com.br/quem-e-marielle-franco-vereadora>> Acesso em 1 de Maio de 2019.

RESENDE, L. (19 de Março de 2018). **Marielle: desembargadora, deputado e pastor não checaram antes de postar**. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/03/19/marielle-fake-news/>> Acesso em 3 de Maio de 2019

RIO DE JANEIRO. **Ação Indenizatória**. Processo nº 0070926-71.2018.8.19.0001. Disponível em: <<https://www.psol50.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Ac%CC%A7a%CC%83o-Facebook-Inicial.pdf>> Acesso em 29 de Março 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Decisão do Processo**: 0070926-71.2018.8.19.0001, 15ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro. Autor: A. S. R. B. Autor: M. T. A. B. Réu: F. S. O. B. L. Juiz Jorge Jansen Counago Novelle, Março de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2018.001.056731-5>>. Acesso em 12 de Abril de 2019.

ROCHA, C. **Como funcionam os robôs que 'discutem' política nas redes sociais.** Agosto de 2017. disponível: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/08/29/Como-funcionam-os-robos-que-discutem-politica-nas-redes-sociais>>. Acesso em 8 de Abril de 2019

STJ. (7 de agosto de 2019). **AÇÃO PENAL Nº 912** - RJ - Relatora Ministra Laurita Vaz., disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=APn%20912>> Acesso em 20 de agosto de 2019.

STJ. (7 de agosto de 2019). **Corte Especial recebe queixa-crime de calúnia apresentada pela família de Marielle Franco contra desembargadora do TJRJ.** disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Corte-Especial-recebe-queixa-crime-de-calunia-apresentada-pela-familia-de-Marielle-Franco-contradesembargadora-dotjrj.aspx>> Acesso em 20 de agosto de 2019.

VALENTE, J. (10 de Outubro de 2018). **Fake news sobre candidatos inundam redes sociais em período eleitoral.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-10/um-dia-da-eleicao-fake-news-sobre-candidatos-inundam-redes-sociais>> Acesso em 26 de Maio de 2019.

VINICIUS, M. (30 de Março de 2018). **Ataque à imagem de Marielle Franco revela a lógica das Fake News.** Disponível em: <https://medium.com/revista-subjetiva/ataque-a-imagem-de-marielle-franco-revela-a-lógica-das-fake-news-f9c60999f07b>> Acesso em 4 de Maio de 2019.

DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO MULTITUDINÁRIO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

TATIANA COSTA ANACHE:

Bacharel em direito, analista processual do Ministério Público da União³⁷³

RESUMO: Muitas ações rescisórias correm na Justiça do Trabalho ao fundamento de nulidade processual do acórdão que se visa rescindir, sob alegação de ausência de citação daqueles que poderiam ser, eventualmente, atingidos pelos efeitos da decisão proferida em ação coletiva. O presente artigo visa discorrer acerca da desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo multitudinário em Ação Civil Pública, ação voltada à defesa de direitos e interesses difusos e coletivos. Busca defender, especificamente em relação aos sujeitos que possam vir, futuramente, a ser alcançados pelos efeitos do provimento judicial a ser editado, a não aplicação à espécie, de normas sobre litisconsórcio e assistência previstas no Código de Processo Civil, já que a Lei da Ação Civil Pública possui disposições específicas que regulam o litisconsórcio, de modo que, em se tratando de Ação Civil Pública – processo de jurisdição coletiva – inexistente qualquer previsão legal para a admissão de litisconsórcio necessário no polo passivo da lide. Ademais, conforme pacífico entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal do Trabalho, considerando-se que, na Ação Civil Pública, se busca a proteção de direitos difusos, transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas, não há como aplicar as normas processuais destinadas à citação em demandas de natureza individual previstas no Código de Processo Civil, sob pena de não se viabilizarem as ações coletivas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Difusos e Coletivos. Litisconsórcio Necessário. Litisconsórcio Passivo Multitudinário. Ações Coletivas. Ação Civil Pública. Jurisdição Coletiva.

1. INTRODUÇÃO

Litisconsórcio, como é cediço, é a união de mais de uma pessoa em um dos pólos do processo quando, entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide, os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; ou ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito (artigo 46 do CPC).

373 E-mail: tati_anache@hotmail.com

Ele pode ser ativo, passivo ou misto. Ativo, quando duas ou mais pessoas dividem a titularidade da ação. Passivo, quando mais de uma pessoa ocupa a posição de requerido e misto, quando há mais de uma titularidade em ambos os pólos.

Pode também ser facultativo ou necessário. É necessário quando, segundo disposição do artigo 47 do CPC, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. Facultativo quando não existe necessidade ou imposição da lei, mas apenas vontade de litigar em conjunto.

O processo de jurisdição coletiva, que abrange a Ação Civil Pública e a Ação Coletiva, possui princípios e regramento próprios que não admitem a figura do litisconsórcio necessário no polo passivo da lide.

Sempre que a decisão judicial tiver força para atingir diretamente várias pessoas que compartilham de uma mesma situação jurídica que reúne um feixe de relações jurídicas materiais emerge o litisconsórcio passivo multitudinário.

Com efeito, a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85- possui disposições específicas que regulam o litisconsórcio, em seu art. 5º, §§2º e 5º. Por outro lado, no Código de Defesa do Consumidor, que alterou a Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), existe previsão para a intervenção do litisconsorte apenas no capítulo “Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos”, restringindo-a também ao polo ativo da ação, nada dispondo acerca do polo passivo.

A ausência de normas regulando o litisconsórcio e assistência no polo passivo da lide no sistema processual de jurisdição coletiva, em hipótese alguma, pode ser visto como uma lacuna que autorize a aplicação subsidiária dos referidos institutos, na forma prevista no sistema processual de jurisdição individual, por serem totalmente incompatíveis com a tutela dos direitos difusos e coletivos, conforme será abaixo demonstrado.

2.DESENVOLVIMENTO

Em se tratando de processo de jurisdição coletiva, como no caso da Ação Civil Pública, as regras do sistema processual de jurisdição individual contidas na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e no Código de processo Civil - CPC têm aplicação apenas subsidiária, desde que não contrarie os princípios fundamentais do sistema de jurisdição coletiva (art. 19, da Lei da Ação Civil Pública- LACP).

Assim, não têm aplicação à espécie normas sobre litisconsórcio e assistência previstas no Código de Processo Civil, já que a Lei da Ação Civil Pública possui disposições específicas que regulam o litisconsórcio (art. 5º, §§2º e 5º):

Lei nº 7.347/85

Art. 5o Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

(...)

5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

Por outro lado, no Código de Defesa do Consumidor, que alterou a Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), existe previsão para a intervenção do litisconsorte apenas no capítulo “Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos”, restringindo-a também ao polo ativo da ação:

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Tem-se, dessa forma, que em se tratando de Ação Civil Pública – processo de jurisdição coletiva – não existe qualquer previsão legal para a admissão de litisconsórcio necessário no polo passivo da lide. As normas do sistema processual de jurisdição coletiva acima transcritas prevêm apenas a possibilidade de litisconsórcio facultativo e, mesmo assim, no polo ativo da ação

Ademais, não há previsão na Lei nº 7.347/85, que a disciplina, sobre a possibilidade de que as pessoas físicas ou jurídicas, eventualmente prejudicadas pela decisão a ser proferida, integrem o polo passivo na condição de litisconsortes necessários.

Assim os legitimados do artigo 82, da Lei n.º 8.078/90, podem ajuizar as ações coletivas contra o responsável pelo dano, pela transgressão de direitos difusos e coletivos, mas não contra os que puderem ser, eventualmente, atingidos pela eficácia da decisão.

Do contrário, além da própria confusão entre a natureza, objetos e próprios limites de cognição nas jurisdições coletiva e individual, haveria o próprio risco de inviabilização das ações coletivas, que poderiam, em muitos casos, restar prejudicadas pela própria pluralidade de sujeitos potencialmente afetados pela decisão judicial almejada e que poderiam, em tese, de forma difusa e desordenada, questionar a autoridade da coisa julgada coletiva.

Exigir-se a formação de litisconsórcio passivo necessário em ações civis públicas, com relação às pessoas que poderiam ser atingidas pela decisão, simplesmente inviabilizaria por completo a existência das demandas coletivas, desnaturando totalmente a sua própria razão de existência, que é justamente restabelecer a ordem jurídica violada e efetivar direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Como se não bastasse, acarretaria prejuízo imensurável à entrega célere e eficaz da prestação jurisdicional. É o que ensina o professor Rodolfo de Camargo Mancuso 1:

Além desse óbice de caráter técnico, há também um certo inconveniente no livre acesso de litisconsortes e de assistentes na ação civil pública: é que se pode configurar o indesejado "litisconsórcio multitudinário", a cujo respeito escreve Cândido Rangel Dinamarco: "Mostra a experiência, ainda, que, pela via da intervenção litisconsorcial voluntária, criam-se, algumas vezes, situação insuportáveis, com um número muito grande de litisconsortes; quando disso resultar dano ao exercício pelos autores originários, ou do jus excipendi pelo réu, ou ainda (em casos particularmente graves) ao próprio desenvolvimento da função jurisdicional pelo juiz, aí está novo óbice a impedir a intervenção, da mesma forma como é causa impeditiva do próprio litisconsórcio originário.

Analisando especificamente o cabimento do litisconsórcio passivo necessário na ação civil pública trabalhista, preleciona Marcello Ribeiro Silva² que

(...) no lado passivo da ação civil pública "trabalhista", são possíveis o litisconsórcio, a assistência simples e litisconsorcial. Para a formação do litisconsórcio passivo basta que sejam dois ou mais os responsáveis pela violação dos direitos transindividuais decorrentes da relação laboral, com a hipótese, v.g., da contratação de trabalhadores

subordinados mediante cooperativa de trabalho, com ofensa aos direitos difusos e coletivos dos cidadãos trabalhadores. Neste caso, a ação pode ser proposta em face da cooperativa – fornecedora de mão-de-obra – e dos entes públicos ou privados que a contrataram, que atuarão em litisconsórcio inicial, passivo, comum e facultativo.

(...) dificilmente ocorrerá hipótese de litisconsórcio necessário em sede de ação civil pública ou coletiva, já que a formação deste é subordinada à expressa previsão legal. (Grifei)

Desse modo, conforme demonstrado acima, não tem cabimento, nos processos de jurisdição coletiva, inclusive na Ação Civil Pública, a figura do litisconsórcio necessário no polo passivo da lide.

Ressalta-se que é evidente que a ausência de normas regulando o litisconsórcio e assistência no polo passivo da lide no sistema processual de jurisdição coletiva, em hipótese alguma, pode ser visto como uma lacuna que autorize a aplicação subsidiária dos referidos institutos, na forma prevista no sistema processual de jurisdição individual, por serem totalmente incompatíveis com a tutela dos direitos difusos e coletivos.

Referido silêncio é claramente proposital em face da natureza jurídica dos direitos transindividuais indivisíveis, que têm por objetivo a tutela de interesses difusos e coletivos, cuja nota característica é a indivisibilidade, contra as chamadas macro lesões.

Daí a possibilidade de manejo de processo coletivo, que não se compadece com a figura clássica do litisconsórcio e assistência e que se rege por regras próprias em relação, inclusive, aos limites subjetivos da coisa julgada (Lei. 8.078/90, arts. 103 e 104).

E mais, ainda que se possa admitir a possibilidade de acesso ao Judiciário por parte daquele que foi afetado pelo provimento judicial coletivo (CF, art. 5º, XXXV), não será a via da jurisdição coletiva – adotada na espécie (litisconsórcio passivo multitudinário) – o caminho processual adequado a esse desiderato.

Logo, não se há de falar, em obrigatoriedade de citação dos eventualmente atingidos pelos efeitos da decisão proferida na referida ação coletiva, visto que o legitimado para figurar no pólo passivo da ação civil pública é aquele ou aqueles que praticaram o ato causador do dano, ou aquele que tinha ou tem o dever jurídico de evitar a ocorrência do dano, e não todos aqueles que possam vir a ser atingidos pela decisão, conforme exposto pelo acórdão objurgado.

Isso porque, repisa-se, tendo a ação civil pública a finalidade de defesa de interesses difusos, não há margem a admitir-se que os indivíduos eventualmente prejudicados com a decisão a ser proferida integrem a lide na condição de litisconsortes passivos necessários da pessoa jurídica que praticou o ato causador do dano, visto que a Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, não prevê a possibilidade de que as pessoas físicas ou jurídicas eventualmente prejudicadas pela decisão a ser proferida, integrem o pólo passivo na condição de litisconsortes necessários.

A mais alta corte trabalhista - o Tribunal Superior do trabalho, possui precedentes no sentido de que Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, não prevê a possibilidade de que as pessoas físicas ou jurídicas eventualmente prejudicadas pela decisão a ser proferida, integrem o pólo passivo na condição de litisconsortes necessários, conforme jurisprudências abaixo colacionadas:

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO
HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INVIABILIDADE.

(...) III - Com efeito, entendendo o recorrente que devesse participar da ação civil pública, tanto quanto os empregados integrantes da categoria profissional por ele representado, como litisconsortes necessários, então a norma violada teria sido a do artigo 47 do CPC, da qual o TST não pode cogitar em virtude de ela não ter sido apontada como ofendida.

IV - De qualquer modo, mesmo relevando esse deslize, não se divisa a sua violação literal e direta, visto que a Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, não prevê a possibilidade de que as pessoas físicas ou jurídicas eventualmente prejudicadas pela decisão a ser proferida, integrem o pólo passivo na condição de litisconsortes necessários.

(...) VI - Tendo a ação civil pública a finalidade de defesa de interesses difusos, e não individuais homogêneos, como alega o recorrente, não há margem a admitir-se que os indivíduos eventualmente prejudicados com a decisão a ser proferida integrem a lide na condição de litisconsortes passivos necessários da pessoa jurídica que praticou o ato causador do dano. (3)

E também:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUTOR AFETADO PELO PROVIMENTO JUDICIAL COLETIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. (...) .

2. Na linha da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, não há litisconsórcio passivo necessário em ação civil pública, envolvendo a pessoa natural ou jurídica demandada e os sujeitos, físicos ou morais, que possam ser alcançados pelos efeitos do provimento judicial a ser editado. O litisconsórcio na ação civil pública apenas se viabiliza em relação aos demais legitimados ativos para o debate coletivo (art. 5º, §§ 1º e 5º, da Lei 7.347/85). De fato, não se tratando de ação civil coletiva, na qual prevista, de forma facultativa, a formação de litisconsórcio (artigos 81, III e 103, § 2º, da Lei 8.078/90), não há espaço para a atuação judicial concorrente de sujeitos não expressamente habilitados para o embate coletivo (art. 82 da Lei 8.078/90). Com efeito, a tutela judicial de direitos difusos e coletivos foi delegada a entes exponenciais específicos (art. 82 da Lei 8.078/90), razão pela qual a defesa da conduta questionada na ação civil pública incumbe ao próprio ente físico ou moral que figura no polo passivo da relação processual coletiva. Do contrário, além da própria confusão entre as naturezas, objetos e limites de cognição nas jurisdições coletiva e individual, haveria o próprio risco de inviabilização das ações coletivas, cujo trâmite, em muitos casos, poderia restar inviabilizado em face da própria pluralidade de sujeitos potencialmente afetados pela decisão judicial e que poderiam, em tese, de forma difusa e desordenada, questionar a autoridade da coisa julgada coletiva, em franca insegurança jurídica. Mas, para além desses aspectos, da inexistência de litisconsórcio necessário em ações civis públicas advém a própria ausência de legitimidade ativa daquele que -- não estando legalmente habilitado para o debate coletivo (art. 82 da Lei 8.078/90)-- sofre os efeitos da coisa julgada respectiva. Nessa situação, embora se possa resguardar aos afetados pelo provimento judicial coletivo a possibilidade de ingresso judicial (CF, art. 5º, XXXV), não será a via da jurisdição coletiva -- adotada na espécie, pois se objetiva rescindir a coisa julgada coletiva -- o caminho processual adequado a esse propósito. 4

Por fim, muito elucidativo o irretocável trabalho externizado no precedente TST-RO-10261-64.2013.5.03.0000, do c. TST, o qual explica, com maestria, que não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário em ação civil pública, envolvendo a pessoa natural ou jurídica demandada e os sujeitos, físicos ou morais, que possam ser alcançados pelos efeitos do provimento judicial a ser editado, o qual pede-se vência para reproduzir seus principais excertos:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUTOR AFETADO PELO PROVIMENTO JUDICIAL COLETIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM". 1. Hipótese em que se pretende a rescisão de acórdão proferido em ação civil pública, no qual declarada a nulidade de edital de concurso público, por ofensa ao art. 442-A da CLT, e determinada a rescisão dos contratos de trabalho eventualmente celebrados pelo Réu com os aprovados no referido certame. Decisão regional em que pronunciada a ilegitimidade ativa para a ação rescisória, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI). Pretensão rescisória fundada em ofensa aos artigos 1º, 5º, II, XXXVI e LIV, e 37, todos da CF, 18 da Lei 1.533/51, 47 e 462, ambos do CPC. 2. Na linha da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, não há litisconsórcio passivo necessário em **ação civil pública**, envolvendo a pessoa natural ou jurídica demandada e os sujeitos, físicos ou morais, que possam ser alcançados pelos efeitos do provimento judicial a ser editado. O litisconsórcio na ação civil pública apenas se viabiliza em relação aos demais legitimados ativos para o debate coletivo (art. 5º, §§ 1º e 5º, da Lei 7.347/85). De fato, não se tratando de **ação civil coletiva**, na qual prevista, de forma facultativa, a formação de litisconsórcio (artigos 81, III e 103, § 2º, da Lei 8.078/90), não há espaço para a atuação judicial concorrente de sujeitos não expressamente habilitados para o embate coletivo (art. 82 da Lei 8.078/90). Com efeito, a tutela judicial de direitos difusos e coletivos foi delegada a entes "exponenciais" específicos (art. 82 da Lei 8.078/90), razão pela qual a defesa da conduta questionada na ação civil pública incumbe ao próprio ente físico ou moral que figura no polo passivo da relação processual coletiva. Do contrário, além da própria confusão entre as naturezas, objetos e limites de cognição nas jurisdições coletiva e individual, haveria o próprio risco de inviabilização das ações coletivas, cujo trâmite, em muitos casos, poderia restar inviabilizado em face da própria pluralidade de sujeitos potencialmente afetados pela decisão

judicial e que poderiam, em tese, de forma difusa e desordenada, questionar a autoridade da coisa julgada coletiva, em franca insegurança jurídica. Mas, para além desses aspectos, da inexistência de litisconsórcio necessário em ações civis públicas advém a própria ausência de legitimidade ativa daquele que -- não estando legalmente habilitado para o debate coletivo (art. 82 da Lei 8.078/90) -- sofre os efeitos da coisa julgada respectiva. Nessa situação, embora se possa resguardar aos afetados pelo provimento judicial coletivo a possibilidade de ingresso judicial (CF, art. 5º, XXXV), não será a via da jurisdição coletiva -- adotada na espécie, pois se objetiva rescindir a coisa julgada coletiva -- o caminho processual adequado a esse propósito. Precedentes. **Recurso ordinário conhecido e desprovido**

(...)

Na linha da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, não há litisconsórcio passivo necessário em ação civil pública voltada à defesa de direitos e interesses difusos e coletivos, relativamente aos sujeitos que possam ser alcançados pelos efeitos do provimento judicial a ser editado.

De fato, não se tratando de ação civil coletiva, que se destina à defesa de direitos individuais homogêneos (art. 81, III, da Lei 8.078/90) e na qual está expressamente facultada a formação de litisconsórcio (art. 103, § 2º, da Lei 8.078/90), não há espaço para a atuação judicial concorrente de sujeitos não expressamente habilitados em lei para o embate judicial coletivo (art. 82 da Lei 8.078/90).

Afinal, a tutela judicial de direitos difusos e coletivos foi delegada a entes exponenciais específicos (art. 82 da Lei 8.078/90), razão pela qual a defesa da conduta questionada na ação civil pública caberá ao próprio ente moral que figurar no polo passivo da relação processual coletiva.

Do contrário, além da própria confusão entre a natureza, objetos e próprios limites de cognição nas jurisdições coletiva e individual, haveria o próprio risco de inviabilização das ações coletivas, que poderiam, em muitos casos, restar prejudicadas pela própria

pluralidade de sujeitos potencialmente afetados pela decisão judicial almejada e que poderiam, em tese, de forma difusa e desordenada, questionar a autoridade da coisa julgada coletiva.

Assim, em sede de ação civil pública não se justifica, por razões tanto práticas como jurídicas, a formação de litisconsórcio passivo necessário, uma vez que, tendo a ação civil pública a finalidade de defesa de interesses difusos, e não individuais homogêneos, não há margem a admitir-se que os indivíduos eventualmente prejudicados com a decisão a ser proferida integrem a lide na condição de litisconsortes passivos necessários da pessoa jurídica que praticou o ato causador do dano, pois, ao contrário, prejudicaria a celebridade e a eficiência daquele provimento jurisdicional, inclusive resguardando a estabilidade processual de eventuais tumultos que possam advir com o ingresso de litisconsorte no feito.

3.CONCLUSÃO

As ações rescisórias interpostas perante a Justiça do Trabalho que visam desconstituir sentenças proferidas em ações coletivas sob alegação de nulidade processual em razão da ausência de citação dos eventualmente atingidos pelos efeitos da decisão, ao fundamento de obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo multitudinário estão fadadas ao insucesso.

A uma porque, conforme linha de jurisprudência consolidada no âmbito do colendo TST, não há que cogitar da obrigatoriedade de citação dos eventualmente atingidos pelos efeitos da decisão prolatada na aludida ação coletiva, porque a legitimação para figurar no pólo passivo da ação civil pública é daquele ou daqueles que praticarem o ato causador do dano ou aquele que tinha ou tem o dever jurídico de evitar a ocorrência do dano.

A duas pois, referidas ações rescisórias, em verdade, predentem ao fundo e a cabo, de forma difusa e desordenada, questionar a autoridade da coisa julgada coletiva.

Dessa forma, conclui-se pela total desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo multitudinário em ação civil pública, seja por ausência expressa de previsão legal, seja por respeito a jurisprudência pacífica do c. TST.

4.REFERÊNCIAS:

1. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 246.

2. MARCELLO RIBEIRO SILVA (A ação civil Pública e o Processo do Trabalho, Nacional de Direito, 2001, p. 158)

3. Publicação em 14/09 /2007 no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho DEJT). Disponível em:

<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=EDROAR%25202520100900034.2004.5.22.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAQv/AAJ&dataPublicacao=14/09/2007&localPublicacao=DJ&query=%253E>

4 Publicação em 19/12/2014 no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho DEJT). Disponível em:

<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10261&digitoTst=64&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=varaTst=0000&submit=Consultar>