

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito 3



Atena
Editora
Ano 2020

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito 3



Atena
Editora
Ano 2020

Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecário

Maurício Amormino Júnior

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Karine de Lima Wisniewski

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena

Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

A Atena Editora não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

- Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves -Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

- Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá

Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Me. Adalto Moreira Braz – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Me. Alexsandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Tais Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina

Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Dr. Fabiano Lemos Pereira – Prefeitura Municipal de Macaé
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Alborno – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFPA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lúvia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal

Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba

Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão

Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo

Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana

Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí

Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo

Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecário Maurício Amormino Júnior
Diagramação: Karine de Lima Wisniewski
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

N28 A natureza e o conceito do direito 3 [recurso eletrônico] /
 5 Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos.
 – Ponta Grossa, PR: Atena, 2020.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.

Modo de acesso: World Wide Web.

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5706-360-6

DOI 10.22533/at.ed.6060201109

1. Direito – Filosofia. 2. Direito do trabalho.
 I.Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de.

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

A NATUREZA E O CONCEITO DO DIREITO – VOL. III, coletânea de vinte e sete capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, discute temáticas que circundam a grande área do Direito e dos diálogos possíveis de serem realizados com as demais áreas do saber e com situações sociais que exercem no sistema jurídico a necessidade de mudar, atualizar e assim se mostrar atualizado frente as demandas da comunidade.

Em cinco divisões estão debates que circundam direitos humanos, princípios constitucionais, direitos da personalidade e meios para resolução de conflitos; direito e os hipossuficientes; universo criminal, violências e o sujeito feminino; meio ambiente, direito e a realidade agro; e direito e educação.

De início, direitos humanos, princípios constitucionais, direitos da personalidade e meios para resolução de conflitos nos traz análises interessantes como decisão da corte interamericana sobre realidade nacional, constitucionalismo brasileiro alicerçado em lições de fraternidade e solidariedade, discussões sobre a principiologia constitucional, resguardo da imagem mesmo de pessoas reconhecidas socialmente, bem como restauro da ordem social por meio de mecanismos de resolução de conflitos e mediação, práticas de um novo direito para uma nova sociedade que urge em busca de decisões rápidas e eficientes.

No direito e os hipossuficientes são verificadas contribuições que versam sobre direito migratório, regulação jurídica do trabalho migrante, direito a afetividade do menor, seja criança ou adolescente, PJe e o acesso, ou falta dele, para a pessoa idosa, além do ex-apanado e mercado de trabalho.

Em universo criminal, violências e o sujeito feminino são encontradas questões como política criminal da transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, superlotação carcerária e ineficácia das alternativas até então apresentadas, discurso midiático, violência e feminicídio, opressão vivenciada pela mulher, perfil dos assassinatos e feminicídios no Ceará, bem como a justiça restaurativa como instrumento de resgate para mulheres que sofrem violência.

No debate meio ambiente, direito e a realidade agro é contemplada reflexão sobre direitos ambientais, responsabilização ambiental, agrobiodiversidade e preservação de sementes, como também o contrato de integração vertical agroindustrial.

Por fim, direito e educação aborda direito à educação, ensino jurídico, perspectiva waratiana, direito vivo e educação como elemento basilar para uma cultura de paz.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO TRABALHADORES FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL

Kelly Cristina de Oliveira Melo

DOI 10.22533/at.ed.60602011091

CAPÍTULO 2..... 15

FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE: UMA CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA AO HUMANISMO

Ildete Regina Vale da Silva

Paulo de Tarso Brandão

DOI 10.22533/at.ed.60602011092

CAPÍTULO 3..... 30

A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA, REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE, FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Tamires Cristina Jacinto de Lima

Luiz Gustavo Simões Valença de Melo

DOI 10.22533/at.ed.60602011093

CAPÍTULO 4..... 48

PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO PARA GARANTIA DO DIREITO À EXPLICAÇÃO

Lara Oliveira Souza

DOI 10.22533/at.ed.60602011094

CAPÍTULO 5..... 58

TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM DAS “PESSOAS PÚBLICAS”

Patricia Simm

DOI 10.22533/at.ed.60602011095

CAPÍTULO 6..... 73

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E UTILIZAÇÃO DE MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A RESTAURAÇÃO DA HARMONIA SOCIAL

Taís Eduarda Rostirolla

Tatiana Martins do Amaral

Daniele Weber S. Leal

Jones Mariel Kehl

DOI 10.22533/at.ed.60602011096

CAPÍTULO 7..... 88

UM ESTUDO ACERCA DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E DA SUA APLICABILIDADE NA COMARCA DE TAQUARA/RS NO ANO DE 2018

Éder Machado de Oliveira

Tatiana Martins do Amaral

Daniele Weber S. Leal

Jones Mariel Kehl

DOI 10.22533/at.ed.60602011097

CAPÍTULO 8..... 102

DIREITO MIGRATÓRIO: UMA ANÁLISE DAS SITUAÇÕES DOS HAITIANOS EM CURITIBA

Gianluca Nicochelli

Filipe Martins Macedo

DOI 10.22533/at.ed.60602011098

CAPÍTULO 9..... 116

A REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E A (DES) REGULAÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO MIGRANTE

Thais Helena Alves Rossa

DOI 10.22533/at.ed.60602011099

CAPÍTULO 10..... 127

DIREITO A AFETIVIDADE COMO REGULADOR DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E INFLUENCIADOR SOCIAL

Melyssa Mendonça Araújo

Renan Nogueira de Oliveira

Sávio de Oliveira Gonçalves

DOI 10.22533/at.ed.606020110910

CAPÍTULO 11..... 135

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O (DES)ACESSO À JUSTIÇA DO IDOSO NO BRASIL

Keite Crisóstomo Bezerra

Carolina Yukari Veludo Watanabe

DOI 10.22533/at.ed.606020110911

CAPÍTULO 12..... 146

AS DIFICULDADES VIVENCIADAS PELOS EX-APENADOS NA INSERÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO

Ana Luiza Gomes de Abreu

Cristiana Russo Lima da Silva

Diêgo Lima Maciel

DOI 10.22533/at.ed.606020110912

CAPÍTULO 13..... 156

REFLEXÕES SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL DA TRANSMISSÃO DO HIV/Aids COM BASE NO DIREITO SISTÊMICO

Monica Paraguassu Correia da Silva

DOI 10.22533/at.ed.606020110913

CAPÍTULO 14.....	168
A INEFICÁCIA DAS ALTERNATIVAS PENAIS COMO FORMA DE COMBATE À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA	
Matheus de Quadros	
DOI 10.22533/at.ed.606020110914	
CAPÍTULO 15.....	178
MÍDIA E CONSTRUÇÃO DA REALIDADE: O DISCURSO DA INSEGURANÇA E DO MEDO E SUAS CONSEQUENTES VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS NAS NOTÍCIAS VEICULADAS POR PROGRAMAS POLICIAIS	
Gabriela Moreira d'Assumpção Torres	
DOI 10.22533/at.ed.606020110915	
CAPÍTULO 16.....	193
A INFLUÊNCIA DA MÍDIA TELEVISIVA E DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS NA PERSISTÊNCIA DO FEMINICÍDIO	
Carolina de Araújo Oliveira da Silva	
Pedro Amaral de Lima Spindola	
DOI 10.22533/at.ed.606020110916	
CAPÍTULO 17.....	202
A OPRESSÃO E A DISCRIMINAÇÃO DO GÊNERO FEMININO	
Filipe Galatti Marchiori	
Priscila Silveira Duarte Pasqual	
DOI 10.22533/at.ed.606020110917	
CAPÍTULO 18.....	215
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ANÁLISE DO PERFIL DE ASSASSINATOS E FEMINICÍDIO NO ESTADO DO CEARÁ	
Laríssia Cândido Cardoso	
Teófilo Silva Primo Correia	
Delmair Oliveira Magalhães Luna Filha	
Pedro Yan Alexandre Barbosa Kennedy	
Grayce Alencar Albuquerque	
DOI 10.22533/at.ed.606020110918	
CAPÍTULO 19.....	224
JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEIO DE EMPODERAMENTO DE MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	
Bruna de Carvalho Fagundes de Lima	
Juliana de Sousa Barbosa	
Jones Mariel Kehl	
Tatiana Martins do Amaral	
Daniele Weber da Silva Leal	
DOI 10.22533/at.ed.606020110919	

CAPÍTULO 20	237
UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS AMBIENTAIS E DIFUSOS E O AMBIENTE QUE VIVEMOS	
<i>Armando Luciano Carvalho Agostini</i>	
DOI 10.22533/at.ed.606020110920	
CAPÍTULO 21	254
A TRÍPLICE RESPONSABILIZAÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL	
<i>Aprígio Teles Mascarenhas Neto</i>	
<i>Francisco Sávio Ponte</i>	
<i>Mario Antônio Macedo de Sousa</i>	
<i>Maria Celina Lemos Macedo</i>	
DOI 10.22533/at.ed.606020110921	
CAPÍTULO 22	268
AGROBIODIVERSIDADE E PRESERVAÇÃO DAS SEMENTES: A IMPORTÂNCIA DA SOCIEDADE EM REDE NA EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO	
<i>Francieli lung Izolani</i>	
<i>Jerônimo Siqueira Tybusch</i>	
DOI 10.22533/at.ed.606020110922	
CAPÍTULO 23	282
O CONTRATO DE INTEGRAÇÃO VERTICAL AGROINDUSTRIAL NA LEI 13.288/16 E A INCOMPLETUDE CONTRATUAL NO SETOR DO AGRONEGÓCIO: ANÁLISE DO MERCADO AGROEXPORTADOR DE CARNES	
<i>David Kenji Itonaga</i>	
DOI 10.22533/at.ed.606020110923	
CAPÍTULO 24	302
DO DIREITO DA EDUCAÇÃO AO DIREITO À EDUCAÇÃO	
<i>Edilamar Rodrigues de Jesus e Faria</i>	
<i>Luiza Rodrigues Costa</i>	
DOI 10.22533/at.ed.606020110924	
CAPÍTULO 25	312
O ENSINO JURÍDICO EM UMA PERSPECTIVA WARATIANA	
<i>Aleteia Hummes Thaines</i>	
<i>Marcelino da Silva Meleu</i>	
DOI 10.22533/at.ed.606020110925	
CAPÍTULO 26	325
O DIREITO VIVO DE EUGEN EHRLICH E AS SUAS MANIFESTAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	
<i>Adriano Delfino Moreira</i>	
DOI 10.22533/at.ed.606020110926	

CAPÍTULO 27	339
EDUCAÇÃO PARA UMA CULTURA DE PAZ E A INTERDISCIPLINARIDADE NA NEG-MED-ARB	
Edilamar Rodrigues de Jesus e Faria	
Luiza Rodrigues Costa	
Fernanda Rodrigues Costa	
DOI 10.22533/at.ed.606020110927	
SOBRE O ORGANIZADOR	352
ÍNDICE REMISSIVO	353

CAPÍTULO 1

A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO TRABALHADORES FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 26/05/2020

Kelly Cristina de Oliveira Melo

Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de
Cajazeiras-FAFIC
Cajazeiras-PB
<http://lattes.cnpq.br/8361954058468319>

RESUMO: O presente trabalho apresenta um estudo acerca da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção internacional contra o trabalho escravo. O Brasil reconheceu a competência da Corte em 1998 e a partir de então ela é competente para julgar as violações dos direitos humanos ocorridas em nosso país. O trabalho se inicia com uma breve análise do processo histórico constitucional, partindo do constitucionalismo, passando pelo neoconstitucionalismo até atingir o transconstitucionalismo. Especificamente o trabalho analisará a sentença proferida contra o Brasil, em 20 de outubro de 2016 e as medidas por ele adotadas para o cumprimento da condenação contra ele proferida, no processo que durou cerca de três anos o Brasil é responsabilizado internacionalmente por não prevenir a prática de trabalho escravo moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil. Corte. Fazenda. Trabalhadores.

THE SENTENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE OF WORKERS FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRAZIL

ABSTRACT: This paper presents a study about the performance of the Inter - American Court of Human Rights in the international protection against slave labor. Brazil recognized the competence of the Court in 1998 and from then on it is competent to judge the violations of human rights occurred in our country. The work begins with a brief analysis of the constitutional historical process, starting from constitutionalism, through neoconstitutionalism until reaching the transconstitutionalism. Specifically, the work will analyze the sentence handed down against Brazil on October 20, 2016 and the measures adopted by it to comply with the sentence handed down in Brazil, in the process that lasted about three years, Brazil is held internationally responsible for not preventing the practice of modern slave labor.

KEYWORDS: Brazil. Court. Farm. Workers.

INTRODUÇÃO

Diante do desemprego em massa que assola nosso país, muitos de nossos trabalhadores se submetem a situações de exploração, trabalhando sob condições desumanas e degradantes, a maioria deles pobres enganados por promessa de bons salários enveredam por caminhos muitas vezes sem volta.

A Fazenda Brasil Verde está localizada no sul do Estado do Pará, mais precisamente no município de Sapucaia, possui área total de 8.544 hectares, dedica-se a criação de gado, foi essa fazenda o palco de vários crimes, dentre os quais, o de trabalho análogo a escravo. Em 2000, cerca de 85 (oitenta e cinco) trabalhadores foram resgados, graças a denúncia de dois trabalhadores que após conseguirem fugir do local relataram os horrores vividos e vivenciados nessa fazenda.

Desde 1988 várias denúncias chegaram ao conhecimento estatal, sem este, contudo, adotar as medidas necessárias para a apuração dos fatos e a efetiva punição dos culpados. O descaso estatal foi tanto, que em 20 de outubro de 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença condenatória ao Brasil no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil”.

MATERIAIS E MÉTODOS

O artigo foi desenvolvido de forma exploratória e bibliográfica, valendo-se do método dedutivo, com a utilização de técnicas concernentes à pesquisa bibliográfica e documental, com aporte de doutrinas específicas e legislação.

DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo é o movimento político-jurídico e ideológico que deu origem a estruturação racional do Estado traçando uma limitação no exercício do poder, materializa-se em um documento escrito: a Constituição, que é superior aos próprios governantes e tem a função regular todo o ordenamento do Estado.

Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado (TAVARES, 2012, p.24).

De acordo com Tavares (2016), o constitucionalismo em sua primeira acepção, encontra suas notas iniciais na Antiguidade clássica, para o autor as raízes mais remotas desse fenômeno aparecem no povo hebreu, o autor cita as Cidades-Estados gregas como o primeiro caso real de democracia constitucional, depois desse período sobreveio um longo tempo de concentração e abuso de poder em todo o mundo. Somente na Idade Média, o constitucionalismo reaparece, foi na Inglaterra que surgiram as primeiras inquietações

que culminaram no nascimento dos primeiros diplomas constitucionais escritos. A partir da Revolução Francesa o constitucionalismo ganha força e avança por todo o continente europeu e, daí, para os outros continentes.

Para Neves (2009) o constitucionalismo resultou das revoluções liberais dos fins do século XVIII na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução político-jurídica britânica, segundo o autor dois problemas foram fundamentais para o surgimento da Constituição em sentido moderno: de um lado, a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos; de outro, associada a isso, a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder (inclusive mediante a participação dos governados nos procedimentos, sobretudo nos de determinação da composição de órgão de governo), que também se relacionava com a questão da crescente especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal.

Em seu nascedouro predominou o constitucionalismo liberal, ou seja, a preocupação do movimento era a limitação do poder estatal, a lei deveria prevalecer. Só o fato de existir uma lei positivada já conseguia acalmar os ânimos, havia uma adoração à lei e ao legislador, acreditava-se que bastava estar previsto em lei para ser legal. O problema é que o Estado abusando do seu poder elaborou leis que resultaram nas maiores atrocidades que a humanidade já contemplou.

A ideologia do constitucionalismo moderno está arraigada na limitação do poder estatal, na busca por maior liberdade, demanda-se por direitos políticos e civis que só podem ser conquistados através da abstenção do controle pelo Estado, visto que sua atuação interfere diretamente na liberdade individual e coletiva. O neoconstitucionalismo por sua parte busca a manutenção dos direitos já conquistados e a real efetivação dos mesmos, ou seja, no neoconstitucionalismo o caráter ideológico consiste na concretização dos direitos fundamentais.

Lenza (2012) lembra que a partir do início do século XXI, a doutrina passou a desenvolver, um novo entendimento no tocante ao constitucionalismo, intitulado neoconstitucionalismo por uns, constitucionalismo pós-moderno por alguns, ou, ainda, pós-positivismo para outros. Independentemente da nomenclatura utilizada o que se busca nessa nova realidade, é uma ampliação nos ideais, ou ainda uma mudança de foco, que não se preocupa apenas com a limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca a eficácia da Constituição, principalmente no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais.

No neoconstitucionalismo a constituição é o centro do sistema normativo de um Estado, o qual necessita garantir condições dignas mínimas ao seu povo através da concretização dos valores constitucionalizados, a ideia de que não é suficiente apenas a previsão legal de determinado direito, é necessário mais, o Estado tem o dever de efetivar esses direitos. A constituição moderna ganha uma elevada carga valorativa especialmente

no que se refere à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais é norma jurídica dotada de imperatividade e superioridade.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (LENZA, 2012, p.66).

O neoconstitucionalismo se desenvolve após a segunda Guerra Mundial, adotam-se modelos de controle de constitucionalidade das normas, enraizados no princípio da supremacia da Constituição, visando à superação dos horrores pós-guerra, exige-se uma nova postura na aplicação e na interpretação do direito constitucional, para tanto foram criados tribunais constitucionais. O grande desafio do neoconstitucionalismo passa a ser encontrar mecanismos para efetiva concretização dos direitos constitucionais.

A humanidade está em constante evolução e é dever do Direito acompanhar tal movimento, é evidente que o direito não consegue acompanhar a velocidade das transformações sociais. O processo de discussão e elaboração normativo é moroso, fazendo com que mudanças sociais relevantes fiquem sem proteção legal por longos períodos. Um desses fenômenos que ainda inquietam os estudiosos diz respeito à globalização que ocorreu no âmbito econômico, social, cultural, político e jurídico.

O transconstitucionalismo modelo defendido por Marcelo Neves consiste na necessidade de diálogo entre as constituições mundiais, o autor não prega uma hierarquia constitucional mundial, mas defende que a globalização impulsionou uma releitura na ordem mundial. Destarte, o transconstitucionalismo pode ser contemplado como o “entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional” (NEVES, 2010, p. 1).

O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal

A teoria de Neves surge com a observação de valores que são comuns a todos os ordenamentos jurídicos, a exemplo dos direitos humanos, a inquietação do autor reside na possibilidade de uma mesma questão constitucional poder ser enfrentada, concomitantemente, por ordens diversas. O autor apresenta em seu livro vários casos que ao serem enfrentados por tribunais diferentes resultaram em decisões completamente contraditórias. Diante dessas situações o autor prega a necessidade da existência de um diálogo, no qual os tribunais envolvidos consigam repensar seus posicionamentos com vista a alcançar o melhor resultado possível.

O diálogo em nada afronta a soberania estatal que é um dos pilares da concepção de Estado-Nação e consiste na premissa de que nenhum Estado se submete a qualquer outro poder, a ideia de transconstitucionalismo não busca reduzir a soberania estatal, visto que o próprio Estado tem a opção de aderir ou não à Tratados Internacionais, a questão é: no momento em que o Estado opta por se submeter a tribunais internacionais não acataria este as sentenças por aqueles proferidas?

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema americano de proteção dos Direitos Humanos, a Corte foi criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, que foi assinado em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992.

A Corte tem duas funções, uma consultiva significando que a mesma pode emitir parecer, opiniões consultivas e outra contenciosa com a finalidade de julgar casos de violação aos Direitos Humanos ocorridos em países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA). A Corte é um órgão judicial autônomo, com sede na Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos.

Para que um país se submeta a jurisdição da Corte é necessário que o mesmo reconheça sua competência, não bastando somente que o país ratifique o Pacto, no caso do Brasil, o país passou a reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998, a partir dessa data se inicia a competência da Corte para julgar violações aos Direitos Humanos previstas no Pacto.

O CASO DOS TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL

Em 20 de outubro de 2016, a Corte presidida por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot proferiu sentença no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil”. O caso foi submetido à Corte, em 4 de março de 2015 e refere-se à suposta prática de trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde, localizada no Estado do Pará. Conforme se depreende dos fatos alegados, o caso se enquadra em um contexto no qual milhares de trabalhadores eram submetidos anualmente a trabalho escravo. Adicionalmente, alega-se a existência de ameaças de morte em caso de abandono da fazenda, o impedimento de saírem livremente, a falta de salário ou a existência de um salário ínfimo, o endividamento com o fazendeiro, a falta de moradia, alimentação e saúde dignas.

Ademais, esta situação seria supostamente atribuível ao Estado, pois teve conhecimento da existência destas práticas em geral, e especificamente, na Fazenda Brasil Verde, desde 1989, entretanto, apesar desse conhecimento, não teria adotado as medidas razoáveis de prevenção e resposta, nem fornecido às supostas vítimas um mecanismo judicial efetivo à proteção de seus direitos, tampouco, a punição dos responsáveis e ou obtenção de uma reparação.

DOS FATOS

A maioria das vítimas são homens pobres, “afrodescendentes ou mulatos”, entre 18 e 40 anos de idade, analfabetos provenientes das regiões norte e nordeste do país. Eram recrutados em seus estados de origem por “gatos”, para trabalhar em estados distantes, com a promessa de bons salários. Ao chegarem às fazendas, os trabalhadores eram informados de que estariam em dívida com seus contratantes pelo transporte, alimentação e hospedagem. A referida dívida só aumentava, pois eram obrigados a comprar tudo o que necessitavam nos armazéns das fazendas a preços elevados, tornando impossível o pagamento e obrigando-os a continuarem trabalhando.

Os trabalhadores normalmente eram vigiados por guardas armados que impediam sua saída das fazendas e em caso de tentativa de fuga eram agredidos. A localização geográfica das fazendas já é por si só limitadora de liberdade, muitas vezes o acesso a centros urbanos é quase impossível, devido à distância e precariedade das vias de acesso. Muitos trabalhadores sofriam abuso físico, sexual e verbal, trabalhavam em condições perigosas, anti-higiênicas e degradantes, contudo, à sua condição de extrema pobreza, vulnerabilidade e seu desespero pelo trabalho, faziam com que estes trabalhadores se submetessem a tais condições.

Em 1995, o Estado brasileiro reconheceu oficialmente a existência de trabalho escravo no país e a partir de então passou a tomar medidas voltadas a combatê-lo. A primeira delas consiste na promulgação do Decreto 1.538, através do qual criou o Grupo Interministerial para Erradicar o Trabalho Forçado (GERTRAF), integrado por diversos

ministérios e, com a participação da própria Organização Internacional do Trabalho (OIT). Nos anos seguintes vários diplomas legais foram elaborados.

A INEFICÁCIA DOS MEIOS LEGAIS FRENTE AO CASO DA FAZENDA BRASIL VERDE

As primeiras denúncias de trabalho escravo na referida fazenda ocorreram em 1988, realizadas Comissão Pastoral da Terra e a Diocese de Conceição de Araguaia. Em 20 de fevereiro de 1989, a Polícia Federal realizou uma visita à Fazenda Brasil, consta no relatório da referida visita que não foram observados vestígios de trabalho escravo no local. Após entrevistar 51 (cinquenta e um) trabalhadores presentes na Fazenda no momento da visita a PF comprovou a existência de baixos salários e infrações à legislação trabalhista.

Em 2 de agosto de 1993, foi a vez da Delegacia Regional do Trabalho realizar uma visita de fiscalização à Fazenda Brasil Verde, a conclusão, novamente: não foi encontrado configuração da prática de escravidão. Nessa ocasião os fiscais encontraram 49 (quarenta e nove) trabalhadores sem registros trabalhistas em suas carteiras de trabalho. Na referida diligência possibilitou-se o retorno, ao lugar de origem, de vários trabalhadores que haviam sido contratados irregularmente e que manifestaram o desejo de deixar a Fazenda.

Em 25 de abril de 1994, o Subprocurador Geral da República enviou uma carta à Comissão Pastoral da Terra relatando que a atuação da Polícia Federal, na visita em 1989, havia sido insuficiente. Não obstante o reconhecimento da insuficiência, o Subprocurador destacou que a maioria dos crimes já estariam prescritos. Quanto ao crime de submissão a condições análogas a escravo que ainda não prescrevera, afirmou ser inviável sua comprovação após mais de cinco anos da ocorrência dos fatos. Destacou ainda que, a respeito da fiscalização de 1993, não havia sido comprovada a existência de trabalho escravo e sim a prática de recrutamento ilegal ou de frustração de direitos trabalhistas.

Em dezembro de 1996, foram constatadas por outra fiscalização as mesmas irregularidades de 1989, em relatório o Ministério Público, afirmou que a não apuração dos fatos na época própria resultou na prescrição dos crimes, tornando impossível a proposição da ação penal contra Raimundo Alves da Rocha (gato- recrutador), pelos delitos previstos nos artigos 149, 197.1 e 207 do Código Penal (trabalho escravo, atentado contra a liberdade do trabalho e aliciamento de trabalhadores); e Antônio Alves Vieira, (gerente), pelos delitos previstos nos artigos 149 e 197.1 do CP quanto a João Luiz Quagliato Neto (proprietário), era lhe imputado o delito previsto no artigo 203 (frustrar direitos trabalhistas) do Código Penal.

Entre muitas idas e vindas do processo, finalmente em 10 de julho de 2008, o Ministério Público Federal apresentou suas alegações finais, nas quais pediu a extinção da ação penal contra Raimundo Alves da Rocha e Antônio Alves Vieira, confirmando o pedido do MP do Pará em 2003, que solicitou a improcedência da ação e absolvição dos dois acusados alegando a falta de indícios suficientes da autoria.

Assim, mediante sentença judicial, o Juiz Federal da Seção do Pará declarou extinta a ação penal contra Raimundo Alves da Rocha e Antônio Alves Vieira, tendo em consideração que havia passado mais de 10 anos desde a apresentação da denúncia, afirmando ser “bastante improvável” a condenação deles a pena máxima de 08 anos, de modo que a prescrição seria “inevitável”. Considerou também o nobre magistrado que os elementos probatórios para a instrução criminal eram “inúteis”.

Quanto ao terceiro acusado João Luiz Quagliato Neto, a pena prevista para seu delito era menor que um ano, o Ministério Público propôs a suspensão do processo e o cumprimento de determinadas condições. Em 13 de setembro de 1999, foi realizada a audiência preliminar na qual o acusado manifestou que aceitava as condições impostas pelo juiz federal para a suspensão de seu processo, a saber: a entrega de seis cestas básicas a uma entidade beneficente na cidade de Ourinhos, no Estado de São Paulo.

No que se refere às investigações dos fatos, a própria Organização Internacional do Trabalho, atribui a impunidade ao grande poder de articulação dos fazendeiros com os setores dos poderes federais, estaduais e municipais. É inegável o domínio e a influência direta ou indiretamente dos grandes fazendeiros nas diferentes instâncias de poder nacional.

O ESTOPIM

Diante da ineficácia das leis nacionais e da omissão estatal, os crimes continuaram ocorrendo só mudaram os personagens. Em 2000, dois jovens fugiram da Fazenda, eles relataram os horrores vividos e vivenciados na Fazenda Brasil Verde, segundo eles:

- a) a viagem era realizada em ônibus, trem e caminhão o que causava muito sofrimento. No trem eles eram alocados em vagões sem cadeiras, inaptos para o transporte de pessoas, no caminhão compartilhavam espaço com os animais;
- b) ao chegarem à Fazenda, as carteiras de trabalho eram entregues sem serem devolvidas posteriormente. Eles eram obrigados a assinar documentos em branco;
- c) às condições do alojamento eram precárias, os trabalhadores dormiam em galpões de madeira com teto de lona sem energia elétrica, sem camas, nem armários;
- d) o banheiro e a ducha encontravam-se em péssimo estado, localizada fora do galpão, no meio da vegetação, sem parede, sem teto e em péssimas condições de higiene;
- e) a alimentação recebida era insuficiente, repetitiva e de má qualidade, anotada em cadernos para serem descontadas de seus salários;
- f) a água que consumiam era imprópria, distribuída em garrafas coletivas;
- g) os trabalhadores eram despertados às 3:00 da madrugada de forma violenta;

- h) deviam deslocar-se por vários quilômetros a pé ou em caminhão até a plantação na qual trabalhariam;
- i) a jornada de trabalho era de 12 horas ou mais, de aproximadamente seis da manhã até seis da tarde;
- j) o descanso de meia hora para almoçar e aos domingos;
- k) não haviam médicos, os trabalhadores doentes que necessitassem de medicamentos, deveriam pedi-los aos encarregados da Fazenda e estes compravam na cidade, descontando o custo de seus salários;
- l) o pagamento era por produção, o que obrigava os trabalhadores a realizarem seu trabalho mesmo doentes;
- m) para ter direito a receber seus salários, precisavam cumprir meta de produção designada pelos encarregados da Fazenda, metas muito difíceis de serem alcançadas;
- n) eram obrigados a realizarem seus trabalhos sob as ordens e ameaças dos encarregados da Fazenda;
- o) os encarregados portavam armas de fogo e os vigiavam permanentemente.

Em 15 de março de 2000, após a denúncia dos jovens fugitivos, foi realizada uma fiscalização à Fazenda pelos fiscais do Ministério do Trabalho e agentes da Polícia Federal. Ao chegarem ao local, encontraram aproximadamente 45 (quarenta e cinco) trabalhadores, os quais manifestaram “decisão unânime de sair”, contudo, o resgate não ocorreu no mesmo dia, os trabalhadores tiveram enfrentar mais uma noite de muito medo na fazenda. No dia seguinte, um encarregado foi obrigado a pagar os montantes indenizatórios trabalhistas e a devolver as carteiras de trabalho aos trabalhadores. O relatório da fiscalização afirmou que havia 82 (oitenta e dois) pessoas trabalhando na Fazenda no momento da fiscalização.

Em 30 de maio de 2000, com base no relatório da fiscalização de 15 de março, o Ministério Público do Trabalho apresentou uma Ação Civil Pública perante a Justiça do Trabalho, contra o proprietário da Fazenda Brasil Verde, João Luiz Quagliato. A conclusão do relatório: a Fazenda Brasil Verde mantinha os trabalhadores “em um sistema de cárcere privado”, pelo que, restou caracterizado o trabalho em regime de escravidão. Essa situação se agravava por se tratarem de trabalhadores rurais, analfabetos, sem nenhum esclarecimento sendo submetidos a condições de vida degradantes.

Em 20 de julho de 2000, foi realizada uma audiência na Junta de Conciliação e Julgamento de Conceição do Araguaia, na qual, João Luiz Quagliato se comprometeu a: “não admitir e nem permitir o trabalho de empregados em regime de escravidão, sob pena de multa de 10.000 UFIR por trabalhador encontrado nessa situação, branco ou negro; fornecimento de moradia, instalação sanitária, água potável, alojamentos condignos ao ser humano [...] sob pena de multa de 500 UFIR pelo descumprimento [...] não colher

assinaturas em branco dos empregados, em qualquer tipo de documento, sob pena de multa de 100 UFIR por documento encontrado nessas condições”.

De 12 a 18 de maio de 2002, o Ministério do Trabalho realizou uma nova fiscalização, com a finalidade de verificar o cumprimento dos compromissos acordados, concluindo que os empregadores vinham cumprindo seus compromissos e que, como resultado dos compromissos acordados, a administração direta dos empregados pelo empregador havia eliminado a dependência econômica e física dos trabalhadores aos gatos, que era, segundo estes, a causa de exploração de mão de obra forçada e análoga à de escravo.

Sobre o processo criminal referente aos crimes acima, o Ministério Público Federal apresentou a denúncia penal nº 0472001 perante a Vara Federal de Marabá, no Pará. Quando questionado acerca do processo o Estado brasileiro informou à Corte que “não existia informação sobre o que teria ocorrido com este processo e que não havia podido localizar cópias dos autos da investigação”.

Para proferir sentença condenatória ao Brasil, a Corte lembrou que o Direito Internacional proíbe a escravidão, a servidão, o trabalho forçado e outras práticas análogas à escravidão. afirmou, ainda, que tal proibição é parte do Direito Internacional consuetudinário e do *jus cogens*, ou seja, são as normas que impõem aos Estados obrigações objetivas e que prevalecem sobre quaisquer outras, isto é, são normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional, que não podem ser objeto de derrogação pela vontade individual dos Estados. Ademais, tal proteção é uma obrigação *erga omnes* e de cumprimento obrigatório que está estabelecida na Convenção Americana e em outros instrumentos internacionais dos quais o Brasil é parte.

Diante dos fatos, é evidente para a Corte “que os trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde se encontravam em uma situação de servidão por dívida e de submissão a trabalhos forçados. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal considera que as características específicas a que foram submetidos os 85 (oitenta e cinco) trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000, ultrapassavam os elementos da servidão por dívida e de trabalho forçado, para atingir e cumprir os elementos mais estritos da definição de escravidão estabelecida pela Corte, em particular o exercício de controle como manifestação do direito de propriedade”.

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL

Uma vez caracterizada a situação de escravidão, a Corte passou a análise da responsabilidade estatal pelos fatos ocorridos na Fazenda, com base na Convenção Americana, para tanto, analisou-se se o Estado cumpriu o dever de garantia do artigo 6 da Convenção Americana, em conformidade com o artigo 1.1 da mesma. Para estabelecer a responsabilidade do Estado, é preciso estabelecer se, “no momento dos fatos, as autoridades estatais sabiam ou deveriam ter sabido da existência de uma situação envolvendo um risco

real e imediato para a vida de um indivíduo ou grupo de indivíduos, e que não tenham sido adotadas as medidas necessárias, dentro do âmbito de sua autoridade, para prevenir ou evitar esse risco” concluindo que existe sim responsabilidade estatal. E proferiu a seguinte sentença:

3. O Estado é responsável pela violação do direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, [...].

4. O Estado é responsável pela violação, [...], produzida no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica, em razão da posição econômica dos 85 trabalhadores identificados [...].

5. O Estado é responsável por violar as garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável, [...].

6. O Estado é responsável por violar o direito à proteção judicial, [...].

7. O Estado não é responsável pelas violações aos direitos à personalidade jurídica, à vida, à integridade e à liberdade pessoal, às garantias e à proteção judiciais, [...].

8. Esta Sentença constitui, per se, uma forma de reparação.

9. O Estado deve reiniciar, com a devida diligência, as investigações [...], em um prazo razoável, identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis, [...].

11. O Estado deve, [...], adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas, [...].

12. O Estado deve pagar os montantes fixados no parágrafo 487 da presente Sentença, a título de indenizações por dano imaterial e de reembolso de custas e gastos, [...].

13. O Estado deve, [...], apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para dar cumprimento à mesma, [...].

14. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, [...]. (grifos nosso).

De acordo, com a sentença o Brasil é Internacional responsável por tolerar o trabalho escravo no país, é responsável pela violação do direito de não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, bem como, por violar as garantias judiciais da devida diligência e da razoável duração de processo e do direito à proteção judicial.

Assim, a Corte resolve que o Estado deve reiniciar e com a devida diligência, as investigações e ou processos penais relacionados aos fatos, bem como adotar as medidas em um prazo razoável para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas. Ademais é dever estatal pagar as indenizações por dano imaterial (moral) e o reembolso das custas e gastos.

Após a determinação internacional, a Procuradoria da República do Município de Redenção (PA) instaurou, em março de 2017, um procedimento investigatório criminal para retomar a apuração dos crimes.

No dia 24 de janeiro de 2018, em palestra no King's College, em Londres (Reino Unido), a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, anunciou a criação de uma força-tarefa com quatro procuradores para coletar provas e ouvir testemunhas. Para ela, a escravidão também ocorre quando há humilhação contínua, como tratamento inferior ao garantido aos animais, restrição ao uso de água potável, entrega de alimentos deteriorados ou em quantidades insuficientes.

Quanto à imprescritibilidade do crime de submissão de pessoa a condição análoga a escravo, em reportagem a Rádio Senado no dia 18 de janeiro de 2018, que já está pronta para ser votada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) a Proposta de Emenda à Constituição 14/2017, de autoria do senador licenciado Antônio Carlos Valadares (PSB-SE). Para ele, “a prescrição não pode ser obstáculo para a investigação e responsabilização do crime gravíssimo de imposição de um ser ao trabalho análogo ao de escravo”.

Infelizmente a votação não ocorreu e a referida Emenda encontra-se com a tramitação encerrada, tendo sido arquivada em 21/12/2018, final da Legislatura do parlamentar, seguindo os ditames do artigo 332 do Regimento Interno do Senado Federal que disciplina: “Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado [...]”.

Em 20 de agosto de 2019 foi realizada uma reunião ordinária da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE) em Brasília, constam na ata da referida reunião o nome de 39 (trinta e nove) participantes. Xavier Jean Marie Plassat, da Comissão Pastoral da Terra, ao tratar do caso da Fazenda Brasil Verde, afirmou que “segundo o último levantamento, foram pagas 74 vítimas, quase todas da fiscalização do ano 2000, e 10 vítimas já foram localizadas para futuro pagamento. Restam, desta forma, 44 vítimas a serem localizadas, o que tem sido um trabalho árduo.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido a indiscutível importância da dignidade humana, evolutivamente tem se buscado sua proteção. A soberania de um Estado não pode sobressair-se à dignidade do seu povo. O Estado é responsável por garantir o cumprimento dos Pactos Internacionais por ele assumidos, a quebra do seu dever legal pode e gera sanções, que em nada ofendem sua soberania.

No caso analisado, o Brasil foi omisso, não tomou as medidas necessárias para evitar, tampouco, para combater o trabalho escravo, mormente se mostrou ineficaz na apuração e punição dos fatos ocorridos, embora impulsionado a fazê-lo. No que se refere à reparação das vítimas não adotou qualquer providência. Desse modo, não obstante, o orgulho frente ao posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconheceu-se com tristeza a realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SENADO FEDERAL. **PEC torna trabalho escravo crime imprescritível**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2018/01/pec-torna-trabalho-escravo-crime-imprescritivel%3E>>. Atualizado em: 18/01/2018. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 14, de 2017**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128622>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. STF. **Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 01 out. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969) Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

EBC. **Governo busca vítimas de trabalho escravo da fazenda Brasil Verde**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-08/governo-busca-vitimas-de-trabalho-escravo-da-fazenda-brasil-verde>>. Publicado em 18/08/2018. Acesso em: 14 out. 2018.

GOV.BR. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Ata da Reunião Ordinária da CONATRAE**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/orgaos-colegiados/conatrae/20190920AtadaReunioOrdinriadaConatraede20deagostode2019.pdf/view>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

HUFFPOST. **Ministério Público volta a investigar trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde**. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/01/25/ministerio-publico-volta-a-investigar-trabalho-escravo-na-fazenda-brasil-verde_a_23343633/>. Atualizado 25/01/2018. Acesso em: 15 out. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SILVEIRA, Alesson Arantes. **O caso Fazenda Brasil Verde e a condenação do Estado brasileiro por escravidão contemporânea**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64698/o-caso-fazenda-brasil-verde-e-a-condenacao-do-estado-brasileiro-por-escravidao-contemporanea>>. Acesso em: 29 set. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPÍTULO 2

FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE: UMA CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA AO HUMANISMO

Data de aceite: 01/09/2020

Ildete Regina Vale da Silva

Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI
Itajaí/SC-Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/8558211543993560>.
<http://orcid.org/0000-0003-4671-0457>.

Paulo de Tarso Brandão

Universidade Federal de Santa Catarina
Universidade Federal do Maranhão - UFMA.
<http://lattes.cnpq.br/2243852940585133>.

RESUMO: A Fraternidade, comumente, é confundida nos seus aspectos teóricos e conceituais com a Solidariedade. O objetivo deste trabalho é separar e aclarar os resquícios da confusão teórica entre essas duas categorias. Verifica-se a Fraternidade como um importante fundamento da cultura ocidental, bem como a força e legitimidade da sua estrutura conceitual, identificando os diferentes papéis que a Fraternidade e a Solidariedade ocupam na estrutura normativa constitucional brasileira. As técnicas de investigação utilizadas para este estudo foram as da pesquisa bibliográfica e, para alcançar a resposta do problema da pesquisa, optou-se em aproximar e relacionar ideias necessárias à compreensão de que não é mais possível insistir na concepção reducionista de atribuir à Fraternidade limites conceituais e teóricos, a fim de substituí-la pela Solidariedade (ou de combiná-las).

PALAVRAS-CHAVE: Fraternidade; Solidariedade; Humanidade; Humanismo.

FRATERNITY AND SOLIDARITY: A CONTRIBUTION OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION TO HUMANISM

ABSTRACT: The Fraternity is commonly confused in its theoretical and conceptual aspects with Solidarity. The purpose of this article is to separate and clarify the remnants of the theoretical confusion between these two categories. The Fraternity is seen as an important foundation of Western culture, the strength and legitimacy of its conceptual structure and the different roles that the Fraternity and Solidarity occupy in the Brazilian constitutional normative structure. The research techniques used for this study were those of the bibliographical research and, in order to reach the answer of the research problem, it was decided to approximate and relate necessary ideas to the understanding that it is no longer possible to insist on the reductionist conception of attributing to the brotherhood limits conceptual and theoretical, in order to replace it with Solidarity (or to combine them).

KEYWORDS: Fraternity; Solidarity; Humanity. Humanism.

1 | INTRODUÇÃO

A Fraternidade, a liberdade e a igualdade constituíram uma síntese cultural do universalismo político. Não obstante, a primeira, não raramente, é confundida nos seus aspectos teóricos e conceituais com a

Solidariedade, sendo o objetivo deste artigo separar e aclarar os resquícios da confusão teórica entre ambas.

Para atingir o objetivo deste artigo, inicia-se tecendo considerações sobre a tentativa de substituir a Fraternidade pela Solidariedade, em razão da aparente vantagem da estrutura conceitual da Solidariedade em comparação com a Fraternidade. Essa pretensa primazia da Solidariedade decorre do expressivo volume de estudos que a ela se dedicam em relação ao que ocorre com a Fraternidade.

Em razão disso, neste capítulo busca-se evitar atribuir à Fraternidade limites conceituais e teóricos que possam, eventualmente, de forma intencional ou não, dar azo a que possa ser substituída pela Solidariedade (ou de combiná-las). Portanto, trata-se a Fraternidade como princípio do universalismo político e como um importante fundamento da cultura ocidental.

O estudo recai sobre a força e a legitimidade da estrutura conceitual da Fraternidade, esclarecendo as duas acepções fundamentais do termo, para projetar culturalmente a melhor interpretação do Humanismo: a acepção relacional e a acepção de Humanidade.

A apresentação dos diferentes papéis da Fraternidade e da Solidariedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dá a conhecer os diferentes papéis que as duas categorias ocupam na estrutura normativa constitucional brasileira. Esta é uma compreensão que se faz necessária para inspirar a melhor interpretação possível do Humanismo e para instruir um novo paradigma cultural, colocando o Brasil no rumo da “via para o futuro” (MORIN, 2013).

Nas considerações finais são apresentados os pontos conclusivos destacados, visando elidir qualquer dúvida que ainda possa pairar sobre a diferença que as separa.

As técnicas de investigação utilizadas para este estudo foram as da pesquisa bibliográfica e, para alcançar a resposta do problema da pesquisa, optou-se por aproximar e relacionar ideias necessárias à compreensão de que não é mais possível insistir na concepção reducionista que atribui à Fraternidade limites conceituais e teóricos, a fim de substituí-la pela Solidariedade (ou de combiná-las).

2 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Observa-se que, comumente, no decorrer do tempo, após a Revolução Francesa - evento histórico que consagrou a tríade na qual a Liberdade, Igualdade e Fraternidade constituíram uma síntese cultural do universalismo político - as categorias Fraternidade e Solidariedade são confundidas nos seus aspectos teóricos e conceituais.

Contudo, não é sem razão a confusão feita entre as duas categorias, uma vez que há registros históricos da tentativa de substituir a Fraternidade pela Solidariedade, por razões ligadas à aparente fragilidade do conceito da Fraternidade e à crescente fama do conceito de Solidariedade:

Tantas reservas que, acrescentadas às incapacidades que afetam o conceito de fraternidade no plano político, permitem melhor aproveitar não somente a fama crescente que conhecia, no fim do século, o conceito de solidariedade, mas ainda a vontade de alguns de integrar esse último à divisa republicana¹. (BORGETTO, 1993, p.83, tradução Heloisa Hoffmann)

No plano político, no final do Século XIX, segundo Borgetto (1993, p.83), o conceito de Solidariedade ganhou mais popularidade e tornou sempre crescente a ideia de substituir a Fraternidade pela Solidariedade, integrando esta na divisa republicana, em razão da forte influência do Estado Moderno e o desenvolvimento deste. E, mais tarde, o "papel do Estado Social e a compreensão da atuação desse como sustentáculo fundamental na formação da Sociedade" (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.105) contribuiu de forma significativa para o fortalecimento da Solidariedade, cuja força e legitimidade girava em torno das hipóteses do homem ser solidário não por natureza, mas como efeito de ação política e de reflexão cultural²(RODATÁ, 2010, p.55, tradução nossa).

Nesse contexto, as reservas e deficiências atribuídas à estrutura conceitual ideal da Fraternidade como princípio do universalismo político e a aparente vantagem da estrutura conceitual da Solidariedade em comparação à Fraternidade facilitava a assimilação da ideia de substituição desta por aquela:

Com relação à fraternidade, a solidariedade como ideia tem certamente muitas vantagens, que, em primeiro lugar, aparece como científica como modelo à grande lei que rege a interdependência da vida humana e social; que, mais uma vez, para ser livre, não compreendia o sentimento de amor, as emoções e toda subjetividade, (que fragilizou politicamente os insultos daqueles que se admiraram que nós pudéssemos falar da fraternidade em uma sociedade dominada por um forte egoísmo); que, também, por fornecer todo o melhor para sua legalização e portanto sua promoção para inspirar o princípio de direito que a palavra que se quisesse dizer seja derivada da linguagem jurídica³. (BORGETTO, 1993, p.84, tradução Heloisa Hoffmann).

1 "Autant de reserves qui, ajoutées aux handicaps qui affectent le concept de fraternité sur le plan politique, permettent dès lors de mieux saisir non seulement la vogue grandissante que connaît, à la fin du siècle, le concept de solidarité mais encore la volonté de certains d'intégrer ce dernier à la devise républicaine".

2 "Nel gran cantiere della solidarietà oggi l'attenzione non si concentra sullo Stato "protettore", ma mette l'accento sui diritti sociali, come condizione della stessa democrazia; si sposta, anzi, fuori del perimetro dello Stato, e dello Stato nazionale, per operare una redistribuzione sociale del potere e per rendere possibili forme di controllo dei poteri economici globale che evocano un nuovo internazionalismo; indica forme di gestione di beni della vita sottratti alle logiche proprietarie. Una solidarietà, allora, non costruita tutta all'esterno delle persone, ma che recupera forza e legittimità intorno all'ipotesi dell'uomo solidale", non per natura, ma come effetto dell'azione politica e della riflessione culturale".

3 "Par rapport à la fraternité, la solidarité idée a certainement beaucoup d'avantages, qui, d'abord, apparaît comme scientifique comme modèle la grande loi qui régit l'interdépendance de la vie humaine et sociale; qui, encore une fois, d'être libre, non impliqué dans le sentiment de l'amour, les émotions et tout subjectivité, (qui a fragilisé politiquement les insultes de ceux qui ont été étonnés que nous pouvons parler de la fraternité dans une société dominée par l'égoïsme fort); que, aussi, pour apporter tout le meilleur pour sa légalisation et donc sa promotion à inspirer le principe de droit que le mot qui voulait dire est dérivé du langage juridique".

Acreditava-se então que, no plano jurídico, a palavra Solidariedade servia para melhor explicar a interdependência entre indivíduos, assim, como na biologia servia para explicar a interdependência das células. E, no decorrer do tempo, com o avanço do positivismo, a estrutura conceitual da palavra Solidariedade foi reunindo e readequando ideias morais de ideais presentes naquele tempo:

Todas vantagens que não se escaparam, então, a certos observadores perspicazes: <<a vantagem da palavra solidariedade se explica [...] facilmente [...] que as células da sociedade, a palavra pela qual os biólogos exprimem a interdependência das células é a mesma que deve exprimir, doravante, a interdependência dos indivíduos. Os termos da justiça, da caridade, da fraternidade, parecem insuficientes. A própria fraternidade, tão prezada à democracia sentimental de 1848, passou a ser somente um sentimento, e nossas gerações modernas, ávidas de ciência objetiva e positiva, necessitavam de uma palavra que expressasse o caráter científico da lei moral. A palavra solidariedade, emprestada da biologia, respondia maravilhosamente à essa necessidade obscura e profunda [...]. Junta-se assim pouco a pouco, sob título de solidariedade, quase todas as ideias morais que se achavam de acordo ao ideal presente.⁴ (BORGETTO, 1993, p.84, Tradução Heloisa Hoffmann)

Não obstante, as aparentes vantagens da Solidariedade como efeito de ação política e de reflexão cultural, surgiram as dificuldades para integrá-la na tríade do universalismo moderno nas publicações em francês e, a Fraternidade foi, então, "mantida como parte integrante da tríade republicana" (BAGGIO, 2012)⁵.

Logo, a Fraternidade, em relação de interdependência com a Liberdade e a Igualdade constitui uma síntese cultural com um referencial teórico ainda inédito à Humanidade, razão pela qual é importante resgatar a força que há na estrutura conceitual da Fraternidade.

4 "Tous avantages qui n'échappèrent pas, alors, à certains observateurs perspicaces: <<le fortune du mot *solidarité* s'explique [...] sans peine.[...] que les cellules de la société, le mot par lequel les biologistes expriment l'interdépendance des cellules est celui même qui doit exprimer dorénavant l'interdépendance des individus. Les termes de justice, de charité, de *fraternité* ont semblé insuffisants. La *fraternité* même, si chère à la démocratie sentimentale de 1848, a le tort justement de n'être qu'un sentiment, et nos générations modernes, avides de science objective et positive, avaient besoin d'un mot qui exprimât le caractère scientifique de la loi morale. Le mot de *solidarité*, emprunté à la biologie, répondait merveilleusement à ce besoin obscur et profond [...]. On recueillit ainsi peu à peu, sous le titre de solidarité, à peu près toutes les idées morales qu'on trouvait conformes à l'idéal présent>>."

5 BAGGIO, Antonio Maria. Fala no colóquio de orientação sobre o tema da Fraternidade, em 28.06.2012, no *Istituto Universitario Sophia*, com fundamento na obra: BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français**. Le passe, Le présent et l'avenir de la solidarité VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.107.

3 I FRATERNIDADE: UM IMPORTANTE FUNDAMENTO DA CULTURA OCIDENTAL

Na França, faz-se uma nítida separação entre a dimensão religiosa e a civil e institucional da Fraternidade (BAGGIO, 2012)⁶. Não obstante, no pensamento político e jurídico contemporâneo, os resquícios da tentativa de substituição pela Solidariedade criam, ainda, dificuldades para reconhecer a força e legitimidade da Fraternidade.

Para retomar o rumo e seguir na via para o futuro da Humanidade (MORIN, 2013, p.144), deve-se avançar no pensamento e ultrapassar a tentativa que, historicamente já resultou frustrada. É tempo de não mais insistir na concepção reducionista de atribuir à Fraternidade limites conceituais e teóricos, a fim de substituí-la pela Solidariedade (ou de combiná-las), ainda que possa existir uma estreita ligação entre ambas.

É fato histórico e não retórico que a Fraternidade compõe a síntese cultural do universalismo político e, portanto, o referencial teórico e prático que advém dessa compreensão vai além de ser uma simples opção conceitual sobre o que melhor representaria essa condição, inclusive e, principalmente, porque os significados dos elementos conceituais que compõem a ideia de Fraternidade, tanto serviram para ser causa do seu esquecimento, quanto serviram para tornar frustradas as tentativas de substituí-la pela Solidariedade.

Os reflexos dessa tentativa de substituição resultaram em confusão teórica nos vocabulários políticos e jurídicos da civilização ocidental que, em virtude da histórica disputa entre o liberalismo, o socialismo e a democracia, em muitas ocasiões, as palavras Fraternidade e Solidariedade são combinadas e utilizadas como se fossem intercambiáveis.⁷ (RODATÁ, 2010, p.54-55, tradução nossa).

Contudo, não foi, apenas, a confusão teórica entre a Fraternidade e a Solidariedade que atrapalharam a busca pela estrutura ideal conceitual do universalismo político que esteve, também, basicamente, concentrada nos polos da Liberdade e da Igualdade, colocando-se o problema ora na distinção entre as duas dimensões, ora na combinação dela em uma síntese superior ou simplesmente aceitável. A doutrina política, social e econômica por muito tempo foi amplamente exercitada na tensão bipolar entre a Liberdade e a Igualdade e as tentativas em busca da composição ideal se davam pela referência de pelo menos um dos dois ideais ou da junção dos dois, em combinações exemplificadas por Marramao (2009, p.186): liberal democracia, social democracia, socialismo liberal.

A lacuna aberta pela crença na aparente contradição da Fraternidade com o universalismo politicamente influente e constitutivo da política e da liberdade dos modernos abriu espaço para substituições e outras combinações destituídas da compreensão que

6 BAGGIO, Antonio Maria. Fala no colóquio de orientação sobre o tema da Fraternidade, em 28.06.2012, no *Istituto Universitario Sophia*, com fundamento na obra: BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français**. Le passé, Le présent et l'avenir de la solidarité.

7 "Il destino contrastato di un valore fondamentale per la democrazia. Quella virtù dimenticata. Perché in tempi difficili va ritrovata la solidarietà". Tradução livre..

há na densidade histórica e conceitual da Fraternidade como princípio da síntese do universalismo político.

A tentativa de substituição da Fraternidade pela Solidariedade só fez - e continua a fazer - gerar ambiguidades. Essa é uma questão que não pode mais ser negligenciada. Segundo Morin (2013, p.144): o "triplo imperativo político liberdade-igualdade-fraternidade deve ser articulado".

A articulação do triplo imperativo, tendo a Fraternidade como elo que estabelece a relação de interdependência entre a Liberdade e a Igualdade (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.107) tem um potencial teórico prático ainda não atingido e essa composição não admite mais a substituição da Fraternidade pela Solidariedade, porque a tríade sintetiza todo o amadurecimento do programa da modernidade em uma fórmula excepcionalmente eficaz, contudo prejudicada pela coincidência com a experiência do desapego do pressuposto cultural do universalismo e, portanto, ainda, não devidamente explorada. (BAGGIO, 2009, p.12)

A Humanidade se encontra em um momento crucial: *"A gigantesca crise planetária é a crise da humanidade que não consegue atingir o estado de humanidade"* (MORIN, 2013, p.33). Na tríade Liberdade, Igualdade, Fraternidade encontra-se um referencial principiológico para melhor interpretar o Humanismo, sendo este entendido como qualquer "movimento filosófico que tome como fundamento a natureza humana ou os limites e interesses do homem" (HOUAISS e VILLAR, 2009, p.602).

A tradição humanista está entre o que há de melhor na civilização ocidental e deve ser propagada:

A civilização ocidental pode e deve propagar o que tem de melhor: a tradição humanista, o pensamento crítico e o pensamento autocrítico, os princípios democráticos, os direitos da mulher, da criança e do homem. As sociedades tradicionais mantêm uma relação com a Natureza, um sentido de inclusão no Cosmo, laços sociais comunitários que devem conservar, mesmo introduzindo nelas o que existe de melhor do Ocidente. (MORIN,2013, p.61)

E, para propagar o que a civilização ocidental tem de melhor, deve-se recuperar a força e legitimidade da Fraternidade.

4 | FORÇA E LEGITIMIDADE DA ESTRUTURA CONCEITUAL DA FRATERNIDADE

Nos dicionários de língua portuguesa a palavra Fraternidade - *fraternitas, fraternitatis* e *fraternitate* - é o substantivo feminino que denota a ideia de: "(a) laço de parentesco de irmãos; irmandade; (b) união, afeto de irmão para irmão; (c) o amor ao próximo; fraternização; (d) a harmonia e união entre aqueles que vivem em proximidade ou que

lutam pela mesma causa etc. (HOUAISS e VILLAR,2009, p.927)”. O verbo *fraternizar*, por outro lado, vem da união entre *fraterno* + *izar*, e apresenta quatro significados quais sejam: (a) unir(-se) como irmãos; confraternizar(-se); (b) travar amizade íntima; confraternizar; (c) associar-se (a outrem); irmanar-se; e, (d) comungar as mesmas ideias ou convicções de; harmonizar-se, confraternizar-se (HOUAISS;VILLAR,2009, p.927). *Fraterno* é um adjetivo relativo ou pertencente a irmão; *fraternal*, do vocábulo *fraternu* em uma declinação de *fraternus* (HOUAISS e VILLAR, 2009, p.602).

Identificam-se no sentido da palavra *Fraternidade* duas acepções fundamentais para projetar culturalmente a melhor interpretação do Humanismo: a acepção relacional e a acepção de Humanidade.

No adjetivo *fraterno*, encontra-se acepção relacional da *Fraternidade*, inspirando as seguintes reflexões:

1. ninguém, nenhuma Pessoa Humana é irmão de si próprio; se irmão, é sempre irmão de outra(o), isso se constitui um fato, uma realidade social reconhecida e uma relação estabelecida;
2. naturalmente, os irmãos não podem ser escolhidos, mas podem ser reconhecidos: isso se constitui um fato, uma realidade social que pode ser reconhecida (BAGGIO, 2008, p.15) e uma relação de reciprocamente que pode ser estabelecida;
3. outro(s) irmão(s) existe(m), independentemente de ser(em) meu(s) irmão(s), ou seja, independentemente de que eu o(s) reconheça como irmão(s): isso também é um fato, uma realidade social que deve ser reconhecida e uma relação de sociabilidade que deve ser estabelecida. (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.130)

A acepção relacional da *Fraternidade* se dá na condição natural da existência da Pessoa Humana e uma referência estabelecida no fato de que para ser irmão é preciso existir a outra Pessoa Humana. Logo, a existência da outra Pessoa Humana é condição do sentido da palavra *irmão* e, nessa perspectiva - em uma derivação extensiva - é condição de existência da outra Pessoa Humana.” (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.130).

A condição da existência e de existência da outra Pessoa Humana dá à *Fraternidade* a acepção de Humanidade. A etimologia da palavra *Humanidade* é da clássica noção do latim de *humanitas* e significa "condição e natureza do ser humano, civilidade.” (HOUAISS e VILLAR, 2009, p.1037). No contexto cultural do Ocidente, a palavra *Humanidade*, também, entrelaça um duplo estatuto, descritivo e normativo: por um lado, indica “a natureza humana, a essência do homem entendida como segmento constitutivo e peculiar; por outro, a totalidade do gênero humano como entidade não estática, mas dinâmica, não meramente

natural, mas histórico-evolutiva” (MARRAMAO,2008, p.157, tradução nossa)⁸.

A ideia de primeiro vínculo e a dupla acepção - relacional e de Humanidade -, faz da Fraternidade um conceito com uma estrutura conceitual diferente da Solidariedade e, em comparação, não menos vantajosa para compor um modelo científico para reger a interdependência da vida humana e social.

A Fraternidade necessariamente pressupõe a ideia de pertencimento, de unidade, de vínculo, de reconhecimento de ser Pessoa Humana:

Por mais que o termo solidariedade seja mais usual, especialmente porque mais conhecido e utilizado com mais intensidade após os estudos da Bioética e seguidamente usado como sinônimo de Fraternidade, é preciso estar atento que entre ambos há uma diferença teórica e prática extremamente relevante e expressiva. Uma ação solidária não traduz, necessariamente, um comportamento fraterno por parte de quem a pratica. Uma coisa é ser solidário com um outro, associado à sua causa; outra, é ser irmão: ser irmão de alguém por nascimento - que implica uma relação pessoal e não com a causa do outro - e, outra coisa, maior ainda, é reconhecer a pessoa, enquanto outro de si mesmo e membro da mesma e única família humana.(VALE DASILVA e BRANDÃO, 2014)

E, se posta a questão sobre o tipo de Sociedade que deve construir, a lógica de classes na representação das linhas horizontais e verticais ajudam a explicar a importância de não mais confundir ou substituir Fraternidade e Solidariedade:

Mais uma vez, as linhas horizontal e vertical (PIZZOLATO, 2008, p.113) - assim, como foram esquematizadas por Marramao as duas formas da lógica da classe - ajudam na representação da distinção conceitual entre a Fraternidade e a solidariedade. A solidariedade como princípio pode ser representada pela linha vertical e essa posição de verticalidade pressupõe uma Sociedade de classes em que as ações individuais e/ou coletivas, políticas e/ou sociais resultam de uma condição de sujeição entre Pessoas Humanas. Enquanto a Fraternidade implicaria na horizontalidade das relações, nas quais, qualquer que sejam, a condição não implicaria em sujeição, mas em consideração à Pessoa Humana. (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.110).

A representação das linhas vertical e horizontal ajudam a compreender como na organização da Sociedade, a Fraternidade e a Solidariedade constituem ideias distintas. Porém, não se pode imaginar uma Sociedade construída pela exclusão de uma pela outra. É na representação do entrelaçamento das linhas horizontais e verticais que se estrutura a trama do tecido social no qual cada Sociedade deve ser tecida, no aguardo do seu tempo

8 “[...] la *natura umana*, l'essenza dell'uomo intesa como suo tratto costitutivo e peculiare; per l'altro la *totalità del genere umano* come entità non statica ma dinamica, non meramente naturale ma storico-evolutiva.

e do seu lugar. Porém, sempre é preciso ter em consideração a Pessoa Humana e aquilo que dará o melhor sentido à existência da Humanidade.

Verifica-se na dupla acepção da Fraternidade - relacional e de Humanidade - que não há limites conceituais e teóricos na estrutura conceitual da palavra, porque ultrapassa a concepção reducionista que alimentou a tentativa de substituí-la pela Solidariedade.

A acepção relacional e de Humanidade contida na estrutura conceitual da Fraternidade é própria de um princípio do universalismo político e, assim como a Liberdade e a Igualdade são princípios de referência para a maior parte dos Estados Democráticos, a Fraternidade constitui um sólido fundamento melhor interpretar o Humanismo e instruir novo paradigma cultural e, portanto, com a Solidariedade não deve mais ser confundida.

5 | OS DIFERENTES PAPÉIS DA FRATERNIDADE E DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 ENTENDIDA COMO PROJETO CULTURAL

Utilizando-se um conceito de Peter Häberle (2001), de que a Constituição é um projeto cultural, pode-se afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil também o é. Nesse contexto é importante diferenciar qual o papel que Fraternidade e Solidariedade desempenham nesse projeto.

O Estado Constitucional brasileiro está inserido na tipologia de Estados Constitucionais, os quais, segundo Häberle (2001, p.32) devem ser entendidos como "resultado e prestação dos processos culturais, que vão passando de geração para geração e são sempre retomados como patrimônio cultural".(VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.44)

Nessa perspectiva, o Estado Constitucional brasileiro deve ser entendido como progresso cultural e, portanto, uma aquisição cultural, no qual a Constituição Brasileira de 1988, entendida como um plano de desenvolvimento do projeto da modernidade é, também, um projeto cultural (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.176).

A Constituição Brasileira de 1988 é um marco na história do Brasil que projetou um "Estado brasileiro desenvolvido e forte" (GRAU, 2010, p.130), planejando uma situação normativa ideal e uma situação de fato possível à instituição de uma Constituição própria do que há de melhor na modernidade ocidental. Entender a Constituição Brasileira de 1988 como projeto cultural é compreendê-la como a principal instância normativa do Estado Constitucional brasileiro.

O objeto da Constituição Brasileira de 1988 tem um caráter dinâmico que nunca deve ser esquecido pelos construtores do Estado e do Direito. Segundo Hermann Heller (1968, p.296): "A constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo, mas produto, não atividade, mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida". Uma forma que permite seguir mais além

dos horizontes conceituais e simbólicos da cognição ocidental:

Entender a Constituição Brasileira de 1988 como Projeto Cultural é entendê-la como produto de um processo de transformação cultural do Estado Constitucional Brasileiro e, simultaneamente, de construção de uma Sociedade com vistas ao futuro, [...]. (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.87)

Para compreender o sentido da Constituição Brasileira de 1988, deve-se cultivar o texto constitucional para que esse faça emergir, de forma dinâmica e responsável, o consenso constitucional em conformidade com a cultura política, sem perder a sua força normativa. (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.65-73)

Na perspectiva de entender a Constituição Brasileira de 1988 como projeto cultural e, em razão da unidade constitucional, o preâmbulo deve ser entendido como “vetor interpretativo” (STRECK e MORAIS, 2013, p.107), conferindo ao texto constitucional “validade e capacidade vinculativa à interpretação constitucional” (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.65-73).

O texto do Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 anuncia o tipo de Sociedade que deve ser construída pelo Estado Democrático instituído e, em uma leitura mais atenta do texto, observa-se que o seu conteúdo vai mais além do que anunciar:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, CRFB/88)

O texto revela um verdadeiro manifesto de compromisso e realidade que o Estado (Constitucional) Democrático instituído assume perante a Sociedade brasileira e que, portanto, a Sociedade que deve ser construída.

No texto do preâmbulo, a Sociedade brasileira a ser construída é identificada e qualificada como fraterna, pluralista e sem preconceitos. A identificação e qualificação da Sociedade brasileira, transmite a ideia de declaração da identidade social do povo⁹

9 A proposta fica mais interessante se a compreensão da categoria povo expressar uma ideia mais abrangente: "povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado", com a qualidade de ser Pessoa Humana, com a dignidade humana (Friedrich Muller); "uma espécie de *plus* em relação ao povo enquanto instância global de atribuição de legitimidade porque não estaria restrito aos "cidadãos", mas se expandiria aos "habitantes do Estado", valendo tanto para titulares de outras nacionalidades como para apátridas". MORAIS, Jose Luiz Bolsan de. BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Entre Direitos, Deveres e Desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.31. MUELLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann.

brasileira(o) que, tanto serve para o presente como para projetá-la culturalmente para o futuro. Nesse sentido, o texto do Preâmbulo da Constituição brasileira não só tem a função de *punte del tempo* (HÄBERLE, 2013, p.276), mas, a essa função está agregada, também e principalmente, a de servir como um vetor interpretativo para projetar e identificar os sentidos para que a Constituição brasileira promulgada em 1988 possa se manter no tempo e no espaço, não só para instruir a interpretação e a aplicação dos direitos garantidos pelo Estado em favor da Sociedade, mas, precipuamente, para projetar culturalmente uma Sociedade que pretende se perpetuar no tempo.

Nesse "cenário de crise planetária", no qual a "globalização produziu a infraestrutura de uma Sociedade-mundo" (MORIN, 2013, p.21-23), a Sociedade brasileira está inserida e, nesse contexto, a adjetivação fraterna que lhe é atribuída, torna-se referência que

[...] indica, não só a qualificação da Sociedade brasileira, mas também, a criação de uma Identidade Social que deve ser comunicada ao povo brasileiro, estimulando a percepção do compromisso e responsabilidade que advém do Projeto Cultural que é a Constituição Brasileira de 1988.(VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015,p.154)

A referência à Sociedade Fraterna no texto do Preâmbulo de 1988 estabelece a Fraternidade como condição de possibilidade para constituir fundamento para melhor compreensão da Constituição Brasileira de 1988, apresentando um

um referencial teórico e prático capaz de recuperar a ideia-força contida na tríade francesa revelada como uma das mais fortes fórmulas de ideais programáticos, inclusive entre aqueles apresentados nas culturas políticas contemporâneas.(VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.125)

A Fraternidade é, na ordem constitucional brasileira, "um princípio presente e que deve balizar a aplicação da Constituição para que possa atingir a Sociedade fraterna, que o Estado Democrático brasileiro está compelido a fundar." (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.8). Estado esse que tem "um conteúdo transformador de realidade, não se restringindo, como Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência." (STRECK e MORAIS, 2013, p.113).

A Fraternidade surge na ordem constitucional brasileira como um fundamento para entender a Constituição Brasileira de 1988 como projeto cultural (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.175-177), atraindo para o sistema normativo elementos que "podem fornecer o ambiente cultural capaz de tornar mais efetiva a Constituição da República Federativa do Brasil" (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.8) rumo à construção de

3ª. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.75-77.

Sociedade Fraterna, devendo esta ser entendida como

uma Sociedade feita por Pessoas Humanas estimuladas a perceber o sentido da própria existência e porque percebem o sentido da própria existência, adotam modos de vida que dão sentido à existência do Humano e a sua continuidade no tempo e espaço da biosfera. (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.172)

O Estado Democrático instituído pela Constituição Brasileira "deve caminhar no sentido de fundar uma Sociedade Fraterna" (VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.7), uma ideia que consiste em ir mais além do modelo projetado para regular o bem-estar e o desenvolvimento social, apresentado pela adjetivação social dada ao Estado com a pretensão de "correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas" (STRECK, 2012, p.96) e que fez prevalecer a preferência pela Solidariedade.

Enquanto a Fraternidade adquiriu status como categoria estratégica e relevante na formação da cultura constitucional brasileira pela qualidade que confere à Sociedade no texto do Preâmbulo, a Solidariedade constitui um dos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]". A Solidariedade é - assim como são os outros objetivos constitucionais fundamentais definidos no artigo 3º da CRFB/88¹⁰ -,

[...] a expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para os órgãos estatais e para a sociedade ou, ao menos, os detentores de poder econômico ou social fora da esfera estatal. (STRECK e MORAIS, 2013, p.149)

Os objetivos fundamentais artigo 3º estão conectados com a noção de Estado Democrático instituído pela Constituição Brasileira de 1988, sendo que este "representa a vontade constitucional de realização do Estado Social. Trata-se de um *plus* normativo e qualitativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito" (STRECK e MORAIS, 2013, p.150). Uma das condições de possibilidade da inserção do Estado nacional brasileiro na seara da globalização é o atendimento aos fins sociais e, nesse sentido, a Solidariedade é uma dessas condições de realização do Estado Democrático de Direito que "tem um conteúdo transformador de realidade, não se

10 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência.”(STRECK e MORAIS, 2013, p.113).

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Brasileira de 1988 está destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e, também, direitos individuais, os quais devem assegurar ao povo brasileiro uma existência digna e, por esta razão, tem um compromisso "indissolúvel com a Fraternidade”(VALE DA SILVA e BRANDÃO, 2015, p.7) e, também, com a Solidariedade, porém cada uma com sua especificidade e finalidade.

Conhecer e compreender os diferentes papéis que a Fraternidade e a Solidariedade ocupam na Constituição Brasileira de 1988 é condição para inspirar a melhor interpretação possível ao Humanismo e instruir um novo paradigma cultural, colocando o Brasil no rumo da "via para o futuro" (MORIN, 2013).

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tentativa de substituir a Fraternidade pela Solidariedade é equivocada. A aparente vantagem da estrutura conceitual da Solidariedade em comparação à Fraternidade que tanto influenciou - e ainda influencia - a formação do conhecimento humano, não se confirmou. Afinada a percepção da realidade, facilmente compreende-se que, independentemente da organização da convivência estar ou não dominada pelo egoísmo, a aptidão de sentir é necessária nas relações sociais, porque essas são as referências que as Pessoas Humanas têm umas com as outras, mediadas pelos contextos e situações determinadas da(s) Sociedade(s) em que estão inseridas.

Portanto, é fato histórico e não retórico que na concepção moderna a Fraternidade já detinha um referencial teórico com elementos conceituais que melhor representava a interdependência entre homens. E, embora a expressão de sentimento tenha sido entendida como limite, esse entendimento não tende mais a subsistir, porque é justamente a ausência do sentimento que tem sido tão cara a Humanidade.

Na essência principiológica da Fraternidade encontra-se o sentimento de singular Humanidade. Esse sentimento, representa a recuperação de um importante fundamento da cultura ocidental, a síntese do universalismo político da modernidade, e visa instituir um novo paradigma cultural da modernidade capaz de enfrentar o desafio contemporâneo, que Morin chama de "*gigantesca crise planetária*" (MORIN, 2013, p.33).

Portanto, a Fraternidade é a categoria que melhor representa a convivência entre Pessoas Humanas nas diferentes projeções de organização da vida em Sociedade e, justamente por isso, cria a condição de possibilidade para desenvolver uma teoria capaz de superar "*a crise da humanidade que não consegue atingir o estado de humanidade*"(MORIN, 2013, p.33).

A experiência política já demonstrou que a liberdade, sozinha, destrói a igualdade,

e a igualdade imposta destrói a liberdade, [...]" (MORIN, 2013). Uma nova política se faz necessária para recuperar o sentido do humano na organização da convivência em Sociedade frente às possibilidades e necessidades que se apresentam localmente, mas que requerem respostas pensadas e compreendidas em um contexto cultural projetado constitucionalmente.

Na ordem constitucional brasileira a Fraternidade tem *status* de categoria estratégica e relevante na formação da cultura constitucional pela qualidade que confere à Sociedade no texto do preâmbulo e a Solidariedade constitui um dos seus objetivos fundamentais. Conhecer os diferentes papéis que ambas ocupam na Constituição Brasileira de 1988, além aclarar os resquícios das tentativas de substituição de uma pela outra, contribui para inspirar a melhor interpretação possível do Humanismo e instruir um novo paradigma cultural, colocando o Brasil no rumo da "via para o futuro"(MORIN, 2013), ou seja, no caminho que dá o melhor sentido à existência da Humanidade.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). **O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da Fraternidade na política.** Trad. Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

_____. **Il dibattito interno all'idea di Fraternità.** Prospettive di ricerca politologica. Disponível em: <<http://www.cittanuova.it/FILE/PDF/articolo20813.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français.** Le passe, Le présent et l'avenir de la solidarité. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1993. p. 83-85.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. A Fraternidade como uma categoria (da) política. **Revista Diálogos Críticos.** Seção Ciências Jurídicas. Vol 2 (1) Maranhão, 2012.

_____; _____. FRATERNIDADE COMO CATEGORIA POLÍTICA. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 2386-2407, abr. 2014. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5590>>. Acesso em: 23 jul. 2017. doi: <https://doi.org/10.14210/rdp.v7n3.p2386-2407>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988.** 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura.** Roma: Carocci editore. 2001.

_____. **El Estado Constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MARRAMAO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

_____. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. 2. ed. Torino: Bollati Boringhieri. 2009.

MORAIS, Jose Luiz Bolsan de. BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Entre Direitos, Deveres e Desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MUELLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MORIN, Edgar. **A VIA para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RODATA, Stefano. **Il destino contrastato di un valore fondamentale per la democrazia**. Quella virtù dimenticata. Perché in tempi difficili va ritrovata la solidarietà. Roma: La Repubblica. Roma, 25 set.2012.

STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7. ed. 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; _____. Comentário à Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba:Juruá Editora, 2015.

A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA, REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE, FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Data de aceite: 01/09/2020

Tamires Cristina Jacinto de Lima

Centro Universitário Tabosa de Almeida
(ASCES – UNITA).
Faculdade Damásio de Jesus.
<http://lattes.cnpq.br/6454155924601075>

Luiz Gustavo Simões Valença de Melo

Universidad de Castilla - La Mancha –
Espanha (UCLM)
Universidad de Salamanca – Espanha
(USAL).
Centro Universitário Tabosa de Almeida
(ASCES – UNITA).
<http://lattes.cnpq.br/3843164152048537>

RESUMO: O Direito Processual Civil deve se moldar às necessidades da prestação jurisdicional de uma tutela que atenda às peculiaridades do direito material, sem descuidar de se nortear pelos princípios constitucionais, que são a base do Ordenamento Jurídico. Nesse desiderato, o novo Código de Processo Civil prevê a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente, quando não haja a interposição do respectivo recurso: o agravo de instrumento. Visa a limitação do processo, mediante somente a aplicação da tutela provisória. A tutela estabilizada só não fará coisa julgada se houver pedido de desarquivamento, fundado no aparecimento de novas circunstâncias, por uma das partes, para rever a decisão, após o trâmite processual da demanda, baseado em cognição exauriente e a concessão ou não da tutela definitiva. Contudo, não fará coisa julgada

durante sua estabilização, pois tal decisão pode ser modificada pelo juiz a requerimento das partes, principalmente por se tratar de cognição sumária. Diante desse fenômeno, faz-se necessária a discussão acerca de sua compatibilização com as garantias constitucionais, observando se ocorrerá violação de alguns dos princípios norteadores: devido processo legal, contraditório, razoável duração do processo e segurança jurídica, ou seja, as consequências da estabilização para o direito constitucional, tendo em vista a importância desses princípios e que nenhuma norma pode violar a Constituição. O objetivo é analisar a estabilização da tutela antecipada, verificando sua compatibilização com as garantias constitucionais do nosso ordenamento. Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, a partir da análise do instituto da estabilização da tutela como medida eficiente para as garantias previstas na Lei Maior. O Direito Processual Civil é intrínseco aos princípios constitucionais, a fim de criar condições para que a tutela seja prestada de forma justa e efetiva, respeitando a celeridade da prestação jurisdicional, por meio da estabilização.

PALAVRAS-CHAVE: tutelas provisórias; estabilização; princípios constitucionais; violação; compatibilização.

STABILIZATION OF THE EFFECTS OF THE EARLY WARRANTY, REQUESTED IN ADVANCE, IN FRONT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT: Civil Procedural Law must conform to the needs of the jurisdictional provision of protection that meets the peculiarities of material law, without neglecting to be guided by constitutional principles, which are the basis of the Legal Order. In this regard, the new Code of Civil Procedure provides for the stabilization of the effects of the previous preliminary injunction, when there is no interposition of the respective appeal: the interlocutory appeal. It aims at limiting the process, by applying only provisional protection. Stabilized guardianship will not be considered unless there is a request for disqualification, based on the appearance of new circumstances, by one of the parties, to review the decision, after the procedural process of the demand, based on exhaustive cognition and the granting or not of definitive guardianship. . However, it will not take *res judicata* during its stabilization, as this decision can be modified by the judge at the request of the parties, mainly because it is summary cognition. In view of this phenomenon, it is necessary to discuss its compatibility with constitutional guarantees, observing whether there will be a violation of some of the guiding principles: due to legal, contradictory process, reasonable duration of the process and legal security, that is, the consequences of stabilization for constitutional law, in view of the importance of these principles and that no rule can violate the Constitution. The objective is to analyze the stabilization of the anticipated protection, verifying its compatibility with the constitutional guarantees of our order. The hypothetical-deductive method will be used, based on the analysis of the tutelage stabilization institute as an efficient measure for the guarantees provided for in the Major Law. Civil Procedural Law is intrinsic to constitutional principles, in order to create conditions for the protection to be provided in a fair and effective way, respecting the speed of the judicial provision, through stabilization.

KEYWORDS: provisional tutelage; stabilization; constitutional principles; violation; compatibilization.

1 | INTRODUÇÃO

O direito de ação surge com o monopólio da jurisdição, ou seja, com a formação do Estado moderno. Através desse direito pode-se exigir o exercício da atividade jurisdicional, isto é, pede-se ao Estado que exerça sua função pelo Poder Judiciário no caso concreto, no intuito de intermediar o conflito a partir da aplicação da lei. Contudo, o exercício do direito de ação implica na relação triangular processual (juiz, autor e réu), fator este que interfere na eficácia imediata da decisão, devido à quantidade de recursos interpostos, morosidade do Judiciário e aspectos formais do processo.

É notória a necessidade do Estado em priorizar a celeridade processual, bem como a efetivação justa da tutela jurisdicional como método de solução de conflitos. Partindo desse pressuposto, percebeu-se a necessidade da criação de medidas cabíveis que visassem a eficácia imediata dos direitos pleiteados com premência, surgindo, então, as tutelas de urgência, consideradas até hoje um avanço para o direito processual civil.

O Código de Processo Civil vigente prevê a estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Tal medida foi baseada no direito italiano e no direito francês, objetivando a limitação do processo, mediante a aplicação da tutela provisória, fundada em cognição sumária.

É cediço que há muito o Poder Judiciário vem utilizando técnicas com o intuito de dar celeridade aos processos e viabilizar decisões justas e efetivas, combatendo a morosidade e equilibrando rapidez e eficiência, sendo ambos instrumentos necessários para garantia de entrega da prestação da tutela jurisdicional, mediante o Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho tem por escopo estudar a técnica de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e analisar suas implicações quanto aos princípios constitucionais.

A escolha do tema abordado justifica-se em virtude da impossibilidade de violação às garantias constitucionais. Ademais, atentando-se para amplas discussões sobre o tema e suas implicações para o direito processual civil.

2 I DO CONCEITO DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

A técnica de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente foi baseada no direito italiano, nos “*provvedimenti d’urgenza*” com “*strumentalità attenuata*”, bem como no direito francês, pelo instituto do “*référé provision*”, o qual objetiva a limitação do processo, mediante somente a aplicação da tutela provisória. Este último possui como principais características: autonomia do procedimento de urgência, provisoriedade da decisão e ausência de coisa julgada.

Estabilizar é fazer com que uma decisão proferida em cognição sumária, em juízo de probabilidade, gere efeitos de forma permanente, ainda que não tenha transitado em julgado, visto que o trânsito em julgado ocorre em cognição exauriente, gerando, portanto, coisa julgada e, conseqüentemente, a imutabilidade da decisão.

A estabilização diferencia-se do julgamento antecipado da lide, porque nesta o procedimento é abreviado, tendo em vista a inércia do réu em se defender; já aquela ocorre porque o réu manteve-se inerte em recorrer da decisão antecipada. Nada obsta que o réu apresente defesa, mas permaneça inerte quanto ao pedido de estabilização.

Ademais, o julgamento antecipado da lide diferencia-se da referida técnica, pois ocorre com base em cognição exauriente, quando não há matéria de fato a ser provada, tratando de questões de mérito somente de direito.

A estabilização “outra coisa não significa senão irrevogabilidade e imodificabilidade desse elemento [elemento sentencial mandamental ou executivo antecipado]. Estabilizar é imunizar contra revogação ou modificação. Enfim, estabilizar é imutabilizar” (COSTA, 2016, p. 428).

Uma tutela antecipada, em princípio, não deveria durar por tempo indefinido, pois decorre de uma decisão proferida em caráter liminar, porém deve-se lembrar o conceito de provisoriedade, isto é, substituir uma decisão pela outra, troca-se a decisão provisória, que terá eficácia e efeitos, por uma decisão definitiva que a substitua.

A estabilização foge a essa regra, porque não haverá a troca de decisões, quando estabilizada, a decisão torna-se permanente.

Essa técnica somente poderá ser aplicada em tutela de urgência, antecipada e antecedente. Não é aplicada na tutela de evidência, posto que esta não possui caráter emergencial, podendo o autor aguardar os trâmites processuais. Não se aplica a tutela cautelar devido a sua incompatibilidade com a técnica. Por fim, não será utilizada em caráter incidental, haja vista inicia-se mediante peça vestibular, em momento anterior ao pedido principal.

3 | DO PROCEDIMENTO

O procedimento inicia-se mediante petição inicial com requerimento limitado à tutela antecipada antecedente e pedido expresso de estabilização, bem como deverá o autor informar os demais requisitos necessários à estabilização, tais como: exposição dos fatos e da lide, probabilidade do direito, perigo da demora, causa de pedir, pedido e valor da causa.

Se a medida liminar for negada por falta de elementos, o autor será intimado para emendar a inicial, acostando novos documentos, argumentação e confirmação do que se requer em tutela definitiva, no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Sendo ela concedida, intimar-se-á o réu para efetuar seu cumprimento ou interpor o respectivo recurso, caso não deseje a técnica de estabilização.

O recurso cabível será o agravo de instrumento, vez que impugna decisão interlocutória proferida pelo magistrado. Entretanto, há divergências na doutrina e jurisprudência quanto ao meio de impugnação utilizado.

Assim, se o réu apresentar o meio de impugnação, já não se permitirá o uso da técnica. Deve-se, portanto, dar continuidade ao procedimento em cognição exauriente para apreciação da tutela definitiva. Também não haverá estabilização quando o litisconsorte passivo simples ou assistente simples apresentar meio de impugnação, com argumentos capazes de beneficiar o réu que permaneceu inerte (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 622). Isto é, havendo impugnação, por quaisquer destes, da decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente, esta não ficará estável, devendo o autor aditar a petição inicial, no prazo de quinze dias, contados após o término do prazo da impugnação, a fim de converter o procedimento provisório em definitivo. Caso o demandante não realize o aditamento ou este seja feito de modo intempestivo, o processo será extinto sem análise de mérito.

Realizando o aditamento, o réu será intimado, junto do autor, para comparecer à audiência de conciliação ou mediação. Celebrado o acordo pelas partes, haverá sua homologação e o processo será extinto com julgamento de mérito. Caso não haja autocomposição do litígio, o réu terá o prazo de quinze dias para oferecer contestação e os demais atos processuais seguirão pelo rito comum, até que haja sentença com resolução de mérito.

Por outro lado, se, após a concessão da tutela antecipada e citação do réu para seu cumprimento, este não interpuser meio de impugnação, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente ficará estável. Esta estabilidade implica em extinção do processo sem resolução de mérito.

Com a extinção do processo, a medida permanece estável durante o período de dois anos, entretanto sem fazer coisa julgada. Dentro desse prazo, qualquer das partes poderá propor ação autônoma, não sendo possível o requerimento no mesmo procedimento, objetivando revisar, reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada. A competência funcional/absoluta para analisar a ação proposta será do mesmo juízo que concedeu a liminar (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 625).

Na estabilização não há cognição exauriente, não há juízo de certeza, a decisão será permanente até que uma das partes venha questioná-la em ação autônoma. Esta ação não possui nome específico e possui natureza jurídica constitutiva, visto que modifica ou desconstitui a estabilização da tutela.

Com o término do prazo de estabilização, as partes perdem o direito de reanalisar a decisão que concedeu a tutela, ficando então imutável.

4 | DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal é o pilar do Ordenamento Jurídico brasileiro, ela é a fonte principal e encontra-se no ápice da pirâmide de hierarquia das normas, diante da qual as demais normas estruturam-se e tornam-se válidas. A função primordial da Lei Maior é coordenar e amoldar o Estado, de modo a estabelecer as obrigações e garantias dos indivíduos.

De acordo com Hans Kelsen:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior. (KELSEN, 1998, p. 233)

A norma de escalão superior sempre vai prevalecer diante da norma de escalão inferior, haja vista sua hierarquia. Isso decorre do princípio da supremacia da Constituição, o qual dispõe que todas as normas devem estar de acordo com a Carta Magna.

Esse princípio decorre da rigidez da Constituição, a qual disponibiliza um maior nível de dificuldade para modificar seu conteúdo.

A dicotomia entre Constituição rígida e Constituição flexível, por sua vez, não se confunde, mas se superpõe em larga medida, com a distinção entre Constituição escrita e não escrita. Diz-se flexível a Constituição cujo processo de reforma coincide com o modo de produção da legislação ordinária, inexistindo diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional (...). Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem quórum e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais. (BARROSO, 1998, p. 152.)

Uma Constituição flexível pode ser alterada por outras normas, de modo simples, razão pela qual recebe esta denominação. Já uma Constituição rígida passa por um processo complexo até ter seu texto alterado, diferente do processo de modificação de leis ordinárias. Essa discrepância acarreta em uma hierarquia formal, presente somente nas Constituições rígidas.

É cediço que a Constituição Federal brasileira é rígida, sendo assim, todas as demais normas devem obedecer aos parâmetros da Lei Máxima. Não há que se falar em hierarquia das normas nas Constituições flexíveis, em virtude de todas encontrarem-se no mesmo padrão de alteração e criação. “Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro” (SILVA, 2011, p. 46).

O Direito Constitucional não é uma espécie, mas alicerce de ramos do direito, tanto público quanto privado. Assim explica André Ramos Tavares:

Na realidade, portanto, **o Direito Constitucional é a base que oferece sustentação a todos demais “direitos” disciplinados, no Brasil**, por leis (leis complementares, ordinárias, delegadas), medidas provisórias e decretos. Portanto, **tem-se o Direito Constitucional como a base, o fundamento dos demais “ramos” (melhor seria falar em “Direitos”)**, seja qual for a repartição que se queira (ou não) realizar esses “Direitos”.

O Direito Constitucional não poderia estar contido, portanto, em um dos clássicos “ramos” do Direito, pois lhes é superior, englobante e serve de fundamento de validade a todos. Alocando-o no Direito privado, ter-se-ia a equivocadíssima impressão de que não guarda relação ou contato com o Direito privado, a não ser secundária e episodicamente, quando é justamente

Por ser considerada o cerne do Ordenamento Jurídico, a Constituição é díspar com relação aos demais ramos do direito. Todas as outras ramificações devem ser elaboradas e interpretadas à luz do Direito Constitucional. O Direito Processual Civil, não foge à regra e deve obedecer as suas normas, inclusive seus princípios.

Apesar de nem sempre estarem expressos na Lei Máxima, os princípios e garantias constitucionais são de extrema relevância para as relações jurídicas e desenvolvimento da sociedade, influenciando e norteando a interpretação das normas.

5 I COISA JULGADA, TÉCNICA DE ESTABILIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Atine-se, então, que o princípio da segurança jurídica está inteiramente concatenado com a formação da coisa julgada.

A coisa julgada formal ocorre quando a sentença não pode ser alterada no interior do mesmo processo, contudo pode ser discutida em outra ação a ser ajuizada depois. É o caso, por exemplo, da desistência ou renúncia da parte para interpor recurso, ou da prolação de sentença terminativa, tais atos geram coisa julgada formal.

Já a coisa julgada material ocorre quando a sentença não pode mais ser alterada em nenhum outro processo, é o mais alto grau de imutabilidade da decisão. Assim, entende-se que coisa julgada material engloba a coisa julgada formal, uma vez que se o objeto da ação não poderá mais ser discutido em nenhum outro processo, obviamente não poderá ser discutido especificamente naquele em que foi originado.

Este instituto serve para dar segurança jurídica às decisões judiciais, evitando que os conflitos se perpetuem no tempo.

A doutrina converge ao entender que durante a estabilização não há coisa julgada. Contudo, diverge quando se trata do período estabelecido após o decurso do prazo de dois anos para reanalisar a decisão, dividindo-se em duas correntes. A primeira delas, conforme Luiz Eduardo Ribeiro Mourão:

Assim, esgotado o prazo para rediscussão da tutela antecipada antecedente, nos termos do parágrafo 2º do artigo 304 do novo CPC, concretiza-se a proibição de repetição/reprodução do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (artigo 337, parágrafo 1º e 4º do novo CPC), tornando-a indiscutível e imutável (artigo 502 do novo CPC). Essa nova situação jurídica chama-se, indiscutivelmente, coisa julgada (MOURÃO, 2015).

No mesmo sentido leciona Bruno Garcia Redondo:

Se, dentro de 02 anos, não há coisa julgada, mas, após o esgotamento *in albis* do biênio, a estabilidade se torna imutável (e, por consequência, se torna vedado o debate sobre o direito material), é forçoso concluir que há formação de *coisa julgada material*. Afinal, a Teoria Geral do Direito Processual denomina coisa julgada material o fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que busquem modificar anterior julgamento do mérito. (REDONDO, 2016, p. 297)

Tais autores, baseados no conceito do art. 502, do CPC/15¹, entendem que após os dois anos a decisão será acobertada pela coisa julgada material, vez que ficará imutável e indiscutível, não sendo possível sua reanálise. Assim, ao criar o dispositivo previsto no art. 304, §6º, do CPC/15, expressando que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”, o legislador referiu-se ao período de estabilização, durante o prazo de dois anos, não após esse tempo. Do mesmo entendimento compartilham Leonardo Greco e Daniel Mitidiero.

Dicotômica é a interpretação da segunda corrente de Fredie Didier Jr.:

Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o *conteúdo* da decisão, não sobre seus efeitos; é o *conteúdo*, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada. Não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo da coisa julgada. (...) Exatamente por isso, não caberá ação rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após os dois anos para ajuizamento da ação a que se refere o §5º do art. 304 (DIDIER JÚNIOR, 2016, pp. 625 – 626).

Na mesma linha, Eduardo José da Fonseca Costa leciona:

Afinal, o entendimento mais adequado parece ser o de que, mesmo após os dois anos, não haverá a formação da coisa julgada material. Além da dicção expressa do art. 304, §6º, é preciso perceber que o próprio procedimento não foi construído para a produção da coisa julgada. O seu objetivo não é este, mas tão somente o de satisfação fática da parte. Afinal, se o objetivo da parte é o de obter a coisa julgada material, tem-se o procedimento comum para tanto. Impor a formação da coisa julgada material no procedimento

1 Art. 502, CPC/15: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

de antecipação de tutela antecedente é tentar encaixar antigos conceitos a fórceps no fenômeno da estabilização. Trata-se de uma forma de simplificar à força a estabilização, criada pelo CPC/2015 (COSTA, 2015).

Esta segunda corrente entende que a técnica de estabilização não produzirá coisa julgada material, continuando apenas estabilizada, mesmo após os dois anos, os efeitos da decisão tornam-se estáveis, mas não o seu conteúdo. Diferentemente de como acontece na coisa julgada, na estabilização não tem o reconhecimento judicial do direito do demandante. Por não haver coisa julgada, não se admite a utilização da ação rescisória. A estabilização traz uma nova técnica, com pressupostos e características inerentes a ela.

É imprescindível fazer uma distinção entre estabilização da tutela e a coisa julgada. A primeira ocorre com base em uma tutela provisória, fundada em cognição sumária, recai sobre os efeitos da decisão, não gera efeitos positivos, durante o período de estabilização será reavaliada por decisão autônoma de revisão, reforma ou invalidação, sendo esta de competência do juízo que concedeu a estabilização. Já a segunda ocorre mediante tutela definitiva, fundada em cognição exauriente, recai sobre o conteúdo da decisão, gera efeitos positivos para o autor, é combatida pela ação rescisória, esta de competência originária do tribunal.

A ação rescisória, com rol taxativo, prevista no art. 966, do CPC/2015, serve exatamente para impugnar a sentença transitada em julgado, possui caráter desconstitutivo, tendo em vista o desfazimento dessa decisão.

Percebe-se, finalmente, que a estabilização da tutela antecipada antecedente terá efeitos práticos de coisa julgada material. Todavia, não será acobertada por esta em virtude de suas distinções, primordialmente, por não ocorrer com base em cognição exauriente.

Pelos motivos acima elencados, há grande discussão na doutrina acerca da possibilidade de insegurança jurídica na decisão que concede a estabilização. No que tange à segurança jurídica, versa sobre requisito fundamental para o processo, por tratar-se do caminho processual percorrido com riscos mínimos.

concretiza-se a segurança jurídica no processo com o desenvolvimento do contraditório, possibilitando ampla participação dos demandantes na demonstração de suas pretensões e num contexto de informação e reação, em que as partes e o juiz promoverão um constante diálogo, com o fim de preparar o provimento final, possibilitando o controle da atividade jurisdicional por parte dos interessados. (HERNANDES, 2016, p. 121)

Verifica-se, então, que a segurança jurídica se consolida conforme o processo vai se formando por cognição exauriente, se distanciando, portanto, das decisões proferidas em caráter liminar, fundadas em cognição sumária.

Ocorre que em uma tutela de urgência deve prevalecer o direito do demandante, não podendo este ser prejudicado pelo decurso do tempo, pois “é inevitável para a garantia plena à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente” (ZAVASCKI, 2007, p. 66).

Ainda que ocorra a estabilização e finde o decurso do prazo de dois anos para reanalisar a decisão, a referida técnica não é capaz de gerar insegurança, apesar de não formar coisa julgada material, haja vista possuir efeitos idênticos a esta imutabilidade, não sendo possível, portanto, desconstituir a decisão que concedeu a tutela após o seu prazo legal.

A insegurança jurídica que ocorre é quanto às decisões dos Tribunais Superiores acerca do ato cabível para impugnar à estabilização, ou seja, se somente ensejaria o agravo de instrumento ou se seria possível outro meio de impugnação.

No Informativo de Jurisprudência nº 639, publicado em 1º de fevereiro de 2019, no julgamento do Recurso Especial nº 1.760.966-SP, de relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, por unanimidade que: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 do CPC/2015, torna-se estável somente se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária.”

Sob outro ponto de vista, a mesma Corte Especial, no Informativo de Jurisprudência nº 658, publicado em 08 de novembro de 2019, no julgamento do Recurso Especial nº 1.797.365-RS, de relatoria do ministro Sérgio Kukina, a primeira turma consolidou o seguinte entendimento: “Apenas a interposição de agravo de instrumento contra a decisão antecipatória dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente é que se revela capaz de impedir a estabilização, nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil.”

É notória aqui a presença da insegurança jurídica, não quanto aos efeitos da decisão já estabilizada, mas sim no cerne do entendimento da Corte Superior acerca do meio de impugnação cabível para impedir a estabilização, a qual reflete na parte ré, uma vez que vai depender do entendimento do magistrado ao julgar a peça processual da parte demandada, podendo ser prejudicada a depender da data em que protocolou o seu pedido. Por exemplo, se impugnou a decisão à época do informativo nº 639 e seu pedido só foi analisado quando já havia o informativo 658, o réu será prejudicado, o que pode ser bastante comum diante da morosidade do Poder Judiciário.

6 | COMPATIBILIZAÇÃO OU VIOLAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS?

Muitos acreditam que a tutela diferenciada realizada em cognição sumária é uma exceção ao rito comum do processo, vez que não garante efetivamente o princípio da segurança jurídica, para dar lugar à razoável duração do processo. Contudo o que ocorre é um equilíbrio entre os princípios processuais constitucionais para que a parte tenha seu direito garantido de forma mais célere.

Argumenta-se que para que a sumarização ocorra sem ferir os princípios processuais constitucionais deverá vir expressa em lei, porém isso implicaria na solução do conflito de maneira abstrata, sendo fundamental a flexibilização de decisão do juiz, ante o caso concreto.

O princípio basilar para o Estado Democrático de Direito é o princípio da isonomia, vez que estabelece a igualdade entre as partes no âmbito processual. Este princípio encontra-se inteiramente associado ao princípio da proporcionalidade, assim clarificado: “o critério da proporcionalidade está relacionado ao aspecto material do conceito de isonomia, como critério de justa medida de distribuição dos direitos e deveres sociais” (TAVARES, 2010, p. 769). Ambos os princípios buscam a efetivação e proteção dos direitos fundamentais, asseguram igualdade entre as partes durante a relação processual, não admitindo privilégios de um em detrimento de outro.

Por ser realizado sem a manifestação do réu, o processo de cognição sumária provoca a sensação de que o princípio da isonomia foi desrespeitado, visto que não há uma análise profunda da matéria pelo juiz e o autor pode ter seu direito concedido antes da manifestação da parte requerida em uma tutela provisória. Todavia, a mesma técnica de antecipação pode favorecer o réu, quando o juiz negar liminarmente a pretensão do autor, julgando seu pedido improcedente. Neste último caso, o réu nem saberá da existência do processo, posto que ainda não houve citação, sendo, portanto, favorecido liminarmente.

Na primeira situação o réu poderá se manifestar posteriormente, podendo o juiz, se for o caso, revogar ou modificar a tutela concedida em caráter liminar. Na segunda suposição, o autor economizará tempo e recursos financeiros, não precisando levar adiante uma ação fadada ao insucesso.

O princípio do devido processo legal assegura condições essenciais para o desenvolvimento regular do processo, consequência do princípio da isonomia. É fundamental permitir às partes a produção de provas, alegação de fatos e fundamentação, a fim de buscar respostas e soluções para o conflito.

“O princípio do devido processo legal tem como um de seus fundamentos a consagração de um processo “justo”, assim considerado aquele adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados submetidos à apreciação judicial” (FUX, 2000, pp. 23; 43). As partes podem se utilizar dos meios jurídicos para provarem suas alegações. O processo transcorre de acordo com a previsão legal, ou seja, o magistrado deve seguir o procedimento, conforme previsto em lei.

Ainda sobre o devido processo legal: “no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes” (TAVARES, 2010, p. 734). Quaisquer das partes envolvidas no processo poderão usufruir dos intermédios do direito, a fim de comprovar suas argumentações.

Devido processo legal não implica dizer, necessariamente, demora processual, mas que o processo deve seguir todas as suas fases.

normalmente, a postura do juiz que exige um grau muito elevado de certeza para julgar esconde uma tendência burocrática e comodista que deve ser evitada a todo custo. Devem prevalecer, no espírito do juiz, a relativização do ônus da prova e a redução de seu peso, ou seja, que o juiz aja como a pessoa comum ao formar sua convicção, concluindo pela existência do fato quando a sua consciência tiver por bem mais provável a existência do que a inexistência, sem chegar a extremos de exigência. (BONÍCIO, 2006, p. 83)

O magistrado deve atuar de modo a formar seu convencimento durante o processo, porém formulando e requerendo somente as exigências necessárias até o momento de proferir sua decisão, sempre com a cooperação das partes. Dessa forma, haverá a sumarização do procedimento sem haver violação ao princípio do devido processo legal.

As técnicas de cognição sumária não violam o supracitado princípio, visto que seu objeto será aprofundado em momento subsequente, no curso do processo.

O princípio do contraditório consiste na forma igualitária das partes se manifestarem nos autos. Ambas as partes interagem no processo, produzindo provas e tentando influenciar o juiz em suas alegações. Já a ampla defesa trata-se da permissão que as partes possuem para utilizar todos os meios de prova e recursos autorizados por lei.

Contudo, no que tange à antecipação da tutela, o contraditório é postecipado, devido à urgência que a ação requer, só ocorrendo após a análise do magistrado que irá conceder ou negar a medida liminar.

É bom que ressalte que não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo ou pela evidência de providências jurisdicionais antes da ouvida da outra parte (*inaudita altera parte*). O contraditório, neste caso, é deslocado para o momento posterior à concessão da providência de urgência ou de evidência, em nome de outros bens jurídicos (como a efetividade). (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 594)

A alteração do momento do contraditório visa à celeridade processual e eficácia imediata do direito, baseando-se na cognição sumária, limitada, satisfazendo-se o juiz com a probabilidade de êxito do requerente, não sendo necessária uma cognição exauriente. Não é possível falar em violação do contraditório, pois ocorre somente sua postergação por se tratar de técnica processual de cognição sumária. Irrazoável seria prejudicar um direito com alto grau de probabilidade em face de formalismos exacerbados. Também não ocorre violação do contraditório na técnica de estabilização, vez que é dada ao réu a oportunidade de impugnar a concessão da medida, só podendo ela ocorrer com a inércia da parte demandada.

O princípio da razoável duração do processo busca evitar que o processo se prolongue ao ponto da garantia jurisdicional não ter mais efetividade. Não é razoável

quando, por exemplo, aquele que reivindicou o direito não pode mais obtê-lo devido ao longo tempo de duração do processo, isto é, qualquer prejuízo o torna irrazoável.

As técnicas processuais de urgência, somadas às demais garantias constitucionais, integram a garantia do devido processo legal constitucional e, portanto, devem ser sopesadas a fim de que possa prevalecer aquela que protege o maior valor no caso concreto. O tempo necessário ao desenvolvimento completo do devido processo constitucional não pode ser empecilho para a tutela jurisdicional urgente, que visa garantir a utilidade da sentença justamente frente àquele. (HERNANDES, 2016, p. 115)

O princípio da razoável duração do processo está interligado com o princípio do devido processo legal, vez que este último só ocorre de forma justa se realizado em tempo hábil. Dele também decorre a eficiência, princípio previsto no art. 37, “*caput*”², da Constituição Federal, aplicado no direito administrativo, bem como implantado no Poder Judiciário para obtenção de um melhor desempenho em suas atividades.

O princípio da celeridade, também derivado do princípio da razoável duração do processo, reconhece que o processo requer um tempo mínimo para que seja julgado de forma justa e tenha todos os princípios respeitados. Todavia, não admite a morosidade do judiciário em questões prescindíveis.

Ocorre que, apesar da ampla relação entre todos os princípios aqui abordados, constata-se a necessidade de aplicação do critério da proporcionalidade. Dessa forma, é mister perceber que o Direito Processual Civil está inteiramente ligado aos princípios constitucionais, no intuito de criar condições para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma justa e efetiva.

7 I DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A tutela de urgência antecipada, em regra, só poderá ser concedida quando houver a possibilidade de reversibilidade da decisão, conforme art. 300, §3º³, do CPC/15, devido à preservação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como meio de proteger a segurança jurídica do demandado. Trata-se da possibilidade de reversibilidade fática, isto é, de permitir que a decisão volte ao seu *status quo ante* mediante revogação da tutela anteriormente deferida. Entretanto, nem sempre será possível retornar à circunstância inicial.

2 Art. 37, “*caput*”, CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência**”. (Grifou-se).

3 Art. 300, §3º, CPC/15: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

A natureza reversível da tutela de urgência antecipada está consagrada no §3º do art. 300, segundo o qual esta não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. No entanto, situações que requerem a concessão da tutela de urgência, em que pese a irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, v.g., na hipótese de emanção de tutela específica urgente, determinando que seja realizado um transplante de órgão, operação esta que o plano de saúde se recusava a custear. (HERNANDES, 2016, p. 133)

No exemplo acima, se observa o conflito entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. Diante disso, caberá ao juiz valorar cada um, averiguando suas implicações no processo. Não é justo para o requerente que pleiteia o transplante de órgão esperar todo o trâmite processual, para somente em sentença, obter a tutela definitiva. Constata-se que os prejuízos para a segurança jurídica são menores, ante os danos causados ao autor no caso de indeferimento da tutela.

Nesse mesmo sentido:

Temos dois bens jurídicos a preservar: de um lado, o bem jurídico vida, que se sobrepõe a qualquer outro; do lado oposto, *interesse meramente patrimonial*, dizendo respeito à possibilidade de o réu sofrer perda material se a medida for posteriormente revogada (...).

Argumentos não faltam para subsidiar a tese de que a eventual irreversibilidade da tutela antecipada pode ser eliminada ou minimizada através da imposição de prestação da caução, em valor igual ao resultado econômico da medida judicial, providenciando-se a intimação do autor para que ofereça caução real ou fidejussória, como condição para o deferimento ou a manutenção dos efeitos da tutela antecipada já deferida.

Além disso, havendo alteração no panorama posteriormente, embora não seja mais possível a reversão da medida (desfazer a cirurgia, no exemplo apresentado), a questão é resolvida na conversão da obrigação em perdas e danos, devendo o autor pagar ao réu o valor correspondente ao benefício que usufruiu em face da decisão que lhe foi anteriormente favorável. (MONTENEGRO FILHO, 2015, pp. 32 – 33)

O principal bem jurídico protegido pelo Estado Democrático de Direito é a vida. Diante disso, não seria cabível negar a tutela antecipada, posto que o bem jurídico vida prevalece sobre o bem patrimonial, ainda que a medida seja irreversível.

Diante da impossibilidade de reversibilidade da decisão no exemplo anteriormente mencionado, o magistrado deverá exigir caução e conceder a tutela. Faz-se razoável, portanto, um equilíbrio entre os princípios diante do caso concreto, pois, às vezes, a decisão que concede a tutela poderá ser irreversível. Caso o juiz não tenha exigido

caução real ou fidejussória antes de sua concessão, deverá o autor pagar ao réu a quantia correspondente pelos serviços prestados, em forma de indenização, e pelos prejuízos que a parte demandada tenha sofrido com a execução da medida.

Ademais, percebe-se aqui a aplicação do princípio da proporcionalidade, visto que apesar de tratar-se de medida irreversível, pode haver a concessão da tutela de urgência antecipada, em virtude do caráter emergencial presente no caso concreto. Não conceder a tutela com a justificativa de que esta é fundada em cognição sumária e pode acarretar um dano para a outra parte, bem como por ser analisado apenas o grau de probabilidade do direito seria incoerente, tendo em vista o direito à tutela jurisdicional que o autor possui e que “o juiz ciente da sua responsabilidade sabe que pouca coisa pode ser mais injusta do que uma vitória processual que signifique uma derrota no plano da realidade social” (MARINONI, 2008, p. 166).

Sobre a questão, Marcus Vinícius Rios Gonçalves esclarece que:

Quando o juiz concede a medida, ele o faz em caráter provisório, ciente de que a decisão poderá ser alterada ao final. Por isso, ao fazê-lo, deve medir as consequências negativas que resultarão do deferimento da antecipação, e as que decorrerão do indeferimento. Ou seja, deve sopesar as consequências que advirão de uma coisa ou outra. Se verificar que as consequências da concessão serão muito mais gravosas que as decorrentes do indeferimento, o juiz negará a medida. Do contrário, ele a concederá. (GONÇALVES, 2015, p. 355)

Uníssono é o entendimento de Daniel Assumpção Amorim Neves:

Situação mais delicada para o juiz ocorre quando a não concessão de tutela antecipada pode gerar um sacrifício irreversível ao pretense direito daquele que requer a tutela de urgência e sua concessão gera um sacrifício irreversível ao réu. Claro, tudo conversível em perdas e danos, mas ainda assim o direito de alguma das partes terá de ser sacrificado. (...)

É uma situação-limite, que podemos chamar de “irreversibilidade de mão dupla”, ou como prefere a doutrina, “recíproca irreversibilidade”, na qual caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento de análise do pedido da tutela antecipada, aplicando-se o princípio da **razoabilidade**. Em lição de autorizado processualista, devem-se valorar comparativamente os riscos, balanceando os dois males para escolher o menor. Típica hipótese é a tutela antecipada para atendimento médico quando o autor demonstra que sem ele sofrerá uma lesão irreparável. Nesse caso, ainda com mais razão, será interessante na hipótese de concessão da tutela antecipada a determinação de caução ao autor. (NEVES, 2016, pp. 856 – 857)

É crucial fazer um balizamento analisando as medidas e as consequências da concessão ou da negação da tutela. O magistrado examina os aspectos positivos e negativos de cada ponto para, só então, decidir liminarmente. Aqui consiste o princípio da proporcionalidade, haja vista o equilíbrio das medidas e análise de ambas para empregar a melhor delas.

As técnicas processuais devem ser empregadas de forma útil àqueles que demandam o direito, pois de nada adiantaria um processo em que fossem respeitados rigorosamente todos os trâmites processuais, mas não garantisse uma decisão justa em tempo necessário.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à tutela jurisdicional é o direito a um subsídio do Estado, um amparo estatal, serve para que este empregue as normas dos procedimentos judiciais mediante órgãos jurisdicionais, a fim de efetivar o direito material afetado e reconhecido mediante as demais tutelas jurídicas.

Um dos cerne do Código de Processo Civil de 2015 foi o princípio da celeridade processual, vez que é visível a grande quantidade de demandas do Poder Judiciário, cujo número reflete o acesso à justiça adquirido pela população. Acesso este que interfere, por vezes, na entrega da prestação da tutela jurisdicional de maneira eficiente, porém que não pode ser negado à comunidade, devendo haver um equilíbrio deste com a celeridade processual.

A partir disso, o legislador pensou na técnica de estabilização, explorada no decorrer do presente trabalho, como uma forma de compatibilização dos dois princípios supramencionados.

É função do Estado solucionar os conflitos sociais em prazo razoável, a fim de garantir sua eficácia, primordialmente, nessas situações, não podendo este ignorar a situação fática pleiteada em juízo ou ser o responsável pela não efetivação do direito reivindicado, em virtude de seu formalismo processual.

O Direito Processual Civil deve se moldar de acordo com o que se faz necessário à prestação jurisdicional da tutela e pelo que é demonstrado diante das peculiaridades do direito material pleiteado em juízo, ou seja, deve haver a necessidade de adequação da tutela jurisdicional ao processo e direito postulados.

Demais disso, é imprescindível a valorização dos preceitos constitucionais na solução de conflitos. Assim, restou demonstrado ao longo deste estudo que a técnica de estabilização dos efeitos da tutela não acarreta na violação aos princípios constitucionais, os quais são a base do Ordenamento Jurídico brasileiro. O que pode ocorrer, por vezes, é o equilíbrio entre esses princípios, tendo em vista tratar-se de uma técnica que sintetiza os atos processuais sem violar direitos de autor e réu, tampouco o que se encontra previsto na Carta Magna.

Por fim, cumpre destacar que, no que tange ao princípio da segurança jurídica, cabe à doutrina e à jurisprudência se posicionarem, de modo a evitar qualquer violação ao supramencionado princípio, suprindo qualquer lacuna legislativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 304**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle;

CUNHA, Leonardo. (organizadores). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas**. 16 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>>. Acessado em: 14 de outubro de 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2.

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. In: *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/894>>. Acessado em: 05 de outubro de 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. **A sistemática da tutela de urgência no novo código de processo civil**. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. (organizadores) *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília: ESMPU, 2016, v.2, p. 115. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/PAG%20Reflexoes%20sobre%20o%20novo%20final_Volume_2.pdf> Acessado em: 07 de outubro de 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada**. 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>. Acessado em 11 de outubro de 2017.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. In: DIDIER JR. Fredie. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 297.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STJ. Recurso Especial: REsp 1.760.966-SP, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018, em **Informativo de Jurisprudência nº 639**, publicado em 01 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0639.pdf> Acessado em 28 de novembro de 2019.

STJ. Recurso Especial REsp 1.797.365-RS, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Rel. Ac. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019, em **Informativo de Jurisprudência nº 658**, publicado em 08 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270658%27>> Acessado em 28 de novembro de 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO PARA GARANTIA DO DIREITO À EXPLICAÇÃO

Data de aceite: 01/09/2020

Lara Oliveira Souza

PUC Minas

Belo Horizonte/MG

<http://lattes.cnpq.br/7276897488183932>

RESUMO: As estratégias de inteligência artificial, *machine learning*, big data, dentre tantas outras estão cada vez mais difundidas no cenário atual, o momento é disruptivo e irrefreável, essa tendência também é percebida no direito. Entretanto, todo esse contexto deverá ser analisado de maneira crítica em razão de sua natureza dual de benefícios e riscos. O Judiciário brasileiro se utiliza das novas tecnologias, como o projeto Victor implementado pelo STF ou até mesmo o novo sistema bacenjud, vários são os exemplos de automatização de atividades que antes eram exercidas exclusivamente por seres humanos. Se de um lado tem-se esse momento disruptivo, de outro, o devido processo legal se apresenta e exige clareza, explicabilidade e participação das partes nas decisões jurídicas, nesse ponto entra o princípio da transparência algorítmica como forma de garantir o entendimento e ética no processo decisório da máquina. A Lei Geral de proteção de dados, por sua vez, prevê o direito à explicação, dessa forma esse direito será garantido pelo diálogo entre o devido processo legal e o princípio da transparência algorítmica.

PALAVRAS-CHAVE: Tecnologia. Decisões jurisdicionais. Lei Geral de proteção de dados. Devido processo legal.

PRINCIPLE OF ALGORITHMIC TRANSPARENCY AND DUE LEGAL PROCESS: A NECESSARY DIALOGUE TO GUARANTEE THE RIGHT TO EXPLANATION

ABSTRACT: Artificial intelligence strategies, machine learning, big data, among others, are also increasingly widespread in the current scenario, the moment is disturbing and irrecoverable, this trend is also perceived in law. However, this whole context can be critically analyzed because of its dual nature of benefits and risks. The Brazilian Judiciary uses new technologies, such as the Victor project implemented by the STF or even the new bacenjud system, there are several examples of automation of activities that were previously carried out exclusively by human beings. If one side is this disturbing moment, the other may be due to a legal process that requires clarity, explicability and participation of the parties in the judicial decisions, at this point it enters into the principle of algorithmic criticism as a way of guaranteeing the method and ethics in the decision process of the machine. The General Data Protection Law, in turn, guarantees the right to explanation, so that right will be guaranteed by the dialogue between the due process and the principle of algorithmic transparency.

KEYWORDS: Technology. Jurisdictional decisions. General Data Protection Act. Legal process.

1 | INTRODUÇÃO

A automatização da atividade jurídica já é uma tendência irrefreável, entretanto, os institutos do devido processo legal, legislações específicas, como a Lei Geral de Proteção de dados, ainda carecem de maior interpretação no âmbito dessa revolução tecnológica e os papéis dos Tribunais necessitam ser reexaminados. Em diversas áreas do Direito a tecnologia ganha entono: na área do direito contratual, por exemplo, já são utilizadas as tecnologias computacionais para revisão de contratos. O STF, por sua vez, implementou o projeto Victor , dentre outras ferramentas presentes no universo jurídico brasileiro.

Greco e Martins (2018) afirmam que se a revolução econômica e tecnológica é inegável e é função do jurista acompanhá-la e rever, inclusive suas premissas dogmáticas. A condição que deve guiar as decisões é um novo critério de racionalidade, afinado com as características de um padrão normativo.

Nesse ponto, a automatização das atividades não poderá apresentar características como opacidade, sob pena de infringir o devido processo Constitucional e o direito à explicação. É preciso atentar-se ao modo de como as decisões foram tomadas quando se trata de sistemas automatizados. O indivíduo não pode ser submetido irrestritamente às deliberações probabilísticas das máquinas sem qualquer análise humana.

O capítulo a seguir fará uma breve análise de como as questões postas anteriormente influenciam o cenário jurídico atual: será demonstrada de maneira suscita as estratégias de *machine learning*, às questões relativas à opacidade e transparências algorítmicas face aos princípios processuais constitucionais e como podem conversar com finalidade de garantir o direito à informação.

Por fim, quanto aos procedimentos para coleta de dados, o método utilizado será o bibliográfico, visto que livros, revistas e artigos estarão presentes no embasamento do trabalho, bem como o documental, considerando-se a utilização da Constituição Federal, do Código Civil e a Lei de Proteção de dados como fontes para o estudo.

2 | VIRADA TECNOLÓGICA

A palavra revolução está intrinsicamente associada a grandes mudanças e à ruptura com uma realidade anterior. Karl Marx afirmou que as revoluções são a locomotiva da história. Nos contextos históricos, inúmeras revoluções, ocorridas principalmente por desenvolvimento de novas tecnologias e por novas formas de perceber o mundo, provocaram mudanças nos sistemas econômicos e nas estruturas sociais (SCHWAB, 2016).

A 1ª Revolução Industrial, iniciada na Europa no final do século XVIII, introduziu as facilidades da produção mecânica, sobretudo com a criação da máquina a vapor, tornando obsoleta a manufatura artesanal que vigorava até então. A partir dos anos de 1870, a eletricidade, o surgimento das linhas de montagem e a divisão do trabalho derivada do Taylorismo levaram à 2ª Revolução. Já a 3ª, também conhecida como Revolução Digital,

teve início na década de 1970 e foi impulsionada pelo emprego das primeiras tecnologias de informação que desenvolveram, ainda mais, a automação dos meios de produção (KAGERMANN; WAHLSTER; HELBIG, 2013; HERMANN; PENTEK; OTTO, 2015; SCHWAB, 2016).

A revolução que se presencia agora, Revolução 4.0, teve início em 2011 quando o governo alemão apresentou na Feira de Hannover uma série de estratégias voltadas à tecnologia capazes de transformar a organização das cadeias de valor globais por meio do surgimento de “fábricas inteligentes” (BUHR, 2017; DRATH; HORCH, 2014; SCHWAB, 2016). Desde então, o interesse acadêmico, científico, empresarial e político sobre o tema tem se expandido rapidamente, muito em função do fato de que pela primeira vez uma revolução industrial está sendo observada antes de se tornar, concretamente, realidade (HERMANN; PENTEK; OTTO, 2015).

Pensar a sociedade contemporânea remete a um cenário de avanços tecnológicos. A Revolução 4.0, é marcada pela promessa de estabelecer ligações entre máquinas, dispositivos, sistemas e pessoas, todos unidos a uma inteligência artificial que faz tudo acontecer (TSURU, 2018). A perspectiva de mundo está sendo significativamente alterada, afetando áreas tão diversas quanto crimes (digitais), as profissões, bem como os litígios.

À vista desse breve panorama, novas tecnologias se integram ao cenário jurídico de forma disruptiva. Para exemplificar melhor é possível citar o entendimento de Medeiros:

Assim, vivenciamos um momento no qual o uso de tecnologias disruptivas como a Inteligência Artificial, vem revolucionando diversas esferas do conhecimento, já estando presente em nosso cotidiano, modificando radicalmente o modelo atual da sociedade, nossa rotina, nossa forma de interagir uns com os outros e, principalmente, a forma como trabalhamos. No atual estágio de desenvolvimento dessas tecnologias, as capacidades da inteligência artificial se tornam cada vez mais poderosas e difundidas, com potencial de automação de tarefas que antes somente poderiam ser executadas por seres humanos, se mostrando como um movimento irrefreável para diversos setores, inclusive para o Direito. (MEDEIROS, 2019, P. 26)

A Revolução Industrial 4.0 remete a um cenário inimaginável: a possibilidade de ruptura com os padrões tradicionais e adoção de tecnologias. Contudo, o uso dessas tecnologias também constitui um risco para os Institutos presentes no Estado Democrático de Direito:

[...] todo esse movimento irrefreável aludido, ao qual se nomina de virada tecnológica no direito, vem se impondo sem que os juristas se preocupem adequadamente com o mesmo ou com geração apenas de um encantamento com os ganhos de eficiência e produtividade nas atividades a serem realizadas, em especial por suas virtudes serem apresentadas (“vendidas”)

por fornecedores de produtos e serviços (Legal Techs) que evitam divulgar os riscos no uso dessas tecnologias para a correção e legitimidade. (NUNES, P, 08, 2018)

Faz-se necessária a adaptação a esta virada tecnológica, bem como questionar como os Institutos do Estado democrático de direito podem dialogar com as novas tecnologias.

3 | ESTRATÉGIAS DE APRENDIZADO DE MÁQUINA

Antes de adentrar o tema, é mister definir os conceitos de algoritmos e inteligência artificial e, dessa forma, conferir melhor entendimento das questões ao leitor.

Algoritmos: É um passo a passo para execução de uma tarefa ou de algum problema, é finito. Os algoritmos têm uma entrada (*input*) e uma saída (*output*), entre ambas estão às instruções:

Conjunto de regras que, aplicadas sistematicamente a alguns dados de entrada apropriados, resolvem um problema em um número finito de passos elementares. É importante notar que o algoritmo tem de ser finito e executa instruções de forma sistemática, ou seja, ele é cego diante do que está fazendo, e os passos com os que operam são elementares. (PENA, 2018)

Em suma, Um algoritmo é um conjunto de etapas ou passos que possibilita a conclusão de uma tarefa específica.

Inteligência artificial: Em definição simplória, é a capacidade das máquinas pensarem como seres humanos - aprender, perceber e decidir quais caminhos seguir, de forma racional, diante de determinadas situações. *Machine Learning*, *Deep Learning* e Processamento de Linguagem Natural, todos esses termos compõem o que é a inteligência artificial.

Machine Learning: Não são programadas regras para máquina com intuito de se esperar um resultado, deixa-se que a máquina aprenda essas regras por conta própria a partir dos dados, chega-se ao resultado de forma autônoma.

Deep Learning: Parte do aprendizado de máquina que utiliza algoritmos complexos para “imitar a rede neural do cérebro humano” e aprender uma área do conhecimento com pouco ou sem supervisão. O sistema pode aprender como se defender de ataques, sozinho.

Processamento de Linguagem Natural: utiliza as técnicas de *machine learning* para encontrar padrões em grandes conjuntos de dados puros e reconhecer a linguagem natural. Assim, um dos exemplos de aplicação do PLN é a análise de sentimentos, onde os algoritmos podem procurar padrões em postagens de redes sociais para compreender como os clientes se sentem em relação a marcas e produtos específicos.

Dada essas definições preliminares é possível dissertar acerca do funcionamento dos algoritmos, para tanto é possível classificar em duas espécies: os programados e os não programados. Algoritmos programados seguem os caminhos definidos pelo programador. Dessa forma, a informação “entra” no sistema, o algoritmo atua sobre ela, e o resultado (output) “sai” do sistema. O programador domina, portanto, todas as etapas operativas do algoritmo. A transparência algorítmica é alcançada, ou seja, é possível explicar a decisão.

Em contrapartida, os algoritmos não programados os dados que alimentam o sistema, deixando o algoritmo de aprendizagem encontrar estrutura nas entradas fornecidas por conta própria. Dessa forma, esses algoritmos têm a capacidade de organizar amostras sem que exista uma classe. Esse último modelo não possui transparência de como se chega a determinada decisão, *deep learning* e redes neurais são exemplos

A partir dos pontos traçados acima se cria a hipótese a ser investigada de como o devido processo legal e o princípio da transparência algorítmica devem dialogar com finalidade de viabilizarem o direito à explicação.

4 | OPACIDADE X TRANSPARÊNCIA DAS ESTRATÉGIAS DE APRENDIZADO DE MÁQUINA

A inserção de novas tecnologias no âmbito do Direito é irrefreável, cabe aos juristas, advogados e servidores do poder judiciário se adequarem a essa nova tendência, inclusive revendo sua dogmática. Nesse ponto cabe a discussão acerca de como a opacidade das estratégias de aprendizado de máquina são (in) compatíveis com um modelo constitucional de processo e até que ponto o direito à informação poderá ser renunciado (ou não).

Ser transparente é ver a verdade e os motivos por trás das ações das pessoas, além de garantir a responsabilidade social e confiança¹. Em um nível muito básico, a transparência permite acesso a mais informações que podem influenciar as relações de poder entre governos e cidadãos, empresas e clientes e entre notícias pontos de venda e públicos-alvo².

As análises de transparência incentivam a adoção de novas ou reformatadas processos de produção informacional que produzir informações destinadas a se adequar aos auspícios da revisão. Dessa maneira, os aspectos das organizações não são disponíveis, mas são reorientados para a produção de formas específicas de saída informativa que externalizará (ou disponibilizar) uma versão específica do dinâmica interna da organização³

É importante ressaltar que a inspeção do código-fonte não é o suficiente para a compreensão da tomada de decisão automatizada. O código, neste caso explicita apenas o método de *machine learning* utilizado e não a metodologia de tomada de decisão usada.

1 Neyland, D. Achieving Transparency: The Visible, Invisible and Divisible in Academic Accountability Networks (2007).

2 Diakopoulos, N; Koliska, M. Algorithmic Transparency in the News Media (2016). Digital Journalism.

3 Neyland, D. Achieving Transparency: The Visible, Invisible and Divisible in Academic Accountability Networks (2007)

Debates acerca das transparências dos algoritmos e ética da IA tomaram proporções internacionais, High-Level Expert Group em IA⁴, inclusive, expôs o Guia de Melhores Práticas. Requer-se maiores entendimentos acerca da metodologia e estratégias que envolvam decisões automatizadas, a utilização de *machine learning* é crescente no cenário global e o direito à explicação acompanha essa tendência com a finalidade de garantir transparência e ética aos processos decisórios advindos de IA.

A automação introduziu um aspecto surpreendente: limita o papel do ser humano a confiar de maneira quase cega em decisões conduzidas por computador⁵. Diante desse cenário, o direito é posto em um campo perigoso no qual o uso de algoritmos poderá acarretar em decisões inexplicáveis. A transparência, auditabilidade e explicações das decisões automatizadas são essenciais para garantia do devido processo legal.

Os modelos considerados opacos ou “*black box*” não permitem o entendimento completo sobre como se chegou a determinada decisão não são compatíveis com o cenário democrático. A opacidade das estratégias de aprendizado de máquina poderá tornar os resultados inexplicáveis para todos, inclusive programadores e cientistas computacionais.

Um exemplo bastante conhecido e que coloca em xeque a possibilidade de opacidade em estratégias de aprendizado de máquina é o COMPAS – caso State v.s Loomis. Traçado um score o Réu foi classificado como pessoa perigosa. Em Recurso para o Tribunal, o uso do software foi legitimado e afastada a possibilidade de ofensa ao direito de defesa. Apesar da decisão proferida, as partes e o Tribunal sequer conheciam o funcionamento do programa. Defender de um algoritmo que pouco se conhece do seu automatismo é uma tarefa extremamente difícil.

No cenário processual brasileiro, tendo em vista o modelo constitucional de processo, a utilização de estratégias opacas de *machine learning* na tomada de decisões está na contramão das garantias processuais constitucionais como a ampla defesa e a participação, as quais podem ser efetivadas mediante conhecimento dos pressupostos utilizados no julgamento.

Os riscos de para o cenário democrático é visível, bem como o rápido avanço da tecnologia no campo jurídico. As estratégias de *machine learning* deverão ser transparentes e auditáveis com objetivo de mitigar esses riscos, nesse sentido é importante destacar:

Ao se constatar a virada tecnológica no direito torna-se imperativa a rediscussão do próprio conteúdo dos seus princípios fundamentais, a começar pelo devido processo constitucional, para que os mesmos possam agir contrafaticamente (de modo corretivo) de modo a controlar os poderes decisórios, agora tecnológicos, com redução de sua opacidade e gerando sua necessária transparência (accountability). (NUNES, 2018)

4 Ethics guidelines for trustworthy AI. Disponível em < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai> > acesso 21/07/2020 às 23 hora 14min.

5 Zarsky, Tal. Automated Prediction: Perception, Law, and Policy (2012). Communications of the ACM (Volume 55, Number 9), Sept. 2012, p. 33-35.

A transparência algorítmica não deve caminhar sozinha faz-se necessária a criação de política de *accountability* com o objetivo de traçar as respectivas responsabilidades pela tomada de decisões por algoritmos, bem como a supervisão das suas atividades.

5 | DIREITO À EXPLICAÇÃO

A transparência algorítmica precisa manter um diálogo com o Estado democrático de Direito e Institutos do devido processo legal, esse cenário é extremamente relevante quando analisado sob a ótica do direito à explicação previsto na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

Neste ponto, o direito à explicação está previsto artigo 20 da LGPD brasileira:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (BRASIL, 2019)

O artigo em tela objetiva atribuir mais transparência ao titular dos dados e, dessa forma, garantir que o indivíduo não fique sujeito, de forma irrestrita, aos julgamentos decorrentes de decisões totalmente automatizadas⁶. É concedida a possibilidade de revisão do processo de tomada de decisão pela máquina e, especialmente, o entendimento de como a máquina chegou à determinada decisão.

Outro ponto de destaque é como o direito à explicação deverá ser interpretado. A LGPD não define de forma clara pressupostos necessários para o entendimento e aplicação: (i) o que vem a ser uma decisão totalmente automatizada, (ii) que tipos de decisão automatizada afetam a esfera jurídica dos titulares de dados e (iii) qual é o grau de transparência e explicação que será exigível em situações assim. Logo, é compreensível que existam muitas dificuldades interpretativas em torno desses direitos⁷.

O direito à informação poderá ser garantido a partir do momento e que as estratégias de *machine learning* forem transparentes e auditáveis. Modelos como *deep learning* e redes neurais parecem, num primeiro momento, incompatíveis com o cenário e não conversam com o Estado Democrático de Direito e os Institutos do Devido processo legal.

6 FRAZÃO, Ana. Controvérsias sobre direito à explicação e à oposição diante de decisões automatizadas. Revista JOTA, 12 de dezembro de 2018c.

7 Disponível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opinio-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/controversias-sobre-direito-a-explicacao-e-a-oposicao-diante-de-decisoes-automatizadas-12122018>

6 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Revolução 4.0 introduziu novos elementos computacionais, na forma de algoritmos, big data e inteligência artificial. Observa-se a relevância do fenômeno na seguinte tendência: “com o desenvolvimento tecnológico, o emprego de inteligência artificial vem expandindo-se velozmente, e essa técnica tem sido cada vez mais utilizada para substituir e auxiliar na tomada de decisões privadas e públicas” (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018).

O uso de ferramentas computacionais ainda é desafiador para o cenário jurídico. Destarte, é possível observar que todos os direitos ganham ou ganharão novos contornos: o debate no quanto a Revolução Industrial 4.0 irá influenciar os Institutos do processo constitucional e por consequência o direito à informação possui extrema relevância. Diuturnamente a sociedade se depara com novos desafios trazidos pelas inovações e paralelamente as celeumas em torno das garantias individuais e transparência algorítmica. (LONGHI, 2017).

Nesse ponto, garantir o direito à explicação é extremamente importante no cenário disruptivo que o sistema jurídico brasileiro se insere. O emprego das referidas estratégias tendem a ser aperfeiçoadas nos próximos anos e muitas funções serão assistidas por máquinas. Entretanto, é necessário garantir que o indivíduo seja incluído no *looping* de tomada de decisões, os princípios do devido processo constitucional e a transparência algorítmica precisam manter um diálogo para estabilidade do aparato jurídico.

Por fim, é de extrema importância garantir o direito à informação, bem como estabelecer parâmetros mínimos sobre como essa explicação se dará. Quando se fala em explicação não é o fato de entregar ao titular códigos e explicações sobre estratégias de *machine learning*, é preciso uma explicação clara e precisa de como se deu o processo de tomada de decisão, quais foram os dados utilizados e atributos. Compreender o processo de tomada de decisões remete-se às possibilidades de contestação das decisões injustas.

REFERÊNCIAS

CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). **Entidades de advogados reagem a robô que ajuda em ações trabalhistas**. 1 de julho de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-01/entidades-advogados-reagem-robo-ajuda-acoestrabalhistas>>. Acesso em 18/06/2020.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALKE, Dean. **Can Computers Replace Lawyers, Mediators and Judges? The Advocate, Vancouver**, v. 703, set. 2013. Disponível em: <http://www.theadvocate.ca/>. Acesso em: 15/06/2020.

DAUTENHAHN, Kerstin; WOODS, Sian; KAOURI, Christina; WALTERS, Michael Leonard; KOAY, Kheng Lee; WERRY, Iain P. **What is a robot companion - friend, assistant or butler?** IEEE/RSJ International Conference on Intelligent Robots and Systems. Canadá, 2005. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/1545189>. Acesso em: 31/05/2020.

ELLENBONGEN, Henry. **Automation in the Courts**. American Bar Association Journal, Vol. 50, No. 7, p. 655-658, jul. 1964.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik. **Arbitrium ex machina: Panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos**, Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 995/2018, 2018.

GAMA, J. **Árvores de Decisão**, 2000. Disponível em: <http://www.liacc.up.pt/~jgama/Mestrado/ECD1/Arvores.html>. Acesso em: 19 de junho de 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Apontamentos sobre o princípio do Juiz Natural**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 703, p.417-422, maio 1994.

GRECO, Marco Aurelio; MARTINS, Ives Gandra. **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio do juiz natural e sua dupla garantia**. Revista de Processo, São Paulo, v. 29, p.11-33, jan./mar. 1983.

HERMANN, Mario; PENTEK, Tobias; OTTO, Boris. **Design Principles for Industrie 4.0 Scenarios: A Literature Review**. Working paper, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1109/HICSS.2016.488>

KAGERMANN, Henning; WAHLSTER, Wolfgang.; HELBIG, Johannes. **Recommendations for implementing the strategic initiative Industrie 4.0. Final Report, Acatech**, 2013.
Disponível em: <http://www.acatech.de/de/publikationen/stellungnahmen/kooperationen/detail/artikel/recommendations-for-implementing-the-strategic-initiative-industrie-40-final-report-of-the-industr.html> . Acesso em 07 junho de 2020.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Processo Legislativo Interativo**. Curitiba: Juruá, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Direitos Fundamentais Processuais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana de. **Uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões jurisdicionais: uma análise sob a perspectiva da teoria normativa da participação**.

MITIDIERO, Daniel. **Direito fundamental a um processo justo**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 45, p.22-34, nov./dez. 2011.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO PROCESSUAL: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas**. Revista de Processo. Vol. 285/2018. Nov. de 2018.

NUNES, Dierle, RUBINGER, Paula Caetano; Marques, Ana Luiza. **Os perigos do uso da inteligência artificial na advocacia**. Conjur. 09 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/opiniao-perigos-uso-inteligencia-artificial-advocacia>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio. **Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso**. CONJUR. 22 de jan. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opinioao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso>>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

ONODA, M. **Estudo sobre um algoritmo de árvore de decisão acoplado a um sistema de banco de dados relacional**. 2001. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2001.

PEREIRA, Danilo Moura. **As Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) como aliadas para o desenvolvimento**. Disponível em file:///C:/Users/Lara/Downloads/1935-253-3269-1-10-20171106%20(2).pdf. Acesso em 18 de junho de 2020.

PORTO, Fábio Ribeiro. **O Impacto Da Utilização Da Inteligência Artificial No Executivo Fiscal: Estudo De Caso Do Tribunal De Justiça Do Rio De Janeiro**. In : Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 142-199, 1º sem. 2019.

PRESTON, Rob. **Ruptura Digital não é o que você pensa**. Forbes, 20 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/oracle/2015/04/20/digital-disruption-its-not-what-you-think/#20a1b0559e06>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SOUZA, Allan Rocha de. **Cultura, Revolução Tecnológica e os direitos autorais**. In: Direito Privado e Internet. MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). Atlas: São Paulo, 2014.

TSURU, Agência Digital. **Indústria 4.0: a Quarta Revolução Industrial já é uma realidade?** Blog da Agência Tsuru. 30 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.agenciatsuru.com.br/blog/industria-4-0-a-quarta-revolucaoindustrial/>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

Wanderley, Cristina Fernandes. **O princípio do Juiz Natural e os Tribunais de Exceção**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-do-juiz-natural-e-os-tribunais-de-excecao/>. Acesso em 28 de maio de 2020.

TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM DAS “PESSOAS PÚBLICAS”

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 30/05/2020

Patricia Simm

Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)
Curitiba/ Paraná.
<http://lattes.cnpq.br/1902051508909926>

RESUMO: O presente artigo teve como intuito a análise específica do tratamento jurídico conferido às “pessoas públicas” quando violado o seu direito à imagem. Ademais, desenvolveu-se teoricamente qual seria o tratamento adequado que o magistrado poderia promover quando se depara com casos desta seara. Foi realizado um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, com a exposição das particularidades que estes casos possuem. Por fim, foram expostas sugestões ao magistrado, como alternativas à tradicional reparação pecuniária.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos de Personalidade; Direito à Imagem; “Pessoas Públicas”; Tutela Jurídica.

LEGAL PROTECTION OF THE RIGHT TO IMAGE OF “PUBLIC FIGURES”

ABSTRACT: The presente article had the purpose of a specific analysis of the legal treatment for “public figures” when the right to image is infringed. Furthermore, developed theoretically which would be the ideal treatment that the judge could promote when is faced with this kind of issue. It was performed a doctrinal and case-law study about the topic,

with the emphasis to the peculiarities in each case. To sum up, it was exposed suggestions to the judge, as alternatives to the traditional pecuniary repair.

KEYWORDS: Personal Rights; Right to Image; “Public Figures”, Legal Protection.

1 | INTRODUÇÃO

O Brasil sofreu uma intensa modificação no meio jurídico, merecendo destaque as relações civis. Houve uma verdadeira mudança de paradigmas, posto que a visão essencialmente patrimonialista que imperava no Código Civil de 1916 não se mostra mais adequada para os dias de hoje.

Com o advento do Código Civil de 2002, apesar das inconsistências mantidas da codificação anterior, *mister* é que uma evolução significativa ocorreu, como a proteção do sujeito por meio dos direitos de personalidade.

Partindo desta evolução, o presente estudo tem como objetivo a análise específica da violação do direito à imagem das “pessoas públicas”, utilizando-se o método dedutivo. Ademais, pretende-se desenvolver teoricamente qual seria o tratamento jurídico adequado que o magistrado poderia promover quando se depara com casos desta seara.

Ou seja, o trabalho foi muito além de tratar os casos envolvendo pessoas “públicas” como sendo idênticos aos que envolvem

pessoas “privadas”. Pelo contrário, buscou-se deixar claro a diferença entre estes casos, e ao mesmo tempo reconhecer a necessidade de uma tutela jurídica adequada para ambos de acordo com as particularidades inerentes a cada um.

Diante do exposto, verifica-se que uma atuação adequada do Poder Judiciário é indispensável para que a problemática trazida possa ser resolvida da maneira mais adequada possível.

21 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DIREITOS DE PERSONALIDADE

Com o Código Civil de Napoleão (1804), o direito civil se caracterizou pela possibilidade de abranger a plenitude das relações privadas. As codificações eram supervalorizadas no meio jurídico da época, posto que se acreditava que para cada problema que surgisse nas relações intersubjetivas privadas, haveria uma previsão legal em prontidão para a sua solução.

O Direito Civil brasileiro sofreu influência significativa da codificação napoleônica, logrando destaque o Código Civil de 1916. Imperava-se uma visão essencialmente patrimonialista do direito, com ínfima valorização do ser humano. Em outros termos, protegia-se notadamente o patrimônio, restando o sujeito em uma posição periférica, sobretudo se não fosse detentor de patrimônio.

Cristalino é que quem escorou o pensamento jurídico individualista e patrimonialista do CC/16 foi a sociedade da época, conhecida por ser majoritariamente agrária, individualista e conservadora. Melhor dizendo, o Direito é uma ciência social aplicada, e portanto é inerente ao sistema jurídico o amálgama entre Direito Civil e o meio social.

Aliás, o direito positivado é desenvolvido com base em uma sociedade específica e em um dado momento histórico, sendo necessário uma constante atualização, com a inclusão e exclusão de valores jurídicos. (FACHIN, 2012, p. 206).

Em suma, só existe o Direito onde há relações entre os sujeitos, como já previsto no brocardo jurídico: *ubi societas, ibi jus* (Onde existe o homem, há sociedade; onde existe sociedade, há Direito).

Nesta acepção, Miguel Reale já previu a socialidade como uma característica da realidade jurídica: “O Direito é, por conseguinte, fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”. (2002, p.2).

Todavia, o modelo que se preocupava com o “ter” e não com o “ser” se mostrou insustentável, principalmente após eventos que marcaram negativamente a humanidade, merecendo destaque a Segunda Guerra Mundial, a qual ficou marcada pelo tratamento deplorável auferido ao ser humano. (GAGLIANO, 2016, p.98).

Assim sendo, pelo fato de o corpo social não ser estático, o direito também teve de evoluir. Nas palavras de Paulo Lôbo: “O direito civil, com a denominada constitucionalização

do direito civil, não comporta mais uma visão estática, atemporal e desideologizada”. (2012, p.48).

No atinente à constitucionalização do direito infraconstitucional, trata-se da Constituição figurando no centro do sistema jurídico, não apenas como parâmetro de validade para as demais normas, mas como um vetor de interpretação de todo o ordenamento jurídico. (BARROSO, 2011, p.387).

No Direito Civil com bases constitucionais, há uma preocupação maior com a pessoa humana, ou seja, aspectos extrapatrimoniais. Neste sistema, o princípio da dignidade humana é explorado cada vez com mais afinco.

No atinente à dignidade da pessoa humana, essencial a ideia de imperativo categórico de Immanuel Kant, o qual é basicamente guiado pela dignidade humana, a saber: “(...) Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano seja visto, ou usado, jamais como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre como um fim em si mesmo.(...)”. (MORAES,2009, p.80).

Nesta seara, a reflexão jurídica sobre a dignidade da pessoa humana é umbilicalmente atrelada ao imperativo categórico kantiano, uma vez que o respeito à dignidade humana- fundamento do referido imperativo- tornou-se um comando jurídico no Brasil com a Carta Magna. (MORAES, 2009, p. 82)

Portanto, especificamente a respeito do sujeito e sua evolução jurídica, merece destaque que o Direito Civil, no final do século XX, passou a considerar o ser humano como sendo concreto, portador de direitos constitucionalmente garantidos, dotado de um patrimônio mínimo e com a proteção de seus direitos de personalidade.(FACHIN, 2012, p. 206-207).

3 I ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

No Brasil, há um significativo desenvolvimento teórico a respeito dos direitos de personalidade. Para a grande maioria dos estudiosos brasileiros, os direitos de personalidade são considerados direitos subjetivos. Neste sentido, conforme Francisco Amaral, os direitos de personalidade são: “os direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. (2008, p. 283).

Nesta mesma linha de raciocínio, Maria Helena Diniz conceitua os direitos da personalidade como: “direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria, etc”. (2009, p.120).

Já a respeito das classificações dos direitos de personalidade pelos estudiosos brasileiros, destaca-se que a maioria dos juristas fragmentam e adotam tipificações para os referidos direitos, como é o caso de Pontes de Miranda, Limongi França, Orlando Gomes, entre outros. (SZANIAWSKI, 1993, p. 73-74).

Assim sendo, válida a proposição de Elimar Szaniawski que destaca a necessidade de um “direito geral de personalidade”, conforme defendido por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz, os quais indicam a adoção de uma teoria do direito geral de personalidade, uma vez que as tipificações têm se mostrado insatisfatórias. Para os mencionados autores, a autêntica tutela dos direitos de personalidade somente será possível quando o Direito apresentar uma cláusula geral, a fim de se alcançar uma base coerente para a jurisprudência, mas com a sensibilidade necessária para a solução das inúmeras hipóteses de violação aos direitos de personalidade. (1993, p. 75).

Ou seja, é cristalino que nos litígios que envolvam lesão aos direitos de personalidade o magistrado não é capaz de simplesmente aplicar o fato à norma para a solução da integralidade dos casos. Em outras palavras, para a matéria em questão, a tipificação sequer é dotada de utilidade, uma vez que cada caso é composto por variáveis que precisam ser analisadas individualmente.

4 I DO DIREITO À IMAGEM E SUA AUTONOMIA

“Se uma imagem vale mais que mil palavras, então diga isto com uma imagem.” (O TEMPO, COM FRASES MARCANTES, MILLÔR FERNANDES MARCOU ÉPOCA, 2012). A frase do humorista Millôr Fernandes transmite de forma simples a importância que uma imagem tem, podendo até mesmo valer mais do que palavras.

Dada a sua relevância, a doutrina conceitua e analisa o direito à imagem, merecendo destaque Paulo Lôbo: “O direito à imagem diz respeito a toda forma de reprodução da figura humana, em sua totalidade ou em parte”. (2012, p.146).

Frisa-se que o direito à imagem está inserido em diversas classificações doutrinárias dos Direitos de Personalidade. Na definição de Rubens Limongi França (ZANINI, 2011 *apud* FRANÇA, 1979), o direito à imagem se encaixaria nos direitos relativos à integridade moral. Na mesma seara, Carlos Alberto Bittar (ZANINI, 2011 *apud* BITTAR, 2004) insere o direito à imagem como sendo um direito físico. Orlando Gomes (ZANINI, 2011 *apud* GOMES, 2008), com sua classificação bipartida, apresenta o direito à imagem relacionado com à integridade moral.

Independente das classificações desenvolvidas, válida a crítica tecida por Elimar Szaniawski (ZANINI, 2011 *apud* SZANIAWSKI, 2005) o qual não vê aspectos positivos na classificação e tipificação dos direitos de personalidade, uma vez que são meramente exemplificativos, o que leva a diversas categorias e subcategorias que ensejam uma significativa confusão.

Já Maria Celina Bodin desenvolveu a ideia de cláusula geral de tutela da personalidade, posto que não há que se falar em enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, visto que estes estão em presença do princípio constitucional da dignidade, uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. (2009, p.117-118).

A par das discussões doutrinárias classificatórias, *mister* é que a imagem tem relevância significativa no meio social, e em decorrência o sistema jurídico dispendeu tratamento específico à imagem, tutelando-o como um direito próprio, autônomo.

Insta ressaltar que a imagem vista como um direito da personalidade autônomo é muitas vezes questionada, uma vez que é vista meramente como integrante e manifestação de outros direitos de personalidade. (ZANINI, 2018, p.118). Não obstante, este pensamento não se mostra o mais adequado, posto que com base no ordenamento jurídico pátrio, doutrina e jurisprudência, é possível extrair que a proteção do direito à imagem independe da ocorrência a qualquer outro bem jurídico. (ZANINI, 2018, p.119).

Como prova do reconhecimento desta autonomia, válido expor a título exemplificativo o Enunciado 587 da VII Jornada de Direito Civil, senão vejamos:

O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, **independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade**, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano in re ipsa. – grifo nosso. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2015)

Ante o exposto, no ordenamento jurídico pátrio, o direito à imagem está previsto especificamente no Código Civil 2002, e na Constituição da República. Não suficiente, a doutrina, jurisprudência são ricas na análise específica deste direito e de suas corriqueiras violações.

5 I DO DIREITO À IMAGEM DAS PESSOAS PÚBLICAS E SUA VIOLAÇÃO

Primeiramente, frisa-se que a doutrina não é unânime em relação ao termo “pessoa pública”. Consoante Anderson Schreiber, não há que se falar em pessoa pública, posto que as pessoas são privadas por definição. (2011, p. 107).

Já na obra “A Pessoa Pública e o seu direito de imagem” de Alcides Leopoldo e Silva Júnior, conceitua-se “pessoa pública”, a saber:

Pessoa pública é aquela que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada, ou que exerça cargos políticos, ou cuja atuação dependa do sufrágio popular ou do reconhecimento das pessoas ou a ela é voltado, ainda que para entretenimento e lazer (...) (2002, p.89)

Independente da questão conceitual, *mister* é que todas as pessoas são portadoras de direitos fundamentais, e portanto devem ter o seu direito à imagem tutelado.

O Código Civil de 2002 se mostra deficiente em relação ao direito à imagem, sobretudo em relação as pessoas públicas. Neste sentido, merece destaque o desenvolvimento doutrinário da obra “Direito Civil e Constituição”, de Anderson Schreiber, o qual expõe que o referido diploma legal apresentou uma regulação “isolada, típica e abstrata de cada um dos direitos de personalidade”. (2013, p.28).

Não obstante o tratamento simplista sobre o tema, a quantidade de violações à imagem de pessoas públicas é imensa. A seguir, pode-se auferir alguns casos desta seara:

Em primeiro lugar, o caso no qual a atriz Maitê Proença teve o dissabor de ter uma foto nua publicada pela Revista Playboy em um jornal carioca sem a sua autorização em julho de 1996. Diante da situação, a atriz recorreu ao Poder Judiciário, visando a condenação dos réus em danos materiais (uma vez que não recebeu nada pela utilização da foto) e danos morais (posto que o público do jornal carioca não é o mesmo da Revista Playboy, o que gerou um constrangimento considerável para a atriz).

Em sede de sentença, a atriz teve os seus pedidos julgados procedentes. Todavia em segunda instância, os desembargadores reformaram a decisão, reconhecendo como improcedente o pedido de danos morais, posto que para os relatores: “tratando-se de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica o pedido de indenização por danos morais.” Não suficiente, mais um trecho do referido acórdão: “só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não”. (CONJUR, TRIBUNA DA IMPRENSA TERÁ DE PAGAR R\$ 50 MIL À MAITÊ PROENÇA, 2000).

Já no Recurso Especial 270.730/RJ, o acórdão foi reformado. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça garantiu que além do recebimento de danos patrimoniais, a atriz faz jus à indenização de R\$ 50 mil reais em sede de danos morais, uma vez que apesar de ela ser uma pessoa pública, nem por isso tem que ter a sua imagem publicada em meios e locais que não autorizou. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2001).

No mesmo sentido, a atriz Isis Valverde ajuizou ação de indenização por uso indevido de imagem em face de Editora Abril S/A, pleiteando danos morais e materiais, posto que houve uma indevida publicação de sua imagem e intimidade no endereço eletrônico da “Playboy”. A fotografia foi retirada durante as gravações do folhetim “Paríso Tropical”, na qual a atriz estava despencando dos Arcos da Lapa e neste momento involuntariamente seus seios ficaram à mostra.

Após longo caminho recursal, no REsp 1.594.865/RJ, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu por condenar a Editora a indenizar a atriz Isis Valverde em R\$ 40 mil por danos morais. Senão vejamos um trecho do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão:

“No caso concreto, apesar de se tratar de pessoa famosa e da fotografia ter sido retirada em local público, penso que a forma em que a recorrida foi retratada, tendo-se ainda em conta o veículo de publicação, o contexto utilizado na matéria e o viés econômico, demonstrado está o abuso do direito da recorrente, pois excedido manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 187)”]. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

Em caso semelhante, a atriz Daniele Winits ajuizou ação de reparação por danos morais e materiais em face do Grupo de Comunicação Três Ltda, uma vez que o réu na sua revista “Isto é” (edição de 23.01.2002) veiculou duas fotografias da atriz, nua, capturadas de cenas advindas da minissérie “ Quinto dos Infernos” , ilustrando matéria jornalística que polemizou ao abusar do erotismo e ridicularizar figuras históricas.

No atinente ao dano material, teve como base a verba geralmente paga em contratos celebrados no mercado para a divulgação de fotos de imagem desnuda. Já os danos morais, a captura de cena revelou a atriz indiscriminadamente ao público e portanto merecedora de indenização.

No REsp 1.200.482/RJ, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu por condenar a empresa ré ao pagamento de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) à atriz a título de indenização. Merece destaque um trecho do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão neste caso:

Isso porque, a veiculação de imagens desse jaez, em ambientes diversos dos recônditos em que normalmente transitam publicações de cunho sensual, possui a virtualidade de causar, na pessoa retratada, ofensa à sua honra subjetiva, em razão da circulação de sua imagem - até então destinada a certo trabalho artístico - em local diverso daquele contratado e autorizado. . (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Insta ressaltar, outrossim, o caso em que o humorista Danilo Gentili veiculou um vídeo “humorístico” nas redes sociais contra a parlamentar Maria do Rosário, a qual ajuizou ação com pedido de retirada dos vídeos das redes, bem como uma indenização por danos morais.

Pelo juízo de piso, foi indeferido o pedido liminar. Ato contínuo, a deputada federal interpôs recurso de Agravo de Instrumento ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). No acórdão, o desembargador relator Túlio Martins da 10ª Câmara Cível determinou a retirada do conteúdo publicado no prazo de 24 horas, sob pena de astreintes no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), sem limitação máxima de dias .A fim de melhor elucidar, pertinente o destaque de um trecho do voto do já mencionado relator:

(...)

Defiro o pedido de efeito suspensivo ativo, já que evidenciado o grave dano à imagem da agravante por conta do conteúdo do material postado, quer pelo áudio, quer pelas imagens.

O vídeo veiculado pela parte agravada nas redes sociais (com grande repercussão) é de natureza misógina, representando agressão despropositada a uma parlamentar e às instituições, materializando-se virtualmente em crime que, se for o caso, deverá ser apurado em instância própria.

(...)

Constata-se que, a princípio, o conteúdo apresentado naquilo que seria um vídeo humorístico em verdade não é notícia, nem informação, nem opinião, nem crítica, nem humor, mas apenas agressão absolutamente grosseira marcada por prepotência e comportamento chulo e inconseqüente. (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Com base no caso retro, é possível constatar que além das pessoas “públicas” que estão inseridas no meio artístico, é necessária uma análise também pormenorizada dos envolvidos no meio político, uma vez que nem tudo o que é publicado possui um viés informativo ou crítico. Em outros termos, alguns materiais expostos têm como finalidade única e exclusiva de deteriorar a imagem do indivíduo, como exposto acima.

Diante disso, é possível constatar que a jurisprudência é vasta sobre o tema, o que só reforça a sua relevância e pertinência. O STJ, inclusive, já desenvolveu a Súmula 403 sobre a questão da violação do direito à imagem, sendo perfeitamente aplicável para os casos envolvendo “pessoas públicas”. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009).

61 DA TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM DAS “PESSOAS PÚBLICAS”

Primeiramente, salienta-se que a tutela do direito à imagem deve ser sempre adequada, independentemente do seu titular ser uma pessoa pública ou privada.

Todavia, é necessário considerar que a imagem das pessoas “públicas” tem importância não só em relação aos aspectos sociais e pessoais, mas sobretudo profissionais. Em outros termos, a relevância profissional da imagem é um fator que deve ser levado em consideração nestes casos, posto que a imagem é o instrumento de trabalho daquele indivíduo.

Nesta seara, merece destaque o contrato de patrocínio (*sponsoring*). Este tipo contratual abrange -na grande maioria das vezes- um esportista ou artista, o qual tem um papel de suporte para a publicidade do patrocinador. (ZANINI, 2018, p.260).

Em outras palavras, remete-se um produto ou marca a determinada pessoa socialmente reconhecida, a fim de incrementá-lo. Um exemplo emblemático desta exploração econômica aconteceu em relação ao perfume Chanel n. 5, o qual remetia a atriz Marilyn Monroe.

Nesta espécie contratual é evidente que o patrocinador retira um proveito econômico da imagem de uma “pessoa pública”, uma vez que se fosse uma pessoa “privada” na mesma posição, possivelmente não atrairia tantas pessoas a consumirem determinado produto ou utilizarem um serviço.

Esclarece-se que nos contratos de patrocínio, caso a imagem do patrocinado seja de alguma forma desvalorizada, a relação contratual poderia ser desfeita, conforme previsão de Alcides Leopoldo e Silva Júnior: “Em regra, os contratos de patrocínio preveem a ruptura caso a imagem do ídolo venha a sofrer abalo(...)” (2002, p.30). Neste mesmo sentido: “(...) se o patrocinado tiver sua imagem manchada em virtude de *doping*, também haverá prejuízo para o patrocinador, podendo ser prevista cláusula de resolução do contrato.” (ZANINI, 2018, *apud* SPINDLER, 2011).

Ou seja, o interesse do patrocinador está vinculado à situação da imagem do patrocinado. Se esta estiver mal vista pelo público, não haveria mais interesse na imagem e portanto poderia o patrocinador efetuar a rescisão unilateral do contrato e possivelmente o “posto” seria ocupado por uma “pessoa pública” com boa repercussão no meio social naquele determinado momento.

Diante da análise feita, é possível verificar que, especificamente, os casos envolvendo violação do direito à imagem de “pessoas públicas” são merecedores de um tratamento específico pelo magistrado.

Em primeiro lugar, o julgador não pode se restringir a aspectos subjetivos, como lugar público e local público. Consoante Anderson Schreiber, lugares públicos seriam lugares, espaços de livre acesso, como praças, praias e ruas (2011, p.107). Porém, não se mostra suficiente a análise de fatores subjetivos, uma vez que não justifica a livre veiculação de uma imagem o simples fato de o local ser público e a pessoa retratada idem.

Assim sendo, aspectos objetivos poderiam ser levados a sério pelo magistrado, os quais podem ser extraídos da previsão doutrinária de Schreiber (2011, p.110): a) grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; b) grau de atualidade da imagem; c) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida; d) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação de sua imagem no contexto de onde foi extraída; e) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; f) a amplitude da exposição do retratado; g) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.

Contudo, *mister* é que o magistrado pode ir além, pois na grande maioria dos casos, há o natural embate entre o direito à imagem e a outros valores relevantes como a liberdade de expressão, privacidade, honra, entre outros.

À vista disso, é essencial o exercício de sopesamento pelo magistrado, com vistas a encontrar o equilíbrio no caso concreto, uma vez que um mesmo princípio pode ter pesos diferentes a depender da situação.

Sobre o tema, pertinente a análise de Robert Alexy, por meio da qual é possível extrair que na colisão entre princípios, um dos princípios terá prevalência sobre o outro, diferentemente do que ocorre entre as regras, cujo conflito pode ser abatido simplesmente por uma cláusula de exceção ou a decretação de invalidade de uma das normas (2012, p.92-93).

Assim sendo, os conflitos entre princípios são solucionados pela “ponderação”, por meio da qual um dos princípios deverá ceder, com base nos aspectos fáticos do caso.

A título exemplificativo, mais um caso desta seara, desta vez envolvendo a atriz Camila Pitanga. Em suma, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Resp 1.726.206/RJ determinou que a Editora Abril indenize a atriz em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a título de danos morais, por ter retirado fotos de um filme no qual ela aparecia nua e publicado na revista Playboy em 2012, sem o consentimento e autorização da atriz. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

Cristalino é que no caso em apreço, a atriz não poderia o seu direito à imagem e honra ceder espaço em detrimento da liberdade de expressão, posto que a publicação de uma imagem nua sem a devida autorização não possui viés informativo, mas sim o de gerar desprestígio à vítima.

Frisa-se que se situação exposta acima envolvesse uma pessoa “privada”, esta também seria merecedora de uma decisão ponderada.

Contudo, reforça-se que o intuito desta análise é destacar que em casos envolvendo pessoas “públicas”, é comum que diversos materiais apresentados à coletividade sejam protegidos pelo manto da liberdade da expressão, porém nem sempre esta máxima é aplicável.

Em tese, na maioria dos casos em que há conflito entre princípios, geralmente os direitos da coletividade estão acima do interesse individual. Porém, isso não se mostra aplicável para todo e qualquer caso. (MORAES, 2009, p.98).

É necessário considerar também que há variações no caso concreto. A título ilustrativo, relevante a menção do litígio no qual a editora Abril foi dispensada de indenizar os atores Pedro Cardoso e Graziella Moretto pela publicação de uma fotografia do casal com as filhas em um shopping center no Rio De Janeiro. Senão vejamos a decisão do relator desembargador João Carlos Saletti:

“Celebidades e atores de televisão são celebridades despertam curiosidade natural nas pessoas comuns. É assim em todo o mundo” “(...)Portanto, dentro de certos limites, a divulgação de sua vida em público é igualmente natural e permitida, cabendo ser tolerada se, como **neste caso, sem excesso,**

constrangimento ou desprestígio para a pessoa do artista e sua figura pública.” -grifo nosso. (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2017).

Restou claro no caso retro que o juiz analisou aspectos majoritariamente objetivos para proferir a sua decisão e também realizou um exercício de ponderação, uma vez que a imagem em nada prejudicou os atores, sem desprestígio algum para as suas vidas privadas e profissionais. Assim sendo, é possível detectar que nenhum princípio é dotado de caráter absoluto, apesar de alguns prevalecerem na maioria das situações.

Outro ponto relevante é a relação entre os princípios e a proporcionalidade, que se estrutura por meio da adequação (meio mais adequado), necessidade (meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento). A primeira e a segunda nada mais são do que mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, as quais são as mais diversas. Já a última infere-se ao sopesamento, frente a relativização às possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2012, p. 116-120).

Isto posto, a decisão precisa ser adequada, necessária e proporcional, uma vez que esta levará em conta os aspectos do caso concreto (aspectos objetivos), os indivíduos envolvidos (pessoa pública ou privada), bem como o conflito instaurado (aspectos fáticos do litígio).

Por último, mas não menos importante, a tutela jurídica pode abranger além da mera reparação dos danos sofridos por meio de uma quantia em pecúnia, como ocorre na maioria das situações. É perceptível a necessidade constante de flexibilização das tutelas, consoante se extrai da seguinte previsão doutrinária: “(...) O que se quer dizer, em outras palavras, é preciso delinear as tutelas capazes de responder às diferentes necessidades do direito substancial”. (MARINONI, 2017, p. 481).

A Carta Magna já garante de maneira expressa diversas formas de proteção, consoante se extrai do art. 5º, V e X:

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:

V - é assegurado o *direito de resposta*, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;- grifo nosso. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988).

Assim, quando o inciso V prevê a possibilidade do direito de resposta, trata-se de uma tutela diferenciada, uma vez que é destinada a reparar o dano de modo específico, e não mediante o pagamento do equivalente em dinheiro ao seu valor. É claro que muito embora a reparação nem sempre seja plena, a tutela colabora para a reparação do dano, que ficaria sem tutela adequada caso somente pudesse ser sancionado em pecúnia. (MARINONI, 2018, p. 27).

Especificamente nos litígios que envolvem violação à imagem de “pessoas públicas” é patente a necessidade de adequação das tutelas, uma vez que o juiz tem o poder de manuseio das medidas judiciais, conforme o art. 139, IV do Código de Processo Civil.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Assim sendo, a aplicação automática de um *quantum* indenizatório em todas as situações não leva em conta a integralidade dos aspectos fáticos do caso concreto.

Diante de todo o exposto, o magistrado pode considerar outras maneiras para reparar o dano sofrido em casos envolvendo violação à imagem de pessoas públicas, uma vez que a prestação pecuniária, por si só, nem sempre repara o dano sofrido. Especificamente nestes casos, pode ser considerado, outrossim, um pedido público de desculpas pelo autor da violação no mesmo meio e proporção em que foi divulgada a imagem, bem como o direito de resposta pelo agredido.

Possível também outra punição aplicada especificamente ao responsável pela divulgação da imagem, como a saída do veículo de comunicação do ar por um período de tempo e o bloqueio do sítio eletrônico enquanto não excluída a imagem.

Por fim, é cristalino que não há falta de aparato jurídico para a solução dos casos. É crescente a necessidade de uma análise minuciosa do caso concreto, precedentes, doutrina e a legislação pátria sobre o tema. Ademais, uma ponderação dos diversos fatores envolvidos no caso, com vistas a obter uma decisão sopesada e atrelada a uma tutela jurídica efetiva para a situação em voga.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo retro, a qual abordou principalmente sobre o direito de imagem das “pessoas públicas” e sua tutela jurídica, foi possível concluir que apesar do vasto aparato jurídico produzido sobre direitos de personalidade e outrossim sobre direito à imagem,

ainda há casos em que o magistrado possui dificuldade em desenvolver a melhor decisão, em decorrência dos aspectos fáticos do caso concreto, os quais variam exponencialmente.

Apesar do aspecto negativo destacado, há decisões que são proferidas de maneira exemplar, com a análise minuciosa do caso concreto, indo muito além da mera subsunção do fato à norma, como foi possível verificar no estudo jurisprudencial desenvolvido no trabalho.

Assim sendo, o intuito deste trabalho foi realizar uma análise pormenorizada do direito à imagem das pessoas “públicas” e de suas violações, bem como uma tentativa de explorar as opções que o magistrado tem para tutelar em casos desta espécie, indo além da mera indenização por danos morais e/ou materiais.

Em suma, buscou-se elaborar um verdadeiro guia para o juízo, com a exposição dos aspectos mais relevantes a serem observados (no caso, os critérios objetivos), o que não poderia prevalecer, por si só, nas decisões (aspectos subjetivos de pessoa pública e local público), a necessidade de um exercício de sopesamento, (com vistas a alcançar a decisão mais equilibrada possível em termos axiológicos) e por fim selecionar a(s) tutela(s) mais adequada (s) para o caso concreto, seja o dano moral e material, direito de resposta, pedido público de desculpas, entre tantas outras opções disponíveis para o magistrado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7.ed.rev., atual e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum Universitário de Direito Rideel, 26.ed. São Paulo> Rideel, 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Vade Mecum Universitário de Direito Rideel, 26.ed. São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 270.730/RJ** (Registro: 2000/0078399-4). Recorrente: Maite Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 5 de dezembro de 2000. Revista Eletrônica da Jurisprudência. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000783994&dt_publicacao=07/05/2001. Acesso em 20 de out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.594.865/RJ** (Registro: 2014/0189467-2). Recorrente: Abril Comunicações S/A. Recorrido: Isis Nable Valverde. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de junho de 2007. Revista Eletrônica da Jurisprudência. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1614763&num_registro=201401894672&data=20170818&formato=PDF. Acesso em 20 de out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.200.482/RJ** (Registro:2010/0113117-0). Recorrente: Danielle Winitskowski. Recorrido: Grupo de Comunicação Três S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de novembro de 2010. Revista Eletrônica da Jurisprudência. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1019245&num_registro=201001131170&data=20110207&formato=PDF. Acesso em 20 de out.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.726.206/RJ** (Registro: 2017/0005905-0). Recorrente: Abril Comunicações S/A. Recorrido: Camila Pitanga Manhaes Sampaio. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 05 de novembro de 2019. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1884135&num_registro=201700059050&data=20191111&formato=PDF. Acesso em 20 de out.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 403. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista_sumulas2014_38_capSumula403.pdf. Acesso em 11 de outubro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento cível nº 0159430-85.2017.8.21.7000 (Registro :70073953150). Agravante: Maria do Rosário Nunes. Agravado: Danilo Gentili Junior. Relator: Desembargador Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 14 de dezembro de 2017. JusBrasil. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532833747/agravo-de-instrumento-ai70073953150-rs/inteiro-teor-532833827?ref=serp>. Acesso em: 20 de out.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 0002051-05.2010.8.26.0011. Apelantes: Editora Abril S.A. e Editora Caras S.A. Apelados: Pedro Cardoso Martins Moreira e Graziella Moretto Figueiredo. Relator: João Carlos Saletti. São Paulo, 16 de maio de 2017. Conjur. **Direitos à intimidade de celebridades são mais reduzidos, decide TJ de São Paulo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/celebridade-tolerar-divulgacao-foto-local-publico>. Acesso em 20 de jan.2020.

CJF- Enunciados. **Enunciado 587 da VII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/841>. Acesso em 29 de jan.2020.

Conjur. **Tribuna da Imprensa terá de pagar R\$ 50 mil à Maitê Proença**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2000fev15/jornal_condenado_pagar_50_mil_maite_proenca. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 18.ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

Lei 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm . Acesso em 15 de outubro de 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**, parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2.** Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência.** 2.ed.rev.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar 2009.

O Tempo. **Com frases marcantes, Millôr Fernandes marcou época.** Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/com-frases-marcantes-millor-fernandes-marcou-epoca-1.414129>. Acesso em 30 de maio de 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição.** São Paulo: Atlas,2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas,2011.

SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. **A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, socialites.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito à imagem.** Curitiba: Juruá, 2018

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da Personalidade: aspectos essenciais.** São Paulo: Saraiva, 2011.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E UTILIZAÇÃO DE MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A RESTAURAÇÃO DA HARMONIA SOCIAL

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 04/06/2020

Taís Eduarda Rostirolla

Faculdades Integradas de Taquara –
FACCAT.
RS, Brasil.

<http://lattes.cnpq.br/2329759996074927>

Tatiana Martins do Amaral

Universidade de Santa Cruz do Sul/UNISC.
Universidade do Sul de Santa Catarina/
UNISUL.

Faculdades Integradas de Taquara –
FACCAT.

<http://lattes.cnpq.br/3254404983482196>

Daniele Weber S. Leal

UNISINOS.

Universidade Anhanguera-Uniderp-
UNIDERP (LFG).

Universidade do Vale do Rio dos Sinos-
UNISINOS.

Faculdades Integradas de Taquara –
FACCAT.

<http://lattes.cnpq.br/5340038791083384>

Jones Mariel Kehl

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
(UNISINOS).

Faculdades Integradas de Taquara –
FACCAT.

<http://lattes.cnpq.br/9074878700656968>

busca reestabelecer conexão entre a vítima e o ofensor. Introduzido pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ) por meio da Resolução nº 225/2016, atenta à nova forma de resolução dos problemas decorrentes da materialidade de um delito. Para que a aplicabilidade da restaurativa seja eficaz, fez-se necessário um espaço físico adequado, bem como a capacitação dos facilitadores e círculos de restauração próprios. Observa-se o problema: de que maneira a Justiça Restaurativa resgata o valor “justiça” no seio social e como está sendo implementada na região? A partir desta problemática, o objetivo deste estudo é explicitar as mudanças que eliminam ou amenizam as causas propulsoras dos conflitos, a fim de promover a paz social e analisar juizado específico implementado no RS. Utilizar-se-á do método analítico, a partir de leituras bibliográficas pertinentes aos temas. Como resultado parcial, é possível verificar a implementação da Justiça Restaurativa em diversos estados, dando destaque ao Juizado de Violência Doméstica da Comarca de NH, o qual apresenta-se estruturado e com grupo multidisciplinar ativo. Portanto, possível concluir que a Justiça Restaurativa é importante para a restauração das relações, ao tratar com as peculiaridades das partes.

PALAVRAS-CHAVE: CNJ. Justiça Restaurativa. Legislação.

RESUMO: Este estudo abordará a “Política Nacional de Justiça Restaurativa no Âmbito do Judiciário” e como a utilização de meios autocompositivos de resolução de conflitos

RESTORATIVE JUSTICE AND USE OF SELF-COMPOUND CONFLICT RESOLUTION MEANS AS A CONDITION OF POSSIBILITY FOR THE RESTORATION OF SOCIAL HARMONY

ABSTRACT: This study will approach the “National Policy for Restorative Justice within the Judiciary” and how the use of self-contained means of conflict resolution seeks to re-establish a connection between the victim and the offender. Introduced by the National Council of Justice (CNJ) through Resolution No. 225/2016, attentive to the new way of solving problems arising from the materiality of an offense. For the applicability of the restorative to be effective, it was necessary to have an adequate physical space, as well as the training of the facilitators and their own restoration circles. The problem is observed: how does Restorative Justice recover the value of “justice” in the social context and how is it being implemented in the region? Based on this problem, the objective of this study is to explain the changes that eliminate or alleviate the driving causes of conflicts, in order to promote social peace and analyze a specific court implemented in RS. The analytical method will be used, based on bibliographic readings relevant to the themes. As a partial result, it is possible to verify the implementation of Restorative Justice in several states, highlighting the NH District Court for Domestic Violence, which is structured and has an active multidisciplinary group. Therefore, it is possible to conclude that Restorative Justice is important for the restoration of relations, when dealing with the peculiarities of the parties.

KEYWORDS: CNJ. Restorative Justice. Legislation.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este estudo abordará a “Política Nacional de Justiça Restaurativa no Âmbito do Judiciário” e como a utilização de Meios Alternativos de Resolução de Conflitos também denominados de *Alternative Dispute Resolution* (ADRs) busca reestabelecer a conexão entre a vítima e o ofensor. Introduzido pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ) por meio da Resolução nº 225/2016, atenta à nova forma de resolução dos problemas decorrentes da materialidade de um delito.

Para a realização deste artigo, foram desenvolvidos três capítulos através do método analítico, a partir de leituras bibliográficas pertinentes ao tema e análise aos dispositivos das leis pertinentes. A enriquecedora coleta de informações permitir-se-á aquisição de conhecimentos em relação aos meios alternativos de solução de conflitos, bem como apresentar a importância do diálogo na construção da paz social e apontar novas perspectivas para a problemática crise do Judiciário brasileiro.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem aos conflitos nas relações interpessoais, assinalando que o encontro entre dois indivíduos pode propiciar um conflito pelas mais diversas razões e não há como superá-lo sem que esses indivíduos sejam postos em posição de igualdade. Desta forma, necessário a intervenção de um terceiro para uma possível pacificação social, sendo esta por intermédio do Estado através do Poder Judiciário.

Na sequência, no segundo capítulo, será abordado de forma sucinta a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a missão de socorrer o judiciário e desafogá-lo de processos. Ademais, analisar-se-á a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos (NUPEMEC's) e a sua competência de realizar a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's). Por conseguinte, o surgimento do Novo Código de Processo Civil (CPC) pela Lei 13.105/15 como forma de política pública, os quais buscam uma mudança cultural da sociedade brasileira incentivando a utilização dos meios alternativos de soluções de conflitos. Ainda, será apresentado brevemente as formas de autocomposição mais eficazes para a solução de conflitos no Poder Judiciário.

A contextualização dos meios alternativos permitirá que no terceiro capítulo seja apresentado a Justiça Restaurativa, introduzido por meio da Resolução nº 225/16 do CNJ, atenta à nova forma de resolução dos problemas decorrentes da materialidade de um delito. Apresenta-se ainda sua eficácia através espaço físico adequado, bem como a capacitação dos facilitadores e círculos de restauração próprios.

Parte-se do problema a partir deste estudo: Observa-se o problema: de que maneira a Justiça Restaurativa resgata o valor “justiça” no seio social e como está sendo implementada na região? Como hipótese provisória se verifica que os meios alternativos se apresentam como função jurisdicional do Estado, contribuindo dessa forma para a construção de novos paradigmas para a Justiça Brasileira. Em razão de utilizar o método da Justiça Restaurativa para a restauração das relações, ao tratar com as peculiaridades das partes, aumentando a probabilidade de solução – definitiva – da lide e, por fim restaurar a harmonia social, tomando como exemplo de sucesso o Juizado de Violência Doméstica da Comarca de NH, o qual apresenta-se estruturado e com grupo multidisciplinar ativo.

2 I CONFLITOS NAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS

Com o aumento populacional por uma variedade de indivíduos com expectativas e anseios distintos, é inegável que surjam inúmeros conflitos¹ diariamente e pelas mais diversas razões, por vezes complexos e assim os levam a competir de forma não saudável.

Conforme o entendimento de Schnitman (1999):

Os conflitos são inerentes a vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas (SCHNITMAN, 1999, p. 170 *apud* HUSEK SILVA e SPENGLER, 2013, p. 130).

1 O vocábulo conflito, na linguagem jurídica, é muito utilizado como sinônimo de litígio, o qual significa a existência de disputa por uma pendência entre as partes que compõem o processo judicial (HUSEK SILVA e SPENGLER, 2013, p. 130).

De outro modo Damiani, Hansel e Pereira de Quadros (2017, p. 64) assinalam que o encontro entre dois indivíduos pode propiciar um conflito e não há como superá-lo sem que esses indivíduos sejam postos em posição de igualdade:

O encontro entre duas consciências pode propiciar o conflito, contudo, somente quando houver o entendimento de que é preciso ressignificar o conflito e alcançar a igualdade, é que se pode falar em reconhecimento. Como a superação completa do conflito não é possível porque ele faz parte da relação dialética entre dois sujeitos, deve ocorrer um entendimento de que, em posição de igualdade, os indivíduos podem se reconhecer em suas particularidades e reduzir drasticamente a possibilidade de conflitos destrutivos.

Todavia, o indivíduo opõe-se a ideia de admitir espontaneamente um erro, fazendo-se necessário a intervenção de um terceiro para uma possível pacificação social, sendo esta por intermédio do Estado² através do Poder Judiciário.

Nos dias atuais, a jurisdição estatal desponta como um dos principais métodos de solução de controvérsias. O Estado se fez substituir ao indivíduo na tutela de seus interesses, vedando, quase em sua totalidade, a autotutela. Assim, à medida que o Estado, vedando a justiça privada, retira do indivíduo a possibilidade de buscar por suas próprias forças a resolução dos conflitos, assume, em contrapartida, o poder-dever de solucioná-los com justiça, uma vez que a perpetuação de pretensões insatisfeitas e controvérsias pendentes de resolução constituiria fonte de intensa perturbação da paz social. Nesse sentido, um passo muito importante foi a garantia do *due process of law*, cuja origem remonta à Magna Carta (1215), pois esta impedia que qualquer pessoa fosse privada de seus bens ou de sua liberdade sem que fosse observado o devido processo legal, ficando proibida, portanto, a autotutela (ALMEIDA et. al, 2018, p. 08).

Desta forma, por haver diversas razões que levam a surgir um conflito, agravando o problema de morosidade e sobrecarga de processos que assolam o Judiciário, o Estado não tem mais condições de atender suficientemente as demandas da sociedade, de modo que, dada a realidade, assumem um papel relevante os meios alternativos de solução de conflitos, que primam pela informalidade, obter soluções mais céleres com atendimento especializado em controvérsias, além de desafogar o Judiciário.

2 As leis civis transformam em ordens as leis de natureza. As leis de natureza [...] são espécies de qualidades morais, deduzidas pela razão a partir do princípio de buscar a paz e a segurança, que dispõem os homens para a paz e constituição do Estado através do pacto. Quando o Estado é fundado, graças ao poder soberano [...] transformam-se em leis ou, na linguagem de Hobbes, em comandos que devem ser obedecidos pelos súditos. E, além, disso, o soberano também tem por função estabelecer o que as leis da natureza prescrevem, isto é, o seu conteúdo (BREIRER, 2008, p. 48).

31 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A AUTOCOMPOSIÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Poder Judiciário brasileiro se vê acuado pela crise de morosidade e sobrecarga de processos, além de contar com um sistema contencioso tradicional impossível de sustentar. Com obrigação moral e legal, o Poder Judiciário ao trabalhar de forma uníssona, conseguiu o feito de introduzir instrumentos jurídicos a fim de encurtar a distância entre o indivíduo e o Direito³. Desta forma, a intitulção deste item, expressado como “meios alternativos de solução de conflitos” (MASC) corresponde a homônima em língua “alternative dispute resolution” (ADR), e representa uma variedade de métodos de resolução de disputas, distintos do julgamento que se obtém ao final de um processo judicial” (SALLES; ALVES DA SILVA; LORENCINI, 2019, p. 16).

Ressalta-se que os meios alternativos de solução de conflitos foram inseridos na Resolução nº 125/10 do CNJ⁴, que dispõe sobre a Política Pública Judiciária de tratamento de resolução dos conflitos, constando:

[...] da ampliação do acesso à justiça e da pacificação do conflito por meio dos métodos consensuais, considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, sendo imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais (TRENTIN; TRENTIN, 2011).

Ainda, a Resolução prevê a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos (NUPEMEC's) junto aos Tribunais Estaduais, visando a capacitação dos profissionais que venham utilizar os métodos como Mediação e Conciliação nas Comarcas⁵. Assim:

Para contextualizar o propósito do núcleo em treinamentos, utiliza-se informalmente a expressão “cérebro autocompositivo” do Tribunal, pois a este núcleo compete promover a capacitação de magistrados e servidores em gestão de processos autocompositivos bem como capacitar mediadores e conciliadores, seja dentro o rol de servidores seja com voluntários externos (FERREIRA; NOGUEIRA, p. 09).

3 Direito: reunião das regras e das leis que mantêm ou regulam a vida em sociedade. Ciência que estuda essas normas, leis e regras, em seu aspecto geral ou particular: direito civil; direito penal etc. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/direito/8>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

4 A Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/15958>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

5 Comarca: circunscrição administrativa, divisão territorial, que está sob a responsabilidade de um ou mais juízes de direito. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/comarca/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

Cabe destacar que é de competência dos Núcleos a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's) na Comarcas, sendo considerados:

[...] unidades do Poder Judiciário que têm por função a concentração e a realização das reuniões de conciliação e de mediação, bem como o atendimento e orientação ao cidadão. Os centros atuarão junto aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários e serão instalados onde exista mais de um Juízo, Juizado ou Vara com pelo menos uma dessas competências (art.8º). Excepcionalmente, poderão estender os serviços a unidades localizadas em prédios anexos e Foros Regionais, observada a organização judiciária local (NOBRE, 2014, p. 30).

Por conseguinte, foram regulamentado os meios autocompositivos de resolução de conflitos, priorizando o diálogo, através do surgimento do novo CPC⁶ pela Lei 13.105/15 como forma de política pública:

[...] no intuito de facilitar o acesso dos brasileiros à justiça, uma vez que se reduzirá o número de demandas e de recursos que dificultam o andamento dos processos. A expectativa é a de que se reduza pela metade o tempo de trâmite de uma ação no Judiciário, permitindo mais rapidez e celeridade nos processos (TRENTIN; TRENTIN, 2011).

Assim, abordar-se-á na sequência do estudo as formas de autocomposição mais eficazes de soluções de conflitos no Poder Judiciário. Esta introdução aos meios alternativos, permitirá que seja apresentado no terceiro capítulo a Justiça Restaurativa, introduzido por meio da Resolução nº 225/16 do CNJ.

3.1 DESVELANDO A MEDIAÇÃO

A sociedade contemporânea encontra-se em constantes transformações e uma das moléstias desta contemporaneidade é a dificuldade de dialogar. Deste modo, a fim de reestabelecer o diálogo entre os indivíduos é necessário o incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos, no qual se insere a Mediação.

A Mediação⁷ se configura como um processo voluntário e confidencial, então, na medida em que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a existência da figura de um facilitador, com características de imparcialidade e sociabilidade.

6 O Novo Código de Processo Civil pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, trata das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-norma-pl.ht-ml>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

7 O termo "mediação" procede do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio. Derivada da palavra *mediare* também a expressão *mediatione* e toda uma série de outras palavras (SPENGLER; NETO, 2010, p. 40, grifo dos autores).

Assim sendo, por meio de diálogo e da prática de intervenção é identificado os interesses legítimos das partes em conflito.

Vezzulla (1998) destaca que Medição é

[...] a técnica de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência em todos os conflitos não criminais, pois, com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor (VEZZULLA, 1998, p. 14-15).

Ademais, Spengler e Neto (2010, p. 45) salientam que a Mediação serve para reaproximar os conflitantes, ao contrário da jurisdição tradicional, pois,

busca o tratamento das pendências através do debate e do consenso, tendo como objetivo final a restauração das relações entre os envolvidos. O consenso tem como ponto de partida a autonomia das decisões, que uma vez tomadas pelas partes não necessitarão ser alvo de futura homologação pelo Judiciário. Compete às partes optarem pelo melhor para si mesmas. Entretanto, se produzirem uma decisão totalmente injusta ou imoral, é porque alguma falha ocorreu ao longo do procedimento de mediação. Não compete ao mediador oferecer a solução do conflito, porém é de sua competência a manutenção e a orientação do seu tratamento.

Destarte, para que a Mediação seja exitosa, se faz necessário a existência de equilíbrio das relações entre as partes, bem como, seja conferida a oportunidade de ambas as partes se manifestarem e assim, com o favorecimento de trocas de diálogo possa-se solucionar o conflito da maneira mais justa e por conseguinte, grassar novamente a harmonia social.

3.2 ANALISANDO A CONCILIAÇÃO

Coerente com a proposta de obter acordos entre as partes, a Conciliação⁸ privilegia a pauta objetiva – a matéria, a substância – que o conflito entre elas produziu. As questões que tenham tutela jurídica e as propostas materiais são foco de especial atenção na conciliação, contexto que estimula os envolvidos a terem, também, nestes temas o objeto de sua atenção, ao aderirem ao instrumento (SOUZA, 2015, p. 90).

Importa quadrar que a Conciliação poderá ocorrer dentro ou fora do processo, e a sua prática intervém de um terceiro, denominado de conciliador, ao qual poderá sugerir soluções para resolver as querelas. Contempla Lopez e Miranda (2010, p. 05):

8 Conciliação palavra derivada do latim “conciliatione”, cujo significado é ato ou efeito de conciliar; ajuste, acordo ou harmonização de pessoas; união; combinação de diferenças (LOPEZ; MIRANDA, 2010, p. 07).

A conciliação é um procedimento mais célere e, na maioria dos casos, restringe-se a uma reunião entre as partes e o conciliador. Trata-se de mecanismo muito eficaz para conflitos em que inexistente entre as partes relacionamento significativo no passado ou contínuo a futuro, portanto preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim à controvérsia ou ao processo judicial. Está mais fortemente ligada ao Judiciário, pois, na maioria dos países latinos, a conciliação tem previsões legais contidas nas leis processuais. A conciliação é tratada como método de resolução de conflitos e não uma simples audiência, para reduzir a pauta dos juízes.

Spengler e Neto (2010) destacam uma diferença entre a Conciliação e a Mediação: a Conciliação é utilizada para conflitos em relações eventuais, enquanto a Mediação é utilizada para conflitos em relações continuadas. Acrescentam ainda:

[...] o mecanismo da conciliação apenas põe fim ao conflito, não logrando grande êxito em conciliar as pessoas nele envolvidas. Afinal estão envolvidas em um conflito surgido em relações eventuais (como um acidente de trânsito). É menos difícil resolver um conflito dessa natureza, como, por exemplo, em acidentes de trânsito, com danos apenas materiais. Em casos assim, as pessoas não se conheciam e provavelmente nunca mais se encontrarão. Não há uma relação pessoal abalada ou destruída pelo conflito. A mediação, nessa hipótese, não é necessária. Mas, tratando-se de pessoas que se relacionam cotidianamente, a mediação é mais indicada, pois não basta resolver a situação de hoje (ou de ontem), mas sim promover um ambiente seguro para a relação futura. Observo que relações continuadas ocorrem desde aquelas entre pessoas da mesma família, do mesmo trabalho ou do mesmo bairro, como entre empresas que costumemente fazem negócios entre si. A ambas interessa manter o bom relacionamento, para que novos negócios possam ser realizados (SPENGLER; NETO, 2010, p. 12).

Cumprir examinar que a Conciliação tem a técnica de conciliar se torna muito mais ágil, por não requerer o conhecimento da inter-relação das partes em conflito. Ademais, o conciliador, tem a missão de ajudar as partes a refletir sobre qual a melhor solução para o conflito, com o intuito de reduzir a duração do processo e o custo de mantê-lo em andamento.

3.3 A INOVADORA JUSTIÇA SISTÊMICA POR MEIO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES

No contexto brasileiro, as Constelações Familiares podem ser definidas como um instrumento capaz de identificar a origem e/ou o motivo que resultou o conflito, surgiram com a proposta de solucionar os conflitos entrelaçados aos indivíduos, através de um estudo do comportamento e da interação do indivíduo com seu grupo familiar ou do grupo de convivência e, por tal motivo, passou a ser utilizado em práticas judiciais.

No mesmo entendimento, Lacerda (2017, p. 02) salienta que:

Constelações Familiares ou Constelações Sistêmicas são uma prática da psicoterapia sistêmica fenomenológica criada e desenvolvida por Bert Hellinger a partir de observações empíricas dos padrões de comportamento que se repetem em famílias, empresas, grupos sociais e organizações ao longo do tempo, buscando diagnóstico e solução de conflitos.

Para designar essa consciência que enreda os indivíduos, mesmo que de forma inconsciente ao repetir o destino de outros membros do grupo familiar, Schneider (2004) em *Vontade e Destino* busca sintetizar como “é possível que os representantes se sintam, falem e apresentem sintomas como os membros da família, embora não os conheçam e disponham de pouca ou nenhuma informação sobre eles”, assim sendo, explica:

A compreensão de nosso destino e o assentimento a ele estão no cerne do trabalho das constelações. Chamamos de destino as forças que, vindas do passado, nos ligam inelutavelmente ao efeito bom ou funesto de certos eventos. O efeito dos acontecimentos nos é imposto, quer o queiramos ou não, e não temos a possibilidade de interferir nele. A força do destino se revela, em relação a acontecimentos traumáticos numa família, de uma forma às vezes inquietante. Nas constelações experimentamos constantemente, e de modo impressionante, que somos muito pouco livres e reeditamos em nossa própria vida, sem saber nem querer, destinos passados e acontecimentos dolorosos, numa espécie de compulsão repetitiva. O efeito maior das constelações consiste em nos fazer perceber como, sem necessidades próprias, revivemos necessidades passadas e não aquietadas de outras pessoas, como se o que passou tivesse de ficar em paz e se tornar definitivamente passado. Este é o pão habitual do trabalho com constelações (SCHNEIDER, 2004, p. 06).

Schneider (2004) salienta ainda, que as vantagens à custa de outrem pelas Constelações Familiares serão compensadas, por vezes, somente em uma geração posterior. No entanto, é notório que as Constelações Familiares trabalham a alma das relações, partindo do princípio do reconhecimento, da concordância e da não expectativa, tanto em relação ao que acontece durante sua prática, como em relação aos resultados.

4 | A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA NOVA PROPOSTA PARA SOLUCIONAR OS CONFLITOS ENRELAÇADOS AOS INDIVÍDUOS A FIM DE RESTAURAR A HARMONIA SOCIAL

A introdução aos meios alternativos de solução de conflitos, apresentado anteriormente, permitirá que daqui em diante seja abordado a Justiça Restaurativa. Mecanismo introduzido por meio da Resolução n° 225/16 do CNJ⁹, atenta à nova forma

9 A Resolução n° 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a Política Nacional da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.br/atos/2016/225>>

de resolução dos problemas decorrentes da materialidade de um delito, para que a sua aplicabilidade seja eficaz, fez-se necessário um espaço físico adequado, bem como a capacitação dos facilitadores e círculos de restauração próprios. Conforme o CNJ salienta:

Art. 1º A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; II- as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras.

Art. 6º Na implementação de projetos ou espaços de serviço para atendimento de Justiça Restaurativa, os tribunais observarão as seguintes diretrizes: I- destinar espaço físico adequado para o atendimento restaurativo, diretamente ou por meio de parcerias, que deve ser estruturado de forma adequada e segura para receber a vítima, o ofensor e as suas comunidades de referência, além de representantes da sociedade (CNJ, 2016).

Nas sociedades onde o sistema jurídico ocidental substituiu ou suprimiu processos tradicionais de justiça e resolução de conflitos, a Justiça Restaurativa oferece uma estrutura apta a reexaminar e, por vezes, reativar tais tradições (ZEHR, 2012, p. 15).

Contudo, “a Justiça Restaurativa é aplicada de forma a não causar uma “vitimização”. [...] as vítimas são protagonistas do processo de resolução do delito, a quem se proporciona uma reparação moral, social e, em muitos casos, econômica” (DUARTE *et. al*, 2017, p. 39). Entretanto, apesar da vítima ser a protagonista do processo de resolução do delito, não se negligência às necessidades do ofensor. Como destaca Zehr:

A Justiça Restaurativa tem promovido a conscientização sobre os limites e subprodutos negativos da punição. Mais do que isto, vem sustentando que a punição não constitui real responsabilização. A verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, significa estimular o ofensor a compreender o impacto de seu comportamento, os danos que causou e instá-lo a adotar medidas para corrigir tudo o que for possível. Sustento que este tipo de responsabilidade é melhor para as vítimas, para a sociedade e para os ofensores (ZEHR, 2012, p. 27).

Tamanha a importância deste novo meio alternativo de resolução de conflito que se verifica sua expansão no cenário brasileiro. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do programa *Justiça Presente*, firmou parceria com o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP) para promover ações de Justiça Restaurativa em 10 tribunais do país ao longo deste ano de 2020. A ação irá apoiar as cortes locais a estruturar núcleos restaurativos que atendam ao sistema de justiça criminal e ao sistema de justiça juvenil e socioeducativo, colaborando para a resolução pacífica de conflitos e para a redução da superlotação da população privada de liberdade no Brasil, que hoje ocupa a terceira posição no mundo (CNJ, 2020).

A ação desenvolvida pelo programa *Justiça Presente* também atende à política nacional instituída pelo Comitê Gestor de Justiça Restaurativa do CNJ e pela Resolução nº 225/16, que apresenta as diretrizes para as ações do Judiciário na área. De acordo com a normativa, a Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência [...]. As práticas restaurativas têm como foco a satisfação das necessidades das partes envolvidas, a responsabilização ativa de quem contribuiu para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, [...]. Dentre os princípios que guiam a Justiça Restaurativa estão a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (CNJ, 2020).

Portanto, a Justiça Restaurativa é de suma importância ao cenário jurídico brasileiro e um grande suporte para satisfação das partes envolvidas e responsabilização de quem comete a transgressão penal, abraça práticas que assegura a continuidade democrática e integre a cidadania, recompondo assim a harmonia social.

4.1 UM CASO DE SUCESSO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA COMARCA DE NH

Desde a assinatura da Resolução nº 663/08 - COMAG¹⁰, transformando a 1ª Vara de Delitos de Trânsito do Fórum de Porto Alegre em Juizado da Violência Doméstica e Familiar, o Juizado passou a exercer função específica, de apreciar os processos com base na Lei Maria da Penha, que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”.

10 A resolução nº 663, de 28 de março de 2008, do COMAG, dispõe sobre a transformação da 1ª vara de delitos de trânsito em juizado de violência doméstica e familiar, e dá outras providências. O Conselho da Magistratura, no uso de suas atribuições legais e dando cumprimento à decisão deste órgão tomada na sessão de 25-03-08 (Processo Themis Admin nº 1008000855-8). Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/noticia-legado-10583/>>. acesso em: 30 mai 2020.

Desde então, o Governo do Estado do Rio Grande do Sul passou a sofrer pressão política dos movimentos sociais e feministas por meio de manifestações, para que houvesse mais engajamento do Estado em amparo as mulheres. Deste modo, por meio do Projeto de Lei nº 313/13, a Assembleia Legislativa aprovou, e o Governador sancionou e promulgou a Lei nº. 14.496/14¹¹ constando em seu “Art. 1º Fica criado o Juizado da Violência Doméstica nas Comarcas de Canoas, Novo Hamburgo, Rio Grande e São Leopoldo”.

Por conseguinte, em 22 de outubro de 2014, houve a solenidade de instalação do Juizado da Violência Doméstica da Comarca de NH. E, durante a construção deste artigo, foi percebido e vivenciado - através de visita técnica realizada naquelas dependências, conduzida pela juíza titular Dra. Andrea Cenne - o caráter adaptável da Justiça Restaurativa à este Juizado, o qual, apresenta-se estruturado com salas de acolhida, que são ambientes preparados para receber as mulheres em situação de violência, bem como prestam atendimento psicossocial para as mulheres no dia da audiência de acolhimento, podendo o acolhimento ser realizado tanto antes quanto depois da audiência.

O Juizado conta também com apoio de equipe multidisciplinar especializada, formada por profissionais como assistente social e psicólogo. Percebeu-se que com a utilização das técnicas da Justiça Restaurativa, a equipe trabalha com os danos causados entre as partes, de maneira humanizada, responsável, a fim de restabelecer as relações sociais. Além de que, este Juizado é referência nacional, servindo de moldes para as novas unidades. Neste sentido, a utilização da Justiça restaurativa na comarca referida, após estudo no local, pode ser evidência da verdadeira possibilidade de restauração da harmonia social.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento das Resoluções nº 125/10 e nº 225/16 do CNJ, além do reforço dos rituais consensuais trazido pelo do novo CPC pela Lei 13.105/15, é possível visualizar que ambas legislações impactaram o modelo clássico até então existente, possibilitando, aos poucos, uma compreensão diferenciada acerca dos conflitos sociais na contemporaneidade e sobretudo uma mudança cultural da sociedade brasileira incentivando a utilização dos meios alternativos de soluções de conflitos. Desta forma, no âmbito do modelo de justiça guiado pela decisão judicial, cria-se uma visão entre as partes, no qual, um será perdedor sucumbente em face de um vencedor. Já na autocomposição, além de não se mostrar cabível a linguagem de vencedor e perdedor, a satisfação é notadamente recíproca, na medida em que a solução do conflito é uma construção dos próprios sujeitos, imprimindo traços sobretudo personalíssimos na resolução dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 272).

Ademais, a fim de responder o problema desta pesquisa: de que maneira a Justiça Restaurativa resgata o valor “justiça” no seio social e como está sendo implementada na

11 Lei nº. 14.496, de 02 de abril de 2014, dispõe da criação de Varas, Juizados, cargos e funções nos Serviços Auxiliares da Justiça de 1º Grau. Disponível em: <<https://www.diariooficial.rs.gov.br/diario?td=DOE&dt=2014-04-03&pg=1>>. acesso em: 30 mai 2020.

região? Durante a construção do artigo, foi percebido e vivenciado o caráter adaptável da Justiça Restaurativa em visita ao Juizado de Violência Doméstica da Comarca de NH, impacta-se, a relevância dada a autocomposição, como um procedimento humanizado, fazendo do cidadão, o protagonista, da solução encontrada de determinado conflito, justamente por possibilitar uma comunicação efetiva e direta entre todos os envolvidos. Essa essência, resgatará o valor “justiça” no seio social, proporcionando aos cidadãos soluções céleres e auxiliando-os na prevenção de novos conflitos.

Assim sendo, a Justiça Restaurativa mostra-se ser um instrumento de significativa remodelação do acesso à justiça, disponibilizando atendimento específico e humanizado às mulheres vítimas de violência doméstica e possibilitando que os envolvidos obtenham uma resposta mais adequada à natureza dos conflitos da atual realidade social. Acredita-se assim, que por meio das práticas da Justiça Restaurativa, que já vêm sendo realizadas no Poder Judiciário Brasileiro, alcançará cada vez mais a participação social, fator de relevância para a restauração das relações sociais, ao tratar com as peculiaridades das partes, aumentando a probabilidade de solução – definitiva – da lide e, a fim de restabelecer a harmonia social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção rezende de; DUTRA, Bianca; SALGUEIRO, Carolina; OLIVEIRA, Daniel Lopes; PENNAFORT, Flávia; FERNANDES, Marcelo Mattos; COSTA, Mateus de Oliveira C.M. E. *Teoria geral do processo*. FGV - Direito Rio, 2018, p. 08. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/teoria_geral_do_processo_2018_2_ok.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2020.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Lei n.º. 14.496, de 02 de abril de 2014*. Diário Oficial Eletrônico n.º 064, Porto Alegre, RS, p. 18, 03 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.diariooficial.rs.gov.br/diario/?td=DOE&dt=2014-04-03&pg=1>>. Acesso em: 30 mai 2020.

BREIER, Volmir Miki. *A função do Estado em Hobbes*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018, p. 48. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2784/1/402094.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça Restaurativa chegará a 10 tribunais do país*. Fevereiro 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-restaurativa-chegara-a-10-tribunais-do-pais/>>. Acesso em: 28 mai 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 219, p. 1-14, 01 dez. 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/15958>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016*. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 02 jun. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 28 mai 2020.

DAMIANI, Suzana; HANSEL, Cláudia Maria; PEREIRA de QUADROS, Maria Suelena. *Cultura de paz* [recurso eletrônico] : processo em construção. Caxias do Sul, RS: Educs, 2017, p. 64. ISBN 978-85-7061-892-4. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-cultura-paz_2.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2020.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. *Comarca*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/comarca/>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. *Direito*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/direito/8>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

DUARTE, Fernanda; FILHO, Rafael Mario Iório; FELIPE, Ana Paula Faria; MEIRELLES, Delton. *Mediações: práticas, discursos e reflexões* (livro eletrônico). Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2017, p. 39. ISBN 978-85-89150-21-7. Disponível em: <<https://urlless.in/EzOeE>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

FERREIRA, Gustavo Meireles; NOGUEIRA, Kênia Carina Jorge Sobrinho Arruda. *A conciliação e a autocomposição na justiça de trânsito: solução de celeridade à justiça brasileira*. Brasília: Faculdades Promove, p. 09. Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/b7c3f6cc7c4341519d376da6e49ca081.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

HUSEK SILVA, Caroline Pessano; SPENGLER, Fabiana e Marion. *Mediação, conciliação e arbitragem como métodos alternativos na solução de conflitos para uma justiça célere e eficaz*. Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 1, p. 128-143, 2013, p. 130. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/view/3598>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. *Constelação sistêmica organizacional e Assédio Moral: proposta de resolução de conflitos no ambiente de trabalho*. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Ano V, n. 9, 2017, p. 02.

LOPEZ, Ilza de Fátima Wagner; MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz. *A Conciliação nos Juizados Especiais Cíveis*. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1, 2010, p. 05 - 07. Disponível em: <<http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/ilza.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2020.

NOBRE, Roberta Dantas da Cunha. *Autocomposição e novas diretrizes com a Resolução nº 125 do CNJ*. João Pessoa. Monografia (Especialização em Prática Judiciária) – Universidade Estadual da Paraíba, 2014, p. 30. Disponível em: <<https://urlless.in/yBnEV>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SALLES, C. A., ALVES DA SILVA, P. E., LORENCINI, M. G. *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Forense, 2019, p. 16. ISBN: 978-85-309-5581-6

SANTOS, Karinne Emanuela Goettems dos. *Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS): a autocomposição em perspectiva*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 257-276, ago. 2018. Disponível em: <<https://urlless.in/4DyvG>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

SCHNEIDER, Jakob Robert. *Vontade e Destino – Aspectos Polêmicos das Constelações Familiares*. Tradução: Newton Queiroz. Rio de Janeiro: fevereiro de 2004, p. 06. Disponível em: <<http://constelacaodeciowilma.com.br/index.php/mais-informacoes-sobre-constelacao-familiar-ibhbc/textos-sobre-constelacoes/46-vontade-e-destino>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

SCHNITMAN, 1999 *apud* HUSEK SILVA e SPENGLER 2013, p. 130. *Mediação, conciliação e arbitragem como métodos alternativos na solução de conflitos para uma justiça célere e eficaz*. Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 1, p. 128-143, 2013. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/view/3598>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil - Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-norma-pl.html>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. 2. ed. Santa Cruz do Sul : Essere nel Mondo, 2015, p. 90 - 184. ISBN: 978-85-67722-43-6. Disponível em: <<https://urlless.in/mHTPt>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. *Mediação enquanto política pública* [recurso eletrônico]: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 12 - 45. ISBN: 978-85-7578-290-3. Disponível em: <http://ead.tjrs.jus.br/navi_tjrs/agenda/pdf.php?%20COD_ARQUIVO=4309>. Acesso em: 22 abr. 2020.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. *Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez. 2011. Disponível em: <<https://bitlybr.com/XgD18>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TJRS. *Resolução n 663, de 28 de março de 2008*. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/noticia-legado-10583/>>. acesso em: 30 mai 2020.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p. 14-15. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/ElaineFernandes4/teoria-e-prtica-da-mediao>>. Acesso em: 24 maio 2020.

ZEHR, Howard; tradução Tônia Van Acker. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

UM ESTUDO ACERCA DO INSTITUTO DA MEDIÇÃO E DA SUA APLICABILIDADE NA COMARCA DE TAQUARA/RS NO ANO DE 2018

Data de aceite: 01/09/2020

Data da submissão: 04/06/2020

Éder Machado de Oliveira

Faculdades Integradas de Taquara –
FACCAT.

<http://lattes.cnpq.br/3100156375503377>

Tatiana Martins do Amaral

Faculdades Integradas de Taquara –
FACCAT

<http://lattes.cnpq.br/3254404983482196>

Daniele Weber S. Leal

Faculdades Integradas de Taquara –
FACCAT

<http://lattes.cnpq.br/5340038791083384>

Jones Mariel Kehl

Faculdades Integradas de Taquara –
FACCAT

<http://lattes.cnpq.br/9074878700656968>

na Comarca de Taquara/RS, tendo em vista os objetivos gerais deste instituto de acordo com a doutrina e os dados nacionais da Justiça pátria. A metodologia adotada nesta investigação foi a dialética, abordando contextos jurídicos e sociais, evidenciando o questionamento. Ainda, utilizou-se da pesquisa de campo para coleta de dados concretos e numéricos sobre a aplicação das técnicas de mediação na Comarca, bem como sua contribuição para cumprir o princípio da celeridade constitucionalmente garantido na EC nº 45/2004. Os resultados indicam um grau de 23,7% no alcance de entendimento entre as partes, o que demonstra uma necessária modificação na cultura do litígio que impede o sucesso pleno da mediação na Comarca, concluindo-se que a previsão legal não satisfaz plenamente todas as finalidades deste Instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Meios autocompositivos; mediação judicial; desjudicialização; pesquisa de campo; Comarca de Taquara/RS.

A STUDY ABOUT THE INSTITUTE OF MEDIATION AND ITS APPLICABILITY IN THE COUNTY OF TAQUARA / RS IN 2018

ABSTRACT: Bearing in mind that the Judiciary is the main means of resolving conflicts, and/or homologation of wills and interests, generated by coexistence in society, we are facing a jurisdictional crisis manifested by an increasingly slower and ineffective justice with regard to the judicial protection. In this way, alternative ways to this usual way of

RESUMO: Tendo em vista que o Poder Judiciário é o meio principal na resolução de conflitos, e/ou homologação de vontades e interesses, gerados pela convivência em sociedade, estamos diante de uma crise jurisdicional manifestada por uma justiça cada vez mais morosa e ineficaz no que se refere a prestação de tutela. Desta forma, emergem do cenário de crise formas alternativas a essa via usual de resolver disputas sociais, quebrando um paradigma de muitos anos no que se refere à cultura da judicialização. Sob este aspecto, tendo como objetivo geral da investigação, buscou-se analisar a aplicabilidade do instituto da mediação

solving social disputes emerge from the crisis scenario, breaking a paradigm of many years regarding the culture of judicialization. In this respect, attempted to analyze the applicability of the institute of mediation in the judicial district of Taquara/RS as a general objective of the investigation, taking into account the general objectives of this institute in accordance with national doctrine and data on justice. The methodology adopted in this investigation was dialectics, addressing legal and social contexts, highlighting the questioning. Furthermore, field research was used to collect concrete and numerical data on the application of mediation techniques in the district, as well as its contribution to comply with the principle of celerity constitutionally guaranteed in EC No. 45/2004. The results indicate a 23,7% degree in the reach of understanding between the parties, which demonstrates a necessary change in the culture of litigation that impedes the full success of mediation in the County, concluding that the legal provision does not fully satisfy all the purposes of this Institute.

KEYWORDS: Autocompositive methods; Judicial mediation; Disjudicialization; Field research; Judicial District of Taquara/RS.

1 | INTRODUÇÃO

A palavra da moda é “autocomposição” e esta teoria não é nova. Desde antes da reforma do Código de Processo Civil em 2015, muito se falava na criação de mecanismos para enxugar o judiciário brasileiro, um dos mais morosos do mundo, onde, na medida em que as demandas judiciais se aglomeram aguardando uma decisão ano após ano, os recursos humanos e materiais do Poder Judiciário diminuem. Isto somado ao fato de que, por mais célere que seja o andamento processual de um conflito, a dinâmica nas relações sociais pode gerar alterações na realidade fática, o que poderia impossibilitar um adequado tratamento para resolução integral de um conflito pela via da jurisdição e, desta forma, proferir uma decisão que, além de não encerrar o conflito, possivelmente não será completamente justa para os litigantes.

Para demonstrar e exemplificar este fato, cabe conceituar o que a justiça brasileira nomeia de “taxa de congestionamento” que, conforme Conselho Nacional de Justiça, tem como função avaliar “a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base” (CNJc, 2020).

Desta forma, a partir do CPC/2015, começaram a surgir alternativas ao modelo da heterocomposição com o objetivo de encontrar o melhor método para resolução de um determinado conflito e, desta forma, evitar o ajuizamento em massa de ações judiciais que contribuem para a morosidade do judiciário brasileiro. Dentre estas alternativas, temos no art. 334 e subsequentes do CPC, na Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) e na Emenda n.º 2 da Resolução n.º 125 de 2010 do CNJ (2020a), os contornos do Instituto da Mediação, entendido por alguns doutrinadores como o meio mais adequado para resolução de conflitos nas relações continuadas, especialmente os litígios nas searas do Direito de Família e de Vizinhaça, por exemplo.

Com o objetivo de analisar a aplicabilidade da mediação na Comarca de Taquara/RS, o presente artigo investigará, com base em dados quantitativos coletados relativos ao ano de 2018. no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania desta Comarca, e a partir de pesquisa bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, os motivos que possam ter levado ao resultado obtido, bem como, sugerir meios para garantir um processo mais célere e de real impacto na resolução destes conflitos e promoção da pacificação social.

21 O ACESSO À JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CULTURA DO LITÍGIO

O Direito como um todo tem como principal objetivo a efetivação da pacificação social e, para tanto, utiliza-se de instrumentos de controle social como, por exemplo, suas normas pautadas no comportamento para estabelecer os limites de liberdade para a sociedade, sendo estas impostas e providas de força coercitiva e imperativa pelo Estado sobre o seu povo (NADER, 2015).

Uma das principais ferramentas de controle social atribuídas ao Estado é sua jurisdição que tem o escopo de resolver os conflitos sociais ocorridos atuando como terceiro imparcial e evitando, assim, a prática da autotutela por parte de seus cidadãos. A jurisdição, manifestada através do Poder Judiciário, se manifesta sempre que diante dela for apresentado um conflito e, por meio de seu representante devidamente investido, apresentará a solução para o caso concreto, impondo às partes o seu estrito cumprimento (JÚNIOR,; HECKTHEUER, 2016, p. 92-93), o que, em muitos casos, não é sinônimo de justiça.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um arcabouço de princípios norteadores inerentes ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Entre eles, cabe destacar aqui o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e o princípio da razoável duração do processo, respectivamente elencados no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Carta Magna.

2.1 DO ACESSO À JUSTIÇA

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário garante que todos os cidadãos tenham acesso universal à jurisdição, observando-se os requisitos mínimos, e que tenham direito a uma decisão judicial de modo a encerrar o conflito. Desta forma, conceitua Paroski (2006, p. 229) que o acesso à justiça se manifesta como uma “garantia presente em dado ordenamento jurídico, através da qual o Estado assegure igualmente a todas as pessoas meios capazes de gerar decisões que levem à solução justa dos conflitos”.

Desta forma, portanto, entende-se que aqueles que procuram a jurisdição gozam do direito a uma decisão proferida e imposta por um terceiro imparcial que leve a uma solução

justa de seus conflitos, utilizando-se o Poder Judiciário para isto de quaisquer mecanismos que garantam isonomia no acesso à justiça e que sejam capazes de fornecer subsídios a um julgamento justo da lide. Assim, frise-se que não basta somente garantir o acesso ao Judiciário, é preciso que a decisão proferida abranja completamente a lide, sob pena de provocar um afastamento ainda maior do objetivo real das partes e acirrando ainda mais os conflitos (JÚNIOR; HECKTHEUER, 2016, p. 97).

2.2 DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

No tocante ao princípio da razoável duração do processo, sabendo que a todos é garantido o direito à judicialização de uma demanda, bem como à uma decisão abrangente da lide, é também assegurado que todos os processos tenham um prazo razoável de duração, isto é, que não sejam prolongados por um excessivo período de tempo, sob pena de prejudicar o próprio objeto das demandas.

Faz-se necessário, neste ponto, diferenciar duração razoável do processo de celeridade processual que, de acordo com Pina et al (2017, p. 17), assim distingue:

A razoável duração do processo assegura que ele obedeça as etapas necessárias para que se obtenha uma devida decisão, já a celeridade se importa com a rapidez do processo, independentemente se ele respeitou ou não a participação das partes sobre os atos processuais.

Por fim, de acordo com Canotilho (apud PAROSKI, 2006, p. 229),

Em termos gerais – e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade -, o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretear sobre o valor e resultado de causas e outras.

Tais princípios se colidem quando os colocamos sob a ótica da atual situação do Poder Judiciário em que, por conta do alto número de demandas, se tornou inviável que um juiz profira uma decisão justa e completamente eficaz para a solução de qualquer conflito e, ao mesmo tempo, que esta decisão seja proferida ao final de um período razoável de trâmite processual.

Quando falamos em litígios que surgem nas relações continuadas, como aqueles que envolvem Direito de Família e Direito de Vizinhança, por exemplo, em que a situação fática tende a se modificar muito rapidamente, é ainda mais difícil para a jurisdição alcançar estas modificações a tempo. Portanto, não sendo possível a observância dos princípios indicados acima, a maioria das decisões proferidas para encerrar a lide será obsoleta e atrasada, uma vez que não há como informar tempestivamente ao Judiciário as modificações havidas nas relações diante da morosidade na tramitação destas demandas judiciais, fazendo com que a jurisdição seja cada vez mais imprecisa e tardia no que diz respeito à solução de conflitos das relações continuadas.

2.3 DA CULTURA DO LITÍGIO

Com o passar dos anos, a sociedade foi passando a confiar cada vez menos nas palavras de um acordo *inter partes* e passou a depositar toda a capacidade para solução do conflito na sentença de um terceiro imparcial que, em tese, proferiria a decisão mais justa possível, sendo de obrigatória adesão das partes. Esta prática, embora tenha trazido conforto para as partes, contribuiu para o surgimento do fenômeno entendido pela doutrina como “cultura do litígio”, isto é, a falta de estímulo ao diálogo incentivou com que a resolução autônoma dos conflitos de forma extrajudicial desse lugar ao ajuizamento em massa de processos judiciais, ao qual o Poder Judiciário não estava preparado (MORAIS, 2018).

Corroborando, desta forma, Cachapuz (*apud* JÚNIOR.; HECKTHEUER, 2016, p. 98),

A sociedade do século XXI já pode identificar novos valores sociais, o próprio direito, voltando-se mais para o ser em sua integralidade, em seu aspecto emocional afetivo, no entanto, ainda traz em suas raízes o conceito de que apenas o Estado em sua função jurisdicional tem capacidade de dirimir seus conflitos. É o ser humano não confiando em si mesmo, não acreditando na sua capacidade de resolver por ele as suas próprias desavenças, lançando sobre o Estado toda a responsabilidade de decidir a história de sua própria vida.

Sobre o tema, BERNADINA DE PINHO e PAUMGARTTEN (2012, p. 447), conceituam:

Tecnicamente é o que se chama explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisado de forma mais profunda. Esse movimento que caracteriza as sociedades contemporâneas, e preocupa, é de causa complexa, mas sem dúvidas também é fomentada pela abundante normatividade, que de forma isolada não consegue prevenir a formação do conflito, resolvê-lo, e tampouco serve para dissuadir os destinatários a não infringi-la.

Cabe destacar ainda, o papel de influência exercido dentro das academias e do ensino do Direito no Brasil, cujo perfil de aluno egresso e estrutura curricular estão voltados a preparar seus alunos para o litígio, para embates jurídicos e pouco compositivos, bastando uma resolução apenas superficial e sentencial de um conflito.

Urge, portanto, uma reeducação para esse novo olhar sobre os conflitos, não apenas de uma reforma puramente no âmbito da jurisdição, mas também nos profissionais do direito, pois estes estão a representar os interesses das partes litigantes, devendo prezar pela devida resolução do conflito de modo a evitar judicializações desnecessárias que possam ser plena e mais eficientemente resolvidos de forma extrajudicial, bem como respeitando e contribuindo para o adequado prazo de tramitação do processo, não prolongando mais do que o necessário. Se mantivermos essa formação dogmática e estritamente técnica, continuaremos a obter o mesmo perfil de profissional: mero operador do direito (SANTOS *et al*, 2014, p. 50).

Desta forma, verifica-se que a cultura do litígio pode ser entendida como algo cultural e não exclusivamente ligado à jurisdição, uma vez que pode ser percebido também em outros campos de estudo. Ainda, cabe ressaltar que a transformação dessa cultura não deve ser desempenhada somente pelas partes, mas também em todas as funções e operações do Direito, tais como magistrados, servidores, serventuários da justiça, advogados, Ministério Público, entre outros, numa união para resolução madura e consensual de um conflito.

No entanto, não se pode dizer que a via judicial não seja adequada para solucionar conflitos, mas pelo contrário, é uma das funções do Poder Judiciário buscar pela melhor resolução possível do litígio e, portanto, também deve englobar em seus sistemas meios para que as partes possam autocompor as lides levadas ao âmbito da jurisdição. O que se observa, todavia, é uma inversão, se tornando regra aquilo que deveria ser a exceção: o exercício do direito de ação como único meio capaz de solucionar conflitos (VILARINO, 2015, p. 51).

3 | A DESJUDICIALIZAÇÃO, OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS E O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

Com o propósito de solucionar o problema da morosidade da prestação jurisdicional, foram adotadas ao longo dos anos diversas medidas com o fim de promover a mais adequada resolução para os conflitos. Entre estas, pode-se destacar a conciliação, a mediação, a arbitragem, as negociações e um ideal de desjudicialização.

3.1 DESJUDICIALIZAÇÃO

Sabendo que a judicialização é a alternativa mais burocrática de solucionar conflitos, bem como, de que possui métodos limitados, morosos e obsoletos à realidade fática, começam a surgir diversas teorias alheias à jurisdição comum, de forma a permitir que a solução do conflito seja realizada pelas próprias partes interessadas, tornando-se desnecessária a prolação de uma sentença por um juiz para encerrar a disputa.

Uma das mais famosas teorias foi desenvolvida pelo professor Frank E. A. Sander que apresentou sua ideia do que seria um “Tribunal de Muitas Portas”, com o propósito de expandir o acesso à justiça e distribuir os conflitos de acordo com o método mais adequado para sua solução. Entre os métodos, pode-se destacar a própria jurisdição e a arbitragem para os conflitos que necessitem de um julgamento de terceiro imparcial, e os meios autocompositivos como a conciliação e a mediação nos conflitos de relação continuada e naqueles que puderem ser resolvidos com um acordo bilateral entre as partes (MELEU, 2014, p. 161).

Sobre o assunto, Álvarez (apud MELEU, 2014, p. 162) demonstra:

Quizás la forma de institucionalización mas completa de la RAD en el sector público es el llamado Tribunal Multipuertas. Está concebido como un centro de resolución de disputas que se fundamenta en la tesis de que existen ventajas y desventajas para un caso específico que hacen aconsejables diferentes formas de resolución de disputas. Entonces, en lugar de instalar una sola puerta para obtener un servicio de justicia, debe darse la opción de que los usuarios puedan acceder a la puerta que sea más apropiada a la naturaleza del caso o de las partes. En cierto sentido este modelo de tribunal para el futuro incluye entre los servicios no sólo a la jurisdicción, sino a una variedad de programas RAD entre las derivaciones posibles.

Desta forma, caberia às partes e aos seus procuradores direcionar os conflitos para a via mais adequada para resolvê-lo, seja ela qual for, deixando de transferir à jurisdição a responsabilidade total pela solução de disputas sociais.

Esta busca em transcender as portas do Judiciário, buscando métodos alternativos a este para solucionar conflitos pode ser entendida como “desjudicialização”, a qual, primando pela desburocratização, pela efetividade, pela celeridade e pela boa-fé e segurança jurídica, busca meios autônomos de solução de disputas que antes seriam ajuizadas e poderiam, conforme demonstrado, levar a uma decisão muitas vezes injusta e obsoleta da lide. (JÚNIOR; HECKTHEUER, 2016, p. 99).

3.2 OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS

De forma sintética, pode-se dizer que um conflito nasce de uma insatisfação de dois ou mais indivíduos quando seus interesses divergem e, nas palavras de Warat (*apud* THAINES, 2015, p. 16), os conflitos jamais desaparecem, apenas transformam-se porque, geralmente, tentamos intervir sobre eles e não sobre o sentimento das pessoas, desta forma sendo aconselhável, frente a um conflito, transformar-se a si próprio para que, então, o conflito se dissipe, desde que todos os envolvidos estejam abertos e dispostos a isso.

Diante desta composição, o pré-requisito necessário para que os meios autocompositivos atinjam sua finalidade, como o próprio nome diz, é a busca mútua por um consenso, para que as partes possam, por elas próprias, alcançar uma decisão justa para ambas de modo a compor a lide, buscando e auxiliando de forma recíproca a elaboração de uma decisão madura elaborada por elas próprias, objetivando-se que todos os envolvidos saiam ganhando.

O Código de Processo Civil de 2015 impulsionou a quebra do paradigma da cultura do litígio com a incorporação de novos métodos para resolução de conflitos, antes ausentes no ordenamento jurídico, previstos no art. 334 e subsequentes do novo CPC, na Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) e na Emenda nº. 2 da Resolução 125 de 2010 do CNJ. Trata-se de mecanismos inseridos no novo diploma legal a fim de promover e regulamentar a aplicação dos meios autocompositivos no âmbito judicial de modo que, com isso, se alcance a redução na taxa de congestionamento do Judiciário, bem como se resolva de forma mais adequada e eficiente os conflitos diante deles apresentados.

O artigo 334 do diploma processual vai ainda mais fundo na autocomposição e determina a realização de uma audiência de conciliação ou de mediação posteriormente à citação do réu, isto é, numa tentativa de desburocratizar e promover o bom andamento processual, bem como a observância do princípio de que a melhor decisão para um conflito deve partir das próprias partes, o juiz determinará a realização de uma tentativa de autocomposição, de modo a permitir que as partes possam por si mesmas resolverem o conflito.

3.3 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

O conceito de mediação, doutrinamente definido, conforme Sales (2004, p. 22), advém do latim *mediare*, que corresponde no português a mediar, intervir ou colocar-se no meio. Ainda, no entendimento de Six (2001, *apud* MARASCA, 2007, p. 50), “a mediação consiste em estabelecer ligações onde elas ainda não foram feitas, suscitar o agir comunicacional onde não existe”.

Traçando-se um breve histórico deste Instituto no Brasil, a primeira iniciativa de incorporação da mediação no nosso ordenamento jurídico ocorreu com o projeto de Lei n.º 4.827, no ano de 1998. Em 2010, o ministro Cezar Peluso, em seu discurso de posse como

presidente do STF, fazendo referência à sobrecarga de ações judiciais atualmente em trâmite no Judiciário nacional, afirmou a necessidade de promover meios autocompositivos de modo a reduzir estes índices. Meses mais tarde, o Conselho Nacional de Justiça publica a Resolução n.º 125, instituindo a Política Judiciária Nacional a fim de promover o tratamento adequado de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Todo esse processo culminou na elaboração e se consolidou na aprovação do Código de Processo Civil de 2015 e, mais tarde na Lei da Mediação (SOARES, 2018).

Contextualizando, a mediação refere-se ao emprego de procedimentos dialogais que, de forma colaborativa e amigável, incentivam a solução de controvérsias de forma que melhor atendam aos anseios das partes.

As definições doutrinárias para o Instituto da Mediação são uníssonas ao considerarem este o mais sensível entre os meios autocompositivos, uma vez que a mediação tem como objetivo não o acordo ou a transação entre as partes, de modo a encerrar o conflito aparente, mas sim identificar a sua raiz, possibilitando um olhar mais profundo e sensível sobre o litígio e, desta forma, facilitar o restabelecimento do diálogo entre as partes.

Entende-se que, uma vez reconhecido o conflito raiz, bem como recuperado o diálogo perdido entre as partes, a mediação chegou ao seu propósito. Na mediação, o mediador é um terceiro imparcial que exerce um papel de simples colaborador e facilitador do diálogo, responsável pela tentativa de resgate da sensibilidade e empatia entre as partes.

Fernanda Tartuce apresenta a mediação em seis finalidades, sendo elas o restabelecimento da comunicação, a preservação do relacionamento entre as partes, a prevenção de conflitos, a inclusão social, a pacificação social e, por último, a celebração de acordos (TARTUCE, 2018).

Diferentemente da adjudicação, na mediação não existem adversários ou imposição de decisões, contribuindo, assim, para um menor índice de reincidência no mesmo conflito. E, diferentemente da conciliação, a mediação tem o acordo como mera consequência da restauração do diálogo perdido entre as partes (AMARAL, 2008).

Desta forma, pode-se dizer que a mediação busca proporcionar aos litigantes um ambiente onde poderão, verdadeiramente, buscar uma solução conjunta para os seus conflitos auxiliados por um profissional devidamente preparado para desempenhar o papel de facilitador do diálogo, sendo vedado a este a sugestão ou qualquer interferência na formulação do acordo entre as partes, uma vez que a autonomia para decidir, durante uma sessão de mediação é totalmente das partes. Nesse contexto, Spengler (2010), apresenta que na mediação não se atribui culpa ou censura, mas sim, prioriza-se a obtenção de uma solução que satisfaça a todos envolvidos, em todos seus interesses e sentimentos e origine um comprometimento mútuo, sendo este o real objetivo desse método.

4 I A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO CEJUSC DA COMARCA DE TAQUARA NO ANO DE 2018

Com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (2020a), a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o advento do diploma processual civil, foram criados setores dentro do Poder Judiciário para auxiliar na implantação deste e de outros métodos autocompositivos no âmbito do judiciário brasileiro, isto é, para as demandas já judicializadas. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) são unidades judiciárias implementadas a partir do CPC/2015, responsáveis pela realização de sessões consensuais conduzidas por conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento, orientação e estímulo aos meios consensuais (TARTUCE, 2018).

Assim, realizou-se pesquisa de campo objetivando coletar os dados do CEJUSC da Comarca de Taquara/RS no ano de 2018 a fim de analisar, a partir das diretrizes da Resolução nº 125 e da Lei da Mediação, a aplicabilidade deste método autocompositivo nesta Comarca no âmbito do Judiciário.

No dia 23 de agosto de 2019, foram colhidos os seguintes dados perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Taquara, referentes às audiências ocorridas no ano de 2018:

Foram agendadas 2.533 (duas mil, quinhentas e trinta e três) audiências de mediação, das quais 1.500 (mil e quinhentas) acabaram prejudicadas (59,21%), seja por as partes não chegarem a um entendimento, por serem transferidas para uma nova data ou quando uma das partes deixou de comparecer à sessão de mediação no dia e local marcado. Dentre as audiências realizadas, 601 (23,73%) foram finalizadas com entendimento. Restando 432 (17,06%) sessões finalizadas sem entendimento¹.

De acordo com estes dados, verifica-se que o índice de adesão às tentativas de mediação do conflito levado ao judiciário é baixo. Isto porque, conforme demonstrado, apenas 23,73% dentre todas as audiências agendadas naquele período resultaram em acordo. É impossível identificar o motivo real de cada audiência frustrada, no máximo se pode analisar as possíveis tendências que direcionam para estes resultados. Algumas delas podem ser: (i) o desconhecimento do instituto, uma vez que, ao se depararem diante de um conflito, as partes recorrem diretamente à jurisdição, pois ainda é o meio mais difundido para resolução de conflitos e, por isto, deixam de comparecer às audiências de mediação porque não conhecem o real propósito do método; (ii) o despreparo dos procuradores: corroborando com o motivo anterior, os advogados, por entender que a sessão de autocomposição determinada pelo Juízo ao analisar a peça inicial de uma ação é mera formalidade, sem fins práticos, pois está acostumado a enfrentamentos, produções de prova, audiências de instrução e estão preparados para o enfrentamento e não o acolhimento; e (iii) a falta de estímulo por parte do próprio CEJUSC que não promove ações

¹ Importante destacar que a análise e percentuais obtidos pela coleta de dados foi elaborada pelos autores a partir dos dados do TJ/RS.

dentro do Judiciário a fim de estimular as partes a autocomporem seus litígios, cabe a esta unidade judiciária promover a difusão das reais finalidades dos métodos autocompositivos.

5 | CONCLUSÃO

Seja nas academias brasileiras de Direito, seja no âmbito do Poder Judiciário ou da Advocacia, em geral, é preciso tanto uma reforma como uma reeducação substancial de modo a promover a autocomposição dos conflitos sociais, ajuizados ou não, em território nacional.

Os estudantes continuam aprendendo nas faculdades de direito sobre a Justiça e o papel transformador que ela deve desempenhar em um país, mais do que sua ferramenta de trabalho, estes futuros operadores do Direito são ensinados a postular em juízo até as últimas instâncias, a litigar e insistir até a última decisão, indo de encontro ao que se entende pela promoção da autocomposição.

No campo profissional, esta reeducação para a autocomposição deve abranger defensores, advogados, membros do Ministério Público e juízes, que devem promover a Justiça sob a ótica do método mais adequado para resolução dos conflitos em análise.

Esta reeducação é urgente, sob pena dos dispositivos legais continuarem a ser distorcidos pela falta de conhecimento e de técnica para empregar de forma satisfatória os mecanismos de resolução de conflitos, deixando, desta forma, de se considerar somente o termo final de uma disputa com a prolação de uma sentença ou a extinção de uma ação judicial.

A Comarca de Taquara, por ser objeto da presente análise, serve como bom exemplo desta perspectiva, uma vez que, assim como ocorre no resto do país, haja vista os relatórios anuais do CNJ (2020b) mais e mais ações derivadas de conflitos sociais vão sendo levados à porta do Judiciário, congestionando o trâmite dos processos e, com isso, agravando o conflito no âmbito fático e tornando o processo cada vez mais extenso, dispendioso e aflitivo.

Como visto, uma vez adjudicado o conflito terá menor índice de entendimento, isto porque, por conta de seu caráter adversarial, uma das partes sempre sairá mais vitoriosa do que a outra, o que, em muitos casos, acirrará os conflitos gerando ainda mais desconforto e novas disputas que possivelmente seriam levadas à jurisdição, em um ciclo vicioso em que a medida que uma ação termina, outra se origina desta, em detrimento à proposta de pacificação social inicialmente atribuída ao Judiciário.

Além disso, os métodos autocompositivos são mais do que meios para desobstruir a jurisdição, são eles os responsáveis à altura para solucionar de forma eficiente os conflitos a que são direcionados, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe à tona e de forma coercitiva ideias que já ecoavam na doutrina como os meios mais adequados para solução de conflitos sociais.

Renunciando às concepções restritivas, como a de que há somente um caminho para resolver um conflito, todos saem ganhando. Os juízes por conseguirem dedicar um tempo e atenção maiores a um processo e, com isso, tendo maiores chances de garantir a observância dos princípios constitucionais; os advogados por não terem que aguardar o demorado trâmite processual para encerramento de uma demanda e pagamento de seus merecidos honorários pelo trabalho desempenhado; e, por fim, as partes por terem dissolvido um conflito que geraria ainda mais sofrimento e distanciamento do ideal de justiça, no qual os litigantes são protagonistas e responsáveis pela retomada do diálogo, além da elaboração e cumprimento do acordo, de modo a encerrar a lide de forma adequada, tempestiva, decisiva e justa.

Espera-se que a atenção dos operadores do direito e da Justiça esteja, então, focada na busca pela solução adequada dos conflitos, na qual a mediação possa ser principal e valiosa ferramenta para que as partes litigantes possam reescrever um novo roteiro para suas histórias se tornando responsáveis por ela.

REFERÊNCIAS

AMARAL, M. T. G. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - UniCeub. Brasília, p. 88. 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2020.

BERNADINA DE PINHO, Humberto Dalla; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **A experiência italo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v.8, n.8, 2011, p. 443-471. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20829/15107>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Portal da Legislação da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Portal da Legislação da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Portal da Legislação da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 5 abr. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ)a. **Resolução n 125, de 29 nov 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em 11 abr. 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)b. **Justiça em números 2019: ano-base 2018**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)c. **Taxa de Congestionamento**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao-visao-e-valores-do-poder-judiciario/indicadores/03-taxa-de-congestionamento/>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

JÚNIOR, E. G. B.; HECKTHEUER, P. A. A mediação como instrumento da desjudicialização e pacificação social. **Anais da V Semana Acadêmica de Direito da Faculdade Católica de Rondônia**, Porto Velho, p. 92-99, 2018. Disponível em: <<https://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaissemanadedireito/article/view/47>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

MARASCA, E. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania. **Revista Direito em Debate**, v. 16, n. 27-28, 25 mar. 2013. p. 50. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/668>>. Acesso em: 23 maio 2020.

MELEU, M. S. **Jurisdição comunitária: A interface sistêmica entre Estado e sociedade para gestão de conflitos e a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo. 2014. p. 161-162. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3632?locale-attribute=pt_BR>. Acesso em: 22 maio 2020.

MORAIS, L. R. **A cultura do litígio no sistema jurisdicional cível brasileiro**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13425/1/221416144.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 37a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Do direito fundamental de acesso à justiça**. Scientia Iuris, Londrina, v. 10, p. 229, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4132>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

PINA, S. C. T. et al. O princípio da celeridade processual e a garantia da ampla defesa na concretização do estado democrático de direito nos juizados especiais. **Ciência et Praxis**, v. 10, n. 19, UFMG. Belo Horizonte. 2017, p. 15-18. Disponível em: <<http://revista.uemg.br/index.php/praxys/article/view/2653/1499>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de conflito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.

SANTOS, C. C. C. M.; YAGODNIK, E. B.; MARQUES, G; P. Y. O Ensino Jurídico e os Meios Consensuais de Resolução de Conflitos. In: D. R. S. Meirelles; G. P. Y. Marques (Coord.) **Mediação: um panorama atual**, volume I. Niterói : Editora Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito - UFF, 2014. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&scid=ZGVmYXVsdGRvbWFFpb-nxwGdzZHVMzXnxDo0M2M0ODRIODRiYTYxYTly>>. Acesso em: 18 maio 2020.

SOARES, T. L. C.; BRENDLER, K. M. A (in)efetividade da mediação e conciliação para composição, resolução e extinção dos conflitos judiciais cíveis na Comarca de Capão da Canoa, Estado do Rio Grande do Sul. In: **XV SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICA PÚBLICA**, 2018, Santa Cruz do Sul, RS. Anais (on-line). Santa Cruz do Sul: UNISC, 2018, p. 9. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18843>>. Acesso em: 25 maio 2020.

SPENGLER, F. M. A Mediação suas técnicas e seus estágios: a prática mediativa como meio inovador de tratar conflitos. In: SPENGLER, F. M.; NETO, T. S. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei** - 1.ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11624/1838>>. Acesso em: 30 maio 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis** – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THAINES, A. H.; MELEU, M. Mediação Waratiana: Uma Aposta na Alteridade. In: **XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI** – UFS, 23, 2015, Aracaju. Cátedra Luis Alberto Warat. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 214. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/mwhGNpTvy7tq3Ezd.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2020.

VILARINO, K. M. G. **Mediação: o desafio de transformar a cultura de litígio em cultura de paz**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS, São Caetano do Sul, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.uscs.edu.br/handle/123456789/1086>>. Acesso em: 3 maio 2020.

DIREITO MIGRATÓRIO: UMA ANÁLISE DAS SITUAÇÕES DOS HAITIANOS EM CURITIBA

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 20/06/2020

Gianluca Nicochelli

Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná – UFPR
Curitiba – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/5547405649253786>

Filipe Martins Macedo

Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná – UFPR
Curitiba – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/0023119326466481>

RESUMO: O núcleo de direitos na Carta Internacional de Direitos Humanos é tratado como *ius cogens*, sendo aceitos globalmente. Os Direitos humanos garantidos pela Constituição Federal são dotados de universalidade subjetiva e territorial, isto é, todas as pessoas são titulares e todos os Estados o reconhecem. Dessa forma, tais direitos mesmos descritos em documentos de suma importância, encontram limitações na sua aplicação, deixando sem amparo aqueles que mais necessitam, como os imigrantes. Esses, vindo em busca de melhores condições de seus países de origem, acabam por sentir a falta de ações não estatais, como o acolhimento da sociedade civil, e a falta de políticas públicas mínimas, dificultando a sua estadia por não garantirem os direitos em lei. O objetivo do presente trabalho é elucidar os desafios encontrados pelos imigrantes, especialmente os haitianos, visando o município de Curitiba. Para isso, utilizamos de

levantamento de dados, pesquisas realizadas em jornais e dissertações acerca do tema, através de assuntos como: políticas públicas inseridas em Curitiba, motivos de vinda para o Brasil, casos de discriminação, mercado de trabalho e condições de estadia; pesquisa doutrinária se fez necessária principalmente para trazer a lume os direitos garantidos para qualquer pessoa e/ou a (in)eficiência de políticas públicas. Por fim, o que se espera concluir é a insuficiência de ações estatais para melhores condições de sociabilidade, não estando de acordo com regras mundialmente estabelecidas.

PALAVRAS-CHAVE: *Jus Cogens*; Imigração; Haitianos; Curitiba.

MIGRATION LAW: AN ANALYSIS OF THE SITUATIONS OF HAITIANS IN CURITIBA

ABSTRACT: The core of rights in the International Bill of Human Rights is treated as *jus cogens* and is accepted globally. The human rights guaranteed by the Federal Constitution are endowed with subjective and territorial universality, that is to say, all persons are entitled to them and all States recognize it. Thus, these rights, which are described in documents of paramount importance, find limitations in their application, leaving those who need them most without support, such as immigrants. These, coming in search of better conditions in their countries of origin, end up feeling the lack of non-state actions, such as welcoming civil society, and the lack of

minimum public policies, making their stay difficult because they do not guarantee the rights in law. The objective of the present work is to elucidate the challenges faced by immigrants, especially Haitians, targeting the municipality of Curitiba. For this, we use data collection, research conducted in newspapers and dissertations on the subject, through issues such as: public policies inserted in Curitiba, reasons for coming to Brazil, cases of discrimination, labor market and conditions of stay; doctrinal research was made necessary mainly to bring to light the rights guaranteed to any person and / or the (in)efficiency of public policies. Finally, what is expected to be concluded is the insufficiency of state actions for better conditions of sociability, not being in accordance with worldwide established rules.

KEYWORDS: *Jus Cogens*; Immigration; Haitians; Curitiba.

1 | INTRODUÇÃO

Esse projeto foi desenvolvido inicialmente a partir de nossa apresentação no Seminário Nacional da Cátedra Sérgio Vieira de Mello – ACNUR, tratando sobre a III Conferência Latino Americana sobre Refúgio, Migração e Apátrida, realizado nos dias 12, 13 e 14 de setembro de 2018, na Faculdade de Direito da UFPR.

Nosso objetivo com a pesquisa leva em consideração que dentre 2012 a 2016, mais de 60 mil haitianos acabaram por se registrar na Polícia Federal, sendo distribuídos em todo o território brasileiro, segundo pesquisa levantada pelo Instituto Migrações e Direitos Humanos. São Paulo acaba por se encontrar como destino principal, seguindo por Santa Catarina e Paraná. Apenas na região metropolitana de Curitiba estima-se que se encontram cerca de 4 mil haitianos, num total de 5 mil no Paraná todo.

Sendo assim, como o título elucidativo deste trabalho, nosso objetivo principal foi analisar a situação desses imigrantes haitianos situados em Curitiba. Observando suas intenções de vinda pra cá, o que esperavam encontrar e o que realmente encontraram, como suas dificuldades de acolhimento da sociedade civil e a falta de políticas públicas mínimas, dificultando sua estadia por não garantirem direitos em lei, prejudicando não somente o migrante mas a sociedade como um todo. Evidencia-se ainda pelo fato de que tais direitos estarem em alto escalão normativo, como os chamados *jus cogens* ou os próprios direitos fundamentais, direitos humanos da nossa Constituição Federal, tratados como universais, indivisíveis e interdependentes, devidamente expressos também na lei de imigração. Além disso, a inserção e o acolhimento de imigrantes através de políticas públicas são da mesma maneira expressos em lei, motivo pelo qual abordamos se essas políticas públicas são eficazes, comparando-as entre si a partir de Municípios.

Para tentar sanar essas questões, nossa metodologia baseia-se principalmente em levantamento de dados tanto de órgãos estatais quanto da esfera privada, pesquisas realizadas em jornais e dissertações. Esse contato com o objeto de estudo é uma tentativa de aproximação do direito da realidade factual, o modelo teórico-abstrato é importante mas são as relações sociais que demonstram as reais aplicações e efeitos de medidas e processos importantes, agudos, como a migração. Pesquisa doutrinária em um primeiro momento

não teve um grande papel, mas trouxe conceitos importantes para o enriquecimento do debate, como o conceito de migração de crise. Tal conceito se encaixaria no processo, fluxo migratório enfrentado pelo país a partir de 2010, trazendo a lume o elemento histórico construído socialmente no Haiti, já caracterizando como migração de crise, pois leva em conta a situação econômica, política, religiosa, civil, ideológica e humanitária do país de origem e dessa forma, partindo desses princípios revela-se a presença histórica de crise no Haiti, entendendo o fluxo migratório a partir dessas condições sociais históricas (BAENINGER; PERES, 2017, p. 119)

2 I DA HIERARQUIA CONSTITUCIONAL, JUS COGENS E DIREITOS HUMANOS

Proclamada como “Constituição Cidadã”, a nossa Constituição Federal foi o cerne para que houvesse a dignidade da pessoa humana e consequentemente, os direitos humanos, como irradiadores do nosso sistema jurídico. Tais direitos, pilares da sociedade brasileira, seguindo valores do constitucionalismo contemporâneo, abriram o sistema jurídico para que houvesse a implementação ao sistema internacional de proteção de direitos, *ipsis litteris*, no art. 5, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Isso significa duas coisas. A primeira, é de que mais do que vigorar como lei interna, as garantias ratificadas em âmbito internacional, conforme observado no art. 5, §2º, passam a ter status de norma constitucional, quando versar sobre direitos humanos. A segunda, é de que justamente por disposição do referido artigo, o sistema de direitos goza de dupla fonte normativa, advinda daquelas normas de direito interno e outra advinda do Direito Internacional em decorrências dos tratados que o Brasil faz parte (MAZZUOLLI, 2002, p. 121)

Essa é basicamente a estrutura e tratamento que a doutrina tentou fornecer para os tratados que versam sobre direitos humanos.

Conquanto, no julgado do RE 466.343, venceu a tese de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, focado ao caso do Pacto de San Jose da Costa Rica, detêm um caráter supralegal. Isto é, encontram-se abaixo da Constituição Federal, mas os direitos previstos nos tratados, acabariam sendo hierarquicamente superiores às demais leis, exercendo um certo controle e limitação sobre elas. Limitação, pois, assim surgiu um novo tipo de controle, o qual seria a “compatibilização vertical das normas de Direito interno com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2011, p. 379), chamado de controle de convencionalidade, buscando justamente uma ordem jurídica interna perfeita tendo em vista os valores pugnados pelos tratados internacionais, como principiologia, racionalidade, derivados da proteção dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2011, p. 381)

Nada obstante, necessário em um segundo momento uma breve tentativa de conceituação do que se entende como direitos humanos, pelo menos ao nosso ver.

Como aponta Nicola Matteuci, a definição em si aponta para uma diversidade de significados, quais sejam, desde a sua natureza a sua historicidade, remontando a própria Revolução Francesa para isso. Contudo, a conceituação pretendida poderia ser aquela que leva em conta os direitos humanos a partir de direitos civis, políticos e sociais (BOBBIO; MATTEUCCI ;PASQUINO, 2010, p. 354), assim como uma conceituação que leva em conta, da mesma maneira a sua historicidade e natureza, tendo em vista a luta pela dignidade daqueles mais desfavorecidos ao longo do percurso histórico, na qual a dignidade seria o elemento moral que possibilita uma via aos direitos humanos, e estes, em suas aplicações, reafirmam-na com a pretensão de sua universalidade (HABERMAS, 2010, p. 471).

Essas conceituações trazem em si a própria historicidade do conceito, como luta de um direito individual em primeiro momento e posteriormente, calcado na luta pela igualdade, uma disseminação de ideais de Estados pós-Segunda Guerra, com o surgimento das Nações Unidas em 1945, com a Declaração de Direitos do Homem em 1948 e a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, o qual da mesma maneira traz em si a conceituação no parágrafo 5º,

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Tendo como base essa conceituação, os acordos internacionais, além de criarem obrigações inerentes a cada Estados e reponsabilidade para os mesmos às pessoas em seus territórios, “constitui uma forma importante para atrair o interesse dos Estados contraentes para respeitar a convenção mais intensamente do que em outras circunstancias” (BOBBIO; MATTEUCCI ;PASQUINO, 2010, p. 354). Assim, vai se criando um cenário em que os Direitos Humanos começam a ter o seu sentido no âmbito internacional, gerando a convergência dos países em diversos tratados internacionais, visando a proteção a tais direitos, seguindo as diretrizes dos artigos 55 e 56 do Estatuto das Nações Unidas (ONU), no qual “os membros se empenham a agir coletiva ou singularmente em cooperação com a organização ...”, a fim de “promover o respeito e a observância universal dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (BOBBIO; MATTEUCCI ;PASQUINO, 2010, p. 356)

Essa concepção em si significa a redenção do Estado soberano a questões que envolvem direitos humanos, visto sua relevância internacional, não somente interna de cada país. Somado ao fato de que, cada tratado que vieram a se formar, detinham em si o entendimento da dignidade da pessoa humana direitos humanos, como um "portal" para a igualdade internacional (HABERMAS, 2010, p. 469), assim cada declaração surge como uma proposta de universalidade de normas inerentes a cada ser humano.

Desse modo, surgem os princípios que se chamam de norma cogente em âmbito internacional, representados pela real proteção e igualdade dos direitos humanos em cada país.

Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional da ONU representou, na Convenção de Viena, o que se entende hoje por tais normas em seus artigos 44, 53, 64, 66 e 71, nominando-as de *jus cogens*.

Essas, só poderiam ser derogadas por uma norma superveniente do mesmo caráter, conforme orientação do seu artigo 53: "(...) uma norma imperativa de Direito Internacional é uma norma (...) da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza" Assim, a sua primeira característica vem a tona, a sua inderrogabilidade.

Sem entrar diretamente em questões envolvendo o *pacta sunt servanda* e a soberania dos Estados, o fato é que as discussões sobre a soberania dos Estados, o *pacta sunt servanda* e autodeterminação dos povos ainda são eloquentes na doutrina, o que demonstra a real importância do tema.

Conquanto, a inderrogabilidade e imperatividade das normas cogentes, visam justamente assegurar a ordem pública no cenário internacional, na medida que proíbem a celebração de tratados visando apenas os interesses particulares de cada país, prejudicando de alguma forma o coletivo e os interesses comum da sociedade internacional (MAZZUOLI, 2006, p. 106-108). Esse é o mesmo entendimento da Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, como no caso Barcelona Traction (1970), o qual restou entendido que as obrigações de um Estado para com outro são distintas das obrigações à comunidade internacional no geral, sendo tais obrigações as que dizem respeito às normas cogentes, como os direitos fundamentais da pessoa humana (CIJ, 1970, p. 32)

Essas obrigações no território brasileiro, foram praticamente aderidas com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, significando que praticamente quase todos os tratados internacionais que versam sobre essa matéria, o Brasil fora signatário.

Contudo, apesar do entendimento que o os tratados da referida matéria, não compõem matéria constitucional, não significa que o Brasil não aderiu a ideia de *jus cogens* em seu território. Pelo contrário, fora justamente consagrada com a efetivação da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a ratificação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, através do Decreto nº 7.030/2009.

Apesar disso, é notória a dificuldade de concretização de direitos humanos em certos aspectos. A globalização, o fluxo migratório seja por qualquer natureza, mas principalmente a noção de migração de crise com a qual trabalharemos, revela que apesar de tantos mecanismos que forjam o direito moderno, ainda há barreiras estruturais, sociais e econômicas que faz com que a condição humana, seja posta em cheque pelo ideal de Estado-nação, ou pelo suposto acolhimento do refugiado ou migrante na sociedade, sendo notório que quanto mais desigual esta é, mais nítida e difícil acaba sendo a integração desses imigrantes no campo social.

Nesse sentido, com o pano de fundo da sociedade desigual brasileira, busca-se entender a entrada do Brasil na rota de migração haitiana, no âmbito da migração de crise, tecendo como pano de fundo a abordagem dos direitos humanos e *jus cogens* incorporados internamente.

3 I DA MIGRAÇÃO DE CRISE E A HISTORICIDADE HAITIANA

Como análise metodológica para entender o fluxo migratório, partiremos aqui do conceito de migração de crise. Segundo Clochard, esse conceito poderia ser estabelecido a partir de fenômenos pré-condicionais socialmente, a partir de problemas econômicos, civis, religiosos, ideológicos e humanitários (*apud* BAENINGER; PERES, 2017, p. 122)

Tais condições são refletidas na própria história haitiana, fundada com a presença econômica e militar estrangeira, resultando em um capitalismo desenvolvido com base no comércio colonial e da própria marginalização do país (BAENINGER; PERES, 2017, p. 123)

Ainda, apesar de ser estabelecido originalmente para análise de refugiados, o conceito de migração de crise é abordado nesse estudo no sentido da abordagem do próprio imigrante com uma situação de refugiado. Isto é, “imigrantes solicitantes de refúgio, imigrantes com “refúgio humanitário”, crise humanitário e imigrantes refugiados ambientais” (BAENINGER; PERES, 2017, p. 122).

Para Baeninger e Peres, além de indicar no país de origem dos deslocados uma crise, seja por quaisquer motivos, as autoras apontam essa crise da mesma maneira ao país alvo, o qual pela falta de instrumentos jurídicos para o enfrentamento da crise, revela da mesma maneira uma crise, um despreparo para a recepção do fluxo migratório (2017, p. 122).

O Brasil, principalmente a partir de 2010, ingressou na rota migratória haitiana. O terremoto e conseqüentemente a ajuda humanitária fornecida, contribui para a vinda desses imigrantes, intensificado da mesma maneira pelos fechamentos das fronteiras de países considerados desenvolvidos. Conquanto, a ajuda humanitária, a partir da atuação e presença militar brasileira, acrescentam à migração de crise um fator determinante para que o governo criasse mecanismos normativos para que os imigrantes haitianos pudessem usufruir tanto do visto humanitário quanto da carteira de trabalho (BAENINGER; PERES, 2017, p. 124).

A concessão desses documentos para a entrada no país revela a interpretação governamental de que os imigrantes não estariam sendo reconhecidos como refugiados, como expressa a Convenção dos Refugiados de 1951 e o Protocolo das Nações Unidas de 1967, tratando-se meramente de questões humanitárias e de acolhimento (BAENINGER; PERES, 2017, p.124).

Por outro lado, a entrada pela fronteira, por si só, já representa uma crise migratória, como consequência da dificuldade e o não recebimento do visto no Haiti. O que implica em duas consequências. A primeira, solicitar a condição de refugiado ao entrar no país. A segunda, posterior a autorização, ter o recebimento do visto humanitário, sendo essas uma “representação simbólica da migração de crise no campo social da migração” (BAENINGER; PERES, 2017, p.124)

Essa indicação do visto humanitário, deu-se a partir de pressão de ONGS e da ACNUR, o qual a partir de uma determinação do CNIG (Conselho Nacional de Imigração), encaminhada pelo CONARE (Cômite Nacional para os Refugiados), entendeu-se que o caso dos haitianos não é somente questão de refúgio ou não, e sim uma questão humanitária (ACNUR, 2011, p. 144)

Assim, as duas maneiras de entrada para o país, podem ser conceituadas como migração de crise. Seja pela dificuldade de conseguir o visto e solicitando refúgio, conseguindo o visto humanitário posteriormente, seja que mesmo com a recepção dos migrantes a partir do visto, com a condição de imigrante-trabalhador, os haitianos enfrentaram e ainda enfrentam questões que afetam os direitos humanos, a partir, seja da dura trajetória laboral, seja com a própria convivência da sociedade civil, assim como pela falta de políticas públicas para esse fim. No mesmo modo, com a ampliação do conceito de migração de crise, entendemos que a crise vivenciada pelo país nesse sentido é diretamente relacionada à chegada dos fluxos migratórios e aos instrumentos jurídicos de acolhimento, a entrada pelas fronteiras, assim como políticas formais, como a dificuldade de visto na Embaixada, quanto informais, produzidas pela própria sociedade civil (CAMARGO, 2018, p. 60)

A partir disso, será exposto o material de dados elencados neste trabalho, afim de revelar, sabendo mesmo assim das limitações do estudo, a realidade da situação dos haitianos em território brasileiro, especificamente na cidade de Curitiba, comparando tanto ferramentas jurídicas quanto informais com outras cidades.

4 | POLÍTICAS DE MIGRAÇÃO, LEVANTAMENTO DE DADOS E A RECEPÇÃO EM CURITIBA

Apenas em 2010, o relatório global (Global Trends) do Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR), contabilizou um total de 25.892 refugiados haitianos no mundo (ACNUR, 2011, p. 43)

No Brasil, a partir de dados do Sincre (Sistema Nacional de Cadastramento de Registro de Estrangeiros), entre 2010 e 2015, houve a entrada de quase 30 mil haitianos e haitianas com visto permanente no país. Se englobarmos os registros de solicitantes de refúgio, aqueles que entraram diretamente por fronteira, o volume de entradas de haitianos e haitianas no mesmo período passa a ser quase três vezes maior, passando a ser de 85.079, segundo dados do STI (Sistema de Tráfego Internacional) (BEANINGER; PERES, 2018, p. 129)

Desses dados, percebe-se que a fronteira tornou-se a esperança daqueles que não conseguiram o visto no Haiti. Cerca de 98% das mulheres e 97% dos homens haitianos que passaram pela fronteira estavam acobertados pela condição de solicitante de refúgio. Apenas 2% de todos aqueles que provinham do Haiti já possuíam visto permanente (BAENINGER; PERES, 2017, p. 129)

Com o exaurimento de possibilidades de abrigo e trabalho na fronteira, a imigração dirigiu-se para a cidade de São Paulo, e partir de então para outros municípios, mais especificamente os do sul do Brasil. São Paulo, por exemplo, passou de 23 para 5.025 vínculos formais de empregos de haitianos, o Paraná, por sua vez, de 6 para 5.063; e Santa Catarina de 15 para 6.357 vínculos formais (BEANINGER; PERES, 2018, p. 135).

Esses dados revelam que a preferência dos haitianos não é totalmente os grandes polos urbanos, tendo em vista que Rio de Janeiro e Brasília sequer apresentam números relevantes. Segundo estudo da Fundação Getúlio Vargas, um fator que pode ajudar a elucidar essa questão seria a preferência dos migrantes pelos locais com melhor desempenho econômico-social, já que a renda *per capita* dos locais onde há haitianos é quase 42% maior do que a renda *per capita* nacional de 2010, por exemplo.

Diante disso, em qualquer ente federativo foi relevado a necessidade de implementação de políticas locais de atendimento.

Como um passo na federação, foi criado a Lei de Imigração a partir da reformulação do Estatuto do Estrangeiro. A crítica principal que se deu a partir da nova lei, foi a vacância no âmbito do trabalho, mesmo sendo esse um dos principais motivos que fazem o migrante mudar de seu país. Contudo, os mecanismos para sanar os vícios se disciplinam no art. 120, o qual estabelece que terá finalidade de “coordenar e articular ações setoriais implementadas pelo Poder Executivo (...) em regime de cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com participação de organizações da sociedade civil, organismos internacionais e entidades privadas”, com a formulação de banco de dados sobre os imigrantes, conforme § 3º da mesma lei.

Focando em Curitiba, essa questão do âmbito de trabalho com a vacância da Lei de Migração, encontra ainda mais complexidade. Matéria publicada no jornal Gazeta do Povo, mostra que “a capital mais europeia do Brasil é a quarta cidade que mais recebe haitianos”, foi relatado que apesar da maioria da população aprovarem a vinda de estrangeiros à cidade, ha carência da mesma maneira de políticas públicas e projetos de integração.

Em termos de órgãos e instituições de auxílio aos imigrantes sob o viés estadual e municipal, tem-se o Centro de Informação para Migrantes, Refugiados e Apátridas do Paraná (CEIM), subordinado ao Governo do Estado do Paraná, tem por objetivo oferecer informações à migrantes, refugiados e apátridas o acesso a serviços públicos estaduais e municipais, assim como a legislação trabalhista e a informações sobre direitos fundamentais. O CEIM, por exemplo, registrou 1.753 atendimentos a imigrantes haitianos, no período entre outubro de 2016 a agosto de 2019, no entanto esses serviços resumem-se apenas aos encaminhamentos para outras instituições e no fornecimento de informações (SOUZA, 2019, p. 66)

Em âmbito não governamental, a Pastoral do Imigrante atua como um espaço de ajuda aos migrantes, realizando assistência social e indicações para regularização de documentos. A missão essencial da Pastoral é uma presença acolhedora e de defesa, conforme orientações no site da mesma Pastoral.

Percebemos que esse tipo de auxílio é vinculado principalmente a ações não governamentais. Há outras entidades que também prestam o mesmo auxílio, como a Casa Latino Americana CASLA, presente de várias formas no cotidiano nos haitianos. Porque divide-se em várias ramificações: CASLAJur (com a presença de advogados para auxílio jurídico), CASLACom (núcleo de jornalista que cuidam nas redes sociais da CASLA), CASLARI (formado por profissionais de diversas áreas que capacitam os migrantes) e o CASLAPsico (promove atendimento psicológico), mesmo fim que o Programa de Política Migratória e Universidade Brasileira (pmub) vinculado à UFPR, o qual também presta assessoria jurídico-administrativo.

Apesar dessas estruturas trazidas pela sociedade civil e principalmente acolhidas pela Pastoral, a responsabilidade não depende delas, mas de políticas públicas que deveriam ser fomentadas pelo Estado. O que faz com que os tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, como a Convenção nº 97 da OIT que estabelece a prestação de auxílio aos trabalhadores migrantes, assim como a convenção relativa aos estatutos do refugiados, a qual estabelece como objetivo da política migratória brasileira “a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas”, conforme estabelece o art. 3º, X da Lei de Migração, sejam apenas instrumentos formais que no campo material, acabam não se concretizando.

No mesmo sentido, a carência de políticas públicas e a saturação de projetos de integração, faz com que a situação dos haitianos em Curitiba se agrave. Isso porque a falta do Estado no auxílio, dificulta a integração e unificação dos serviços. Pode-se dizer que a atuação de diversas instituições, cada uma em sua área, mais parece um “remendo”, ao invés de se parecer um “bordado” uniforme, caso o Município de Curitiba tomasse as rédeas para implementação de políticas públicas, integrando toda a rede de ajuda. Um exemplo de que Curitiba ainda está atrás em relação às principais capitais, é que diferente de São Paulo (CRAI) e Brasília (Casa de Direitos), Curitiba não é dotada de uma casa

de acolhida específica para os imigrantes (SOUZA, 2019, p. 81). Muto embora há quem diga que em Curitiba fica a Casa da Acolhida e do Regresso, este centro apenas concede passagens terrestres para que os imigrantes possam se deslocar pelo território brasileiro (SOUZA, 2019, p. 81).

Outro ponto que Curitiba peca é o fato de não possuir sua própria lei para refugiados e imigrantes, como é o caso da cidade de São Paulo, tornando-se pioneira nesse sentido, no Brasil. A criação de uma lei com esse caráter em qualquer cidade brasileira que tenha alto fluxo migratório é de suma importância, pois, tomando-se como exemplo a editada na capital paulista (Lei Municipal 16.478/16), além de garantir direitos, assegura acesso pelos estrangeiros aos serviços públicos, bem como protege-os em casos de xenofobia e racismo praticados pelos paulistanos. Vale consignar que tal lei antecede a Lei de Imigração em nível nacional (CAMARGO, 2018, p. 66), em virtude de que havia uma necessidade de atualização do modo de como se tratar o estrangeiro imigrante, pois claramente o então Estatuto do Estrangeiro estava defasado.

Uma explicação para o fato da ausência, em outras cidades, de legislação municipal nesse sentido, é a própria criação pelo governo federal da Lei de Imigração, levando os municípios presumirem que toda e qualquer lacuna não contemplada pelo Estatuto do Estrangeiro, bem como suas defasagens, seriam suprimidas por essa nova lei, tornando desnecessária a elaboração de leis municipais que também versassem sobre o tema. No entanto, como já demonstrado anteriormente, a Lei de Imigração possui diversas falhas, as quais seriam plenamente superadas se houvessem outras leis (leia-se estaduais, municipais ou até microssistemas de leis federais esparsas) que a auxiliassem.

Como forma de exemplificar o auxílio que poderia ser dado é o fato de que a Lei da Imigração municipal de São Paulo estabelece a contratação de agentes públicos migrantes (CAMARGO, 2018, p. 67), preenchendo a lacuna deixada pela Lei de Imigração federal que não oferece meios que facilitem a inserção do imigrante no mercado de trabalho. Outro exemplo é que a lei municipal de imigração traz políticas públicas concretas em relação à educação, visto que a Lei de Imigração tão somente assegura esse direito, mas não oferece meios para sua execução. Camargo (2018, p. 67) explicita que a partir da lei municipal, São Paulo criou o “Portas Abertas: Português para Imigrantes, que abriu 600 vagas em 10 escolas da rede municipal para alunos migrantes da rede, seus familiares e comunidades se matriculem mediante apresentação de qualquer documento”.

Outro ponto em relação ao emprego é que não há em Curitiba uma política concreta entre governo e empresas que facilite a contratação desses estrangeiros, conforme relata um dos entrevistados de Souza (2019, p. 101): “Muitas empresas hoje nos conhecem, a verdade é que procuram pouco (...), mas de vez em quando alguns vem por aqui para procurar um ou outro”. Outro ponto em que não há políticas públicas, semelhantes com as de São Paulo, é a educação, tendo em conta que em não há em Curitiba meios que facilitem o ingresso de imigrantes ao ensino público, exceto pelas políticas adotadas pela UFPR,

como o sistema de cotas em vestibulares, nem métodos que possibilitem maior apreensão do conteúdo, considerando os diversos fatores que dificultam o aprendizado (diferença na língua, falta de meios para estudo e etc), bem como ações no campo da pesquisa e extensão, a fim de resgatar a cultura dos imigrantes, realizadas por eles mesmos.

Ainda, o principal quesito em que falta políticas públicas é a integração dos haitianos no meio em que estão inseridos, visto que, se há uma boa interação, possivelmente as questões relacionadas ao emprego e à educação podem ser mais facilmente dirimidas. A dissertação de Souza (2019, p. 83) elucida claramente esse aspecto:

Seis respostas foram positivas para a pergunta “você tem amigos brasileiros?”. Contudo, quando a pergunta mudava para “esses amigos são pessoas em quem você pode confiar totalmente?”, três responderam que não. Trabalhar com o conceito de amizade não foi extremamente eficaz devido à dificuldade de estipular características claras e padronizadas para o adjetivo, porém ficou evidente que a maior parte dos envolvidos não tem facilidade em se aproximar e criar fortes relações, inclusive de confiança, com a população local. O entrevistado 3, quando questionado sobre a presença de amigos brasileiros em sua vida, indagou: “sobre qual amigo você está falando?”, (...) ele completou: “eu não tenho um amigo que eu fale com ele todos os dias”. Já o entrevistado 2, sempre de poucas palavras, provavelmente pelo fato de ter um domínio menor da língua portuguesa, foi direto em dizer que não tem amigos no Brasil, (...) E as experiências vividas pelo entrevistado 1 levaram ao seguinte depoimento: “Não. Amigos não. Eu falo com alguns, mas amigo? Acho que não. Porque a palavra amigo é forte. Precisa ter campo, interação. Não tenho”.

Do mesmo modo, a dificuldade no ambiente de trabalho, além da falta de políticas inclusivas, pode ser fortemente ligada ao fato de que o Brasil, apesar de em sua Constituição Federal haver conceitos basilares de proteção e da prevalência dos direitos humanos, não ser signatário da Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias. Essas referidas convenções dispõem sobre a proteção dos imigrantes no ambiente de trabalho, porém o Brasil continua não garantindo formalmente boas condições nesse aspecto aos imigrantes, fazendo com que sofram com racismo e xenofobia, justamente males que o *jus cogens* visa inibir. A fim de exemplificar essa questão, duas reportagens retratam esta dura realidade: a primeira, veiculada no site da Rádio Band News Curitiba, um haitiano vindo para Curitiba foi demitido por uma empresa de higiene e limpeza, pois acabou contraindo alergia devido ao contato com os fortes produtos de limpeza que manuseava, impedindo-o de usar desodorante, o que impulsionou a demissão. O haitiano relata, ainda, que chegava a ultrapassar nove horas por dia, os trabalhadores não recebiam vale alimentação, o local não era dotado de cômodos que assegurassem as mínimas condições higiene, além de receber menos do que o contrato de trabalho assegurava. A segunda, divulgada pelo site

de notícias G1, mostra a investigação pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) de 13 denúncias de imigrantes haitianos que afirmaram ser vítimas de racismo e xenofobia em empresas de Curitiba, sendo agredidos fisicamente e verbalmente, além de terem sido demitidos de maneira irregular.

Isso acaba suprimindo a expectativa que os migrantes tem ao virem para o país, na medida que muitos veem o Brasil como uma oportunidade, seja para estudo, seja para proteção com existência de leis, conforme relatado pelos entrevistados haitianos em Curitiba por Souza (2019, p. 109-116)

Assim, a partir da coletânea de dados, podemos observar que as dificuldades enfrentadas pelos imigrantes estão intrinsecamente relacionadas a falta de políticas públicas em Curitiba, seja para integrá-los na sociedade, seja para integrar os serviços prestados por entidades não governamentais. Do mesmo modo que embora haja uma vasta apresentação de dados na perspectiva nacional sobre a vinda de haitianos, Curitiba carece de dados, principalmente, pois muitas instituições não registram o número de imigrantes que buscam seus serviços e muito menos divulgam casos que obtiveram êxito com o serviço prestado (SOUZA, 2019, p. 83). Outrossim, isso revela o despreparo para recepção dos imigrantes que, por escutarem de seus compatriotas oportunidades vinculadas a sociedade civil e amparo do Estado, acabam se deparando com um remendo social para que haja oportunidades.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da recepção de tratados internacionais, de princípios constitucionais que preservam os direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, a rota migratória dos haitianos para o Brasil se caracteriza por ser uma migração de crise.

Isso significa duas coisas. A primeira, que condições sociais, históricas e econômicas, com um capitalismo de dependência, estavam presente na história do Haiti, como bem sabemos. A segunda, que a partir da mudança da rota migratória para o Brasil, acentuada pós terremoto de 2010, como sociedade receptora, demonstrou-se despreparada para o recebimento dos haitianos, ferindo os tratados de integração internacional que fazemos parte, como a Convenção da OIT no âmbito laboral.

Focando o estudo em Curitiba, percebemos que o conceito de migração de crise se revela da mesma forma, em que apesar de existirem diversas entidades não governamentais fomentando ferramentas para os migrantes, essas atividades não se condicionam em um sistema integrado. Do mesmo modo revelando a falta de políticas públicas para esse fim, seja pela falta de uma lei municipal de imigração, como fez o município de São Paulo, seja pela dificuldade desses migrantes para encontrar trabalhos e mesmo quando encontram, deparam-se com sofrimento e abusos nesse âmbito, conforme relatos mostrados. O que claramente acaba ferindo direitos constitucionais e os chamados *jus cogens*, que derivam do entendimento internacional.

Foi nesse contexto que o presente estudo, do ponto de vista metodológico e teórico, assentou-se, buscando trazer dados que espelham a realidade do conceito de migração de crise focado em Curitiba, relevando a discrepância do compromisso formal que o Estado assume e as atividades que não se concretizam na realidade capital paranaense, seja pela falta de divulgação de dados, seja pela falta de políticas públicas governamentais.

REFERÊNCIAS

BAENINGER, R.; PERES, R. Migração de crise: a migração haitiana para o Brasil. **R. bras. Est. Pop.**, Belo Horizonte, v.34, n.1, p.119-143, jan./abr. 2017.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmen C. Varriale *et al.*; coord. Trad. João Ferreira; ver. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 13ª ed. Editora da Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 353-361.

CAMARGO, H. R. E. de. Portas entre abertas do Brasil: narrativas de migrantes de crise sobre políticas públicas de acolhimento. **Revista X**, Curitiba, v. 13, n.1, p. 57-86. 2018.

HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. In.: **Metaphilosophy**, v. 41, n. 4. Oxford, July, 2010.

GAZETA DO POVO. **Os haitianos de Curitiba: entre a sociedade e o Estado**. Curitiba, 15/04/2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/blogs/relacoes-internacionais-em-perspectiva/os-haitianos-de-curitiba-entre-a-sociedade-civil-e-o-estado/>. Acesso em 15 de jun. 2020.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. **Haitianos no Brasil: Dados estatísticos, informações e uma Recomendação**. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/migracoes/migracao-haitiana/haitianos-no-brasil-dados-estatisticos-informacoes-e-uma-recomendacao/>. Acesso em 14 de jun. 2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case Concerning The Barcelona Traction, Light And Power Company**, Limited Reports, 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/>. Acesso em 15 de jun. 2020.

MAZZUOLI, V. O. Os tratados internacionais de direitos humanos como fonte do sistema constitucional de proteção de direitos. **R. CEJ**, Brasília, n. 18, p. 120-124, jul./set. 2002.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, M. V. L. de. **Os desafios da integração do imigrante na grande Curitiba: a realidade da imigração haitiana**. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Setor de Ciências da Terra, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2019. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/signa/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=58105&idprograma=40001016035P1&anobase=2019&idtc=1403>. Acesso em 15 de jun. 2020.

UNHCR. Global Report 2011: **Americas Regional Summary**. Genebra, 2011. 6 p. Disponível em: <https://www.unhcr.org/4fc880940.html>. Acesso em 15 de jun. 2020.

_____. **Global Trends 2010**. Genebra, 2011. 25 p. Disponível em: <https://www.unhcr.org/4dfa11499>. Acesso em 15 de jun. 2020.

A REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E A (DES) REGULÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO MIGRANTE

Data de aceite: 01/09/2020

Thais Helena Alves Rossa

RESUMO: O fenômeno contemporâneo das migrações espelha a fluidez e informalidade da força de trabalho característicos da fase de acumulação flexível em um contexto de capitalismo neoliberal globalizado. Embora se possa inferir do teor de normas internacionais e nacionais o reconhecimento da necessidade de proteção ao trabalhador migrante, tais regramentos jurídicos desconsideram a porção majoritária de trabalhadores migrantes que atua informalmente, o que evidencia aparente contradição. Pelo método lógico dedutivo e a partir de pesquisa bibliográfica afasta-se o aparente paradoxo, à vista da inseparabilidade entre forma mercadoria e forma jurídica, ambas vinculadas à sociabilidade que caracteriza o modo de produção capitalista, demonstrando que o intento perseguido pelos interesses do capital é justamente o maior trânsito da força de trabalho que se converte em mercadoria, sem as amarras da legislação protetiva que limita a exploração.

PALAVRAS-CHAVE: Acumulação flexível – migrações – forma jurídica.

ABSTRACT: The contemporary phenomenon of migration mirrors the fluidity and informality of the workforce inherent in the flexible accumulation phase in a context of globalized neoliberal capitalism. Although it can be inferred from the content of international and national norms the recognition of the need

to protect migrant workers, such legal rules disregard the majority of migrant workers who work informally, which shows, at least in theory, contradiction. By the logical deductive method and based on bibliographic research the apparent paradox is removed, in view of the inseparability between commodity form and legal form, both linked to the sociability that characterizes the capitalist mode of production, demonstrating that the intent pursued by the interests of capital is precisely the greater fluidity of the workforce that becomes merchandise, without the bonds of the protective legislation that limits exploration.

KEYWORDS: Flexible accumulation - migration - legal form.

1 | NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo objetiva expor como a regulação jurídica, que trata do fluxo de trabalhadores na economia globalizada, funciona como parte de um amplo processo de reestruturação produtiva e de estrutural precarização das relações de trabalho, ditada pelas estratégias neoliberais que, ao manterem o trabalhador migrante na informalidade e à margem da legislação protetiva, convertem a força de trabalho em mercadoria nos moldes da acumulação flexível.

Busca identificar como a normatização jurídica protetiva restrita ao trabalhador migrante formalmente reconhecido — em que

pese a majoritária fatia de trabalhadores informais que acompanham o capital — opera na crescente desconstrução do mercado de trabalho, com a piora progressiva das condições da classe trabalhadora como um todo, que se fragmenta entre trabalhadores nacionais e estrangeiros, formais e informais.

O artigo analisa, ainda, como essa estratégia se insere no mundo do trabalho, no Mercosul e no Brasil, e se aprofunda com as recentes alterações promovidas pela regulamentação da Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017 pelo Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017, que, extrapolando limites do poder regulamentar, repetiu estigmas e óbices presentes no antigo Estatuto do Estrangeiro, de modo a reduzir as possibilidades de migração regular pelos trabalhadores informais.

O interesse científico do estudo e a relevância social do tema se evidenciam pelo recente advento da Nova Lei de Migrações e do Decreto que a regulamentou, buscando analisar em profundidade, os efeitos da exclusão legislativa da parcela informal dos trabalhadores migrantes, aos quais se nega a regularidade migratória.

Em termos metodológicos, trata-se de realizar, em primeiro lugar, uma análise conceitual da reestruturação produtiva no Século XXI e seus efeitos no mundo do trabalho, especialmente no que se refere à movimentação de trabalhadores em um contexto de globalização neoliberal, para, posteriormente, apontar a influencia de tal conjuntura no regramento aplicável ao trabalhador migrante e auscultar os motivos pelos quais o trabalhador informal não é contemplado.

21 A REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA DO SÉCULO XXI E OS FLUXOS MUNDIAIS DE TRABALHO MIGRANTE

Segundo diretrizes firmadas no chamado consenso de Washington (1989), o programa neoliberal logrou consolidação e expansão, com a adoção pelos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, sujeitos ao poder do Fundo Monetário Internacional (FMI) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), de agendas voltadas a “ajustar as economias dos países periféricos às novas exigências dos países centrais ao processo de reestruturação produtiva e de reordenamento dos mercados no plano internacional” (DRUCK, 1999, p. 31).

Tal direcionamento impunha (e impõe) constantes reformas de política econômica: disciplina e reforma fiscal, com vistas à redução e reordenação das prioridades de gasto público; mercado financeiro livre, flexibilização do mercado de trabalho, câmbio competitivo, livre comércio, liberalização da inversão estrangeira direta, privatizações, desregulação e proteção aos direitos de propriedade, para estimular um setor privado eficiente. (RANGEL e GARMENDIA, 2012, p. 46-48, tradução livre)

A reprodução ampliada do capital ganhou contornos globais, com o robustecimento dos processos de concentração e centralização de capitais e com a emergência de novos formatos organizacionais, tais como firmas-rede e processos de subcontratação

em diferentes níveis geográficos, que geraram mudanças nos padrões da concorrência intercapitalista, acirrando a competição, o ritmo das fusões e aquisições e também a desnacionalização das estruturas produtivas de países que não estão no centro desses movimentos (CARLEIAL, 2015, p. 203). Tudo em uma conformação em que é acentuado o caráter oligopólico das estruturas produtivas contemporâneas, com forte poder de marcação de preços, e permanentemente incitadas a se guiar pelos patamares dos rendimentos vigentes nos mercados financeiros.

O trabalho, por sua vez, suportou a influência desse novo ciclo do capitalismo, sofrendo variações nas formas de sua gestão e organização segundo modelos globais informatizados, além da prática de terceirizações globais (sourcing global) e da multiplicação generalizada do modelo japonês (toyotismo) (DRUCK, 1999, p. 31). A informalidade das relações de trabalho também ganhou relevo, ante a redução do binômio taylorismo e fordismo, que deu lugar a formas mais desregulamentadas de labor, reduzindo fortemente o conjunto de trabalhadores estáveis que se estruturavam em empregos formais. (ANTUNES; ALVES, 2004, p. 336)

Simultaneamente, deu-se a globalização das forças produtivas e das relações de produção, ainda que de maneira desigual, contraditória e simultaneamente combinada¹. Nesse panorama em que o capital circula globalmente, também os trabalhadores se movimentam, dando origem a novos movimentos migratórios, não mais limitados ao itinerário havido entre países do ex-Terceiro Mundo para o ex-Primeiro Mundo, (IANNI, 1998, p.28), mas ainda, em menor volume, a outros destinos como os países do Sul Global, caso do Brasil. Mesclam-se, assim, trabalhadores de todas as qualificações, etnias, culturas, línguas, religiões e outras características, como parte da reprodução ampliada do capital², em escala global. (IANNI, 1998, p. 28)

Enquanto para o capital, a diferença acentuada entre os rendimentos e os custos salariais³ entre os países economicamente avançados e regiões menos desenvolvidas constitui importante impulso para a movimentação (IANNI, 2012, p. 5), para os trabalhadores o movimento se dá em direção ao capital, aos lugares onde existam oportunidades de aproveitamento de sua força de trabalho. (MARX, 2017, p. 716).

1 Conforme IANNI, a globalização do capitalismo implica sempre e necessariamente o desenvolvimento desigual, contraditório e combinado. “Desigual”, devido aos desníveis e às irregularidades na realização das forças produtivas e das relações de produção. “Contraditório”, porque leva consigo tensões e atritos entre os subsistemas econômicos nacionais e regionais, enquanto províncias do sistema econômico global. E “combinado”, já que, a despeito das desigualdades de todos os tipos e das contradições também múltiplas, desenvolve-se em geral alguma forma de acomodação, associação, subordinação ou integração, nas quais os pólos dominantes ou mais dinâmicos subordinam, orientam ou administram os “emergentes”.

2 Tal como alerta PELIANO (1990, p. 110), na relação de produção antagonica entre os detentores dos meios de produção e os trabalhadores, “[...] o capital converte a mobilidade da força de trabalho em fator do processo de produção de mercadorias [...]” e, sendo valor, “[...] o capital submete a mobilidade da força de trabalho em fator do processo de produzir mais-valia [...]”.

3 Nos momentos em que trata da produção de mais-valor, Marx parte sempre do pressuposto de que o salário é pelo menos igual ao valor da força de trabalho. Quando ocorre redução forçada do salário abaixo desse valor há uma transformação, dentro de certos limites, o fundo necessário de consumo do trabalhador num fundo de acumulação de capital. (MARX, 2017, p. 675)

O modelo subjacente básico de migração de trabalhadores envolve poder, conflito social e dominação, tanto no que se refere às classes sociais, aos Estados Nação e também às populações, sendo que padrões de migração contemporânea de trabalhadores seguem a mesma lógica que passou a nortear o momento de acumulação flexível, mostrando-se temporários, circulares, responsivos, de riscos calculados e globais, refletindo a instabilidade e a nova estrutura de oportunidades econômicas que emergem do regime capitalista corrente. (SIMMONS, 1991, p.26 – tradução livre)

De fato, tal como observado por Guy Standing, o mercado de trabalho no final do século XX e início do Século XXI é marcado pela flexibilidade, regra característica também presente nos fluxos migratórios, que integram a porção da classe trabalhadora que denomina precariado, destacando algumas características na demonstração de seu argumento (STANDING, 2014, p. 143-145):

1. A migração é propositalmente subnotificada e parcialmente documentada, com a conivência de governos que se valem da invisibilidade de população migrante para favorecer o crescimento econômico a partir da excessiva exploração de trabalhadores, segundo ofertas descartáveis e baixos salários.

Standing cita o exemplo dos Estados Unidos e sua resposta política ambígua quanto ao tema pois, se de um lado não leva adiante iniciativas de criminalização da migração ilegal, de outro obsta reformas que visem regularizar a situação documental de trabalhadores migrantes. A fragilidade da situação migratória de tais trabalhadores, que possibilita sua imediata deportação, força-os a um ritmo de trabalho altamente produtivo e ao seu oportuno descarte em época de recessão. Para o autor, demasiados interesses são beneficiados pelo exército dos migrantes ilegais que não aparecem em estatísticas, e os discursos oficiais mascaram tal panorama pelo argumento de que a legalização colocará em risco a segurança dos cidadãos.

2. A parcela migrante da contemporaneidade é móvel, circular, diferindo de movimentos migratórios verificados em épocas anteriores, como no início do século XX, em que o fluxo buscava fixação dos colonos no local de destino. Atualmente “os circulantes modernos se veem como itinerantes, que se deslocam para assumir empregos temporários, muitas vezes com a esperança de remeter dinheiro a parentes”.

A força de trabalho migrante é vista essencialmente como provisória, temporária e em trânsito (SAYAD, 1998, p. 54), havendo inclusive a percepção de que, em práticas transnacionais, o retorno não é, necessariamente, o fim do projeto migratório, mas muitas vezes sua continuidade (HUNTER, 2011, p. 184).

A exploração da força de trabalho desse contingente de migrantes em condições de informalidade e invisibilidade minimiza os riscos e encargos decorrentes do uso dessa mão de obra e potencializa a percepção de lucros. Nesse particular, STANDING (2014, p. 143) destaca que discursos nacionalistas que afirmam a subtração de empregos ou reduzem segurança dos cidadãos pela legalização de migrantes, ocultam, em realidade, a intenção

dos interesses dominantes, de que os trabalhadores migrantes informais trabalhem ao máximo de suas forças, sob pena de serem dispensados e até deportados, se necessário.

Nesse jogo de conveniências, Standing menciona a especiosa situação em que a produtividade sofre alta repentina, “na medida em que mais pessoas são recrutadas sem aparecer nas estatísticas, e o emprego, misteriosamente, cai menos do que a queda na produção e da demanda nas recessões” (STANDING, p. 143).

Trata-se de uma dinâmica em que os lucros são potencializados e a resistência da classe trabalhadora minada, ante a oposição de trabalhadores estrangeiros e nacionais, concorrentes entre si por escassas vagas em cenários de desemprego estruturalmente alimentado — condição inerente ao capitalismo (MARX, 2017, p. 461).

O quadro ainda se agrava ante a limitada proteção sindical, que normalmente é circunscrita aos limites das categorias de trabalhadores formais e aos lindes do Estado Nacional. Aliás, nesse aspecto, embora a classe trabalhadora sofra mundial e estruturalmente “em decorrência de miríade universal de opressões” a insurgência e os “arranjos imediatos de todas essas lutas se dão a partir dos países em específico”. (MASCARO, 2018, p. 413)

Em um contexto de reestruturação produtiva em que se busca a fluidez do capital e da força de trabalho, as amarras jurídicas que possam afetar essa dinâmica são convenientemente afastadas, especialmente porque o Direito promove regulações quando e se assim impõem os interesses econômicos dominantes ou para harmonizar antagonismos de classe.

Para Pachukanis, o Direito se identifica com a circulação do capital, existindo “uma relação de determinação das formas do direito pelas formas da economia mercantil”. (NAVES, 2008, p. 53) Assim, embora o comportamento das pessoas possa ser regulado pelas mais diferentes regras, o momento jurídico dessa regulamentação começa onde têm início as diferenças e oposições de interesses (PACHUKANIS, 2017, p. 94).

Em outras palavras: se a reestruturação produtiva requer fluidez na circulação da força de trabalho informal e, se não há suficiente conflito de classe a ensejar alterações ou criações legislativas nesse aspecto, o Direito não opõe obstáculos à informalidade, pelo contrário, agrada-se dela.

Segundo a construção argumentativa exposta, diante das conformações impostas pela reestruturação produtiva que delineiam o regramento jurídico, importa analisar o comportamento do Direito (tratados internacionais, normas do Mercosul e legislação nacional) em relação ao trabalhador migrante que se dirige ao Brasil.

3 I (DES) REGULAÇÃO JURÍDICA E TRABALHO MIGRANTE

A preocupação com o trabalhador migrante é usualmente mencionada em normas internacionais. Tal propósito integra os Preâmbulos da Constituição da OIT e Declaração de Filadélfia (1944) e da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais

no Trabalho (1998), bem como as convenções internacionais do trabalho, que, ao serem ratificadas pelos Estados membros, devem ocasionar a implementação de suas disposições na legislação e em políticas públicas.

Além disso, existe um conjunto de princípios e direitos em oito convenções fundamentais⁴, que dizem respeito à proteção de todos os trabalhadores, migrantes ou não, e que devem ser respeitados, promovidos e concretizados por todos os países membros da OIT, dentre eles o Brasil, ainda que tais países não tenham ratificado tais convenções.

Com relação às normas da Organização Internacional do Trabalho – OIT, o Brasil é signatário da Convenção n. 19, que dispõe sobre Igualdade de Tratamento Entre Estrangeiros e Nacionais (Indenização por Acidente de Trabalho); da Convenção n. 102, que dispõe Normas Mínimas da Seguridade Social e da Convenção n. 118, que dispõe sobre Igualdade de Tratamento entre Nacionais e Estrangeiros em Previdência Social. Também o Brasil é parte conveniente da Convenção 97, específica sobre “Trabalhadores Migrantes (Revista)”, de 1949, ratificada pelo Brasil em 1965 e promulgada pelo Decreto no. 58.819, de 14 de julho de 1966.

Uma vez ratificada, a Convenção n. 97 passou a ser fonte formal de direito, gerando para os destinatários direitos subjetivos, de aplicabilidade imediata. Contudo, para fins de aplicação da Convenção n. 97, o artigo 11 estabelece como sendo trabalhador migrante *“uma pessoa que emigra de um país para outro com vista a ocupar um emprego que não seja por sua conta própria; inclui todas as pessoas admitidas regularmente na qualidade de trabalhador migrante”*, inferindo-se, desde logo que se trata de proteção destinada meramente ao migrante que exercem trabalho subordinado (presume-se, formalmente reconhecido) e àquele que possui situação migratória regular.

Dessa proteção, portanto, está excluída a grande massa de trabalhadores migrantes que laboram precariamente na informalidade e ainda aqueles que, por uma razão ou outra, não logram regularizar a documentação de permanência no país. Em estudo específico sobre o tema, aponta a OIT que a precariedade laboral se retroalimenta da maior presença de trabalhadores migrantes, especialmente aqueles em situação migratória irregular, usualmente direcionados para atividades que também contam com maiores níveis de informalidade, tais como as de trabalho doméstico e da construção civil, que apresentam patamares de não formalização superiores a 70%. (OIT, 2016)

4 Quatro categorias formam os princípios e direitos fundamentais no trabalho, que devem ser assegurados a todos os trabalhadores, migrantes ou não e que decorrem das Convenções Fundamentais Convenção 87, de 1948 (Liberdade de associação e Proteção ao Direito de Organização), Convenção 98, de 1949 (Sindicalização e Negociação Coletiva), Convenção 29, de 1930 (Trabalho Forçado ou Obrigatório), Convenção 100, de 1951 (Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres por Trabalho de Igual Valor), Convenção 105, de 1957 (Abolição do Trabalho Forçado), Convenção 111, de 1958 (Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação), Convenção 138, de 1973 (Idade Mínima para Admissão) e Convenção 182, de 1999 (Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação). Tais princípios são: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Importante instrumento internacional a regular e promover a integração regional, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), gestado na década de 1980, adotou, ao longo de sua existência, medidas com o objetivo de facilitar a maior conexão econômica e política, além da mobilidade dos cidadãos entre os diferentes países integrantes do grupo. Cabe destacar, nesse particular, os acordos voltados à documentação para viagens (Decisão CMC N° 14/11); residência (Decisão CMC N° 28/02); à seguridade social (Decisão CMC n. 19/97) e à coordenação educacional⁵. Em decorrência da interpretação e aplicação de tais instrumentos, é dispensada a submissão dos migrantes oriundos do MERCOSUL a processo administrativo de autorização de trabalho perante a Coordenação Nacional de Imigração (CNIG) ou Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). (PALERMO et al, 2015, p. 150).

Não se deduza, contudo, que as normas que preveem a circulação de trabalhadores no MERCOSUL, ocasionam necessariamente proteção ao trabalhador migrante informal. Pelo contrário, trata-se de uma permissibilidade que se limita à circulação e que se dá por força do acordo comercial aviado, para o qual é conveniente que a força de trabalho possa se deslocar sem maiores vicissitudes. Isso se infere especialmente do teor do artigo 1° do Tratado de Assunção que, ao definir mercado comum, não faz referência à livre mobilidade de pessoas em geral, mas sim à *“livre circulação de serviços e fatores produtivos”*, demonstrando que a tolerância é de caráter essencialmente econômico e instrumental.

Além disso, em decorrência do Acordo do Mercosul foram desenvolvidos mecanismos para gerenciar os deslocamentos de outros trabalhadores, por meio do sistema de identificação e controle integrado de fronteiras. Ou seja: instituíram-se novas relações de poder que constituem obstáculos para trabalhadores migrantes não oriundos dos países do Mercosul, pois que são excluídos dos benefícios da livre mobilidade assegurada somente para os cidadãos nacionais dos Estados que compõem o bloco, e não se estendem para outros países. (MODOLO, 2015, p. 587) Excepcionalmente, os cidadãos extrabloco são incorporados de forma limitada através da reunificação familiar, vistos humanitários⁶ e de refúgio (Lei 9497/97) (BRASIL, 1997), e outras providências paliativas, que não elidem a discriminação com base na nacionalidade, que constitui importante fator excludente dos processos de integração. (MODOLO, 2015, p. 587)

No âmbito do Direito nacional, igualmente a produção normativa não se ocupa da proteção ao trabalhador migrante informal, sendo a legislação migratória recente exemplo

5 Com base no Sistema de Acreditação Regional de Cursos de Graduação do MERCOSUL (ARCUSUL), no Sistema Integrado de Mobilidade (SIMERSUL) e em diferentes protocolos, busca-se promover a revalidação dos graus acadêmicos de diferentes níveis dos cidadãos de países membros e associados ao MERCOSUL de modo a favorecer a mobilidade de profissionais que possam de fato atuar no mercado de trabalho (MERCOSUL.GOV).

6 Foi adotada pelo Brasil a política de concessão de vistos humanitários para haitianos (Resolução 97 de janeiro de 2012, Ministério do Trabalho/Conselho Nacional de Imigração) e para sírios (Resolução Normativa 17/2013 dos mesmos órgãos e 20/2015 que a prorrogou por 2 anos). Tal iniciativa, nos dizeres de José Antônio Peres Gediel e Melissa Casagrande (2015, p. 99), constituiu criação inovadora, na medida em que se destina “a pessoas que precisam de proteção em virtude de causas ambientais e (ou) desastres naturais, conforme os princípios estabelecidos na Declaração de Cartagena de 1984, que define uma política humanitária regional, no âmbito dos países latino-americanos”.

emblemático de tal assertiva.

Em novembro de 2017, entrou em vigor a chamada Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), que substituiu o Estatuto do Estrangeiro anteriormente vigente (Lei n. 6.815/80), e adotou um vetor mais progressista, direcionando a questão migratória para a perspectiva da centralidade dos direitos humanos, na busca de uma adequação às normas internacionais que regulam a matéria.

Com relação aos trabalhadores migrantes que vêm ao Brasil, a nova legislação trouxe relativos avanços em diversos pontos atinentes ao trato migratório, mas também manteve obstáculos concretos dirigidos a uma priorização de acolhimento ao trabalhador migrante formalmente contratado.

Isso se exemplifica pelo conteúdo do artigo 14, inciso I, alínea “e”, que condiciona a concessão de visto temporário para trabalho ao migrante, “desde que comprove oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no País”, sendo dispensada a exigência se o migrante comprovar titulação em curso de ensino superior ou equivalente. No mesmo sentido o conteúdo do artigo 30, II, “b”, que condiciona a autorização de residência ao migrante que seja detentor documento comprobatório de “oferta de trabalho”.

Considerando que grande parte dos trabalhadores migrantes exerce atividade informal e autônoma e se dirige ao Brasil em busca de oportunidades de labor⁷, condicionar o visto temporário de trabalho e a autorização de residência à apresentação de documento formal de oferta de trabalho por pessoa jurídica é medida que exclui os trabalhadores migrantes informais que se encontram em uma situação fragilizada e que não poderão suprir a exigência documental.

As restrições que atingem o trabalhador informal e que integram a Lei de Migração foram ampliadas pelo Decreto 9.199 de 20 de novembro de 2017, de autoria do então Presidente Michel Temer, em texto duramente criticado por especialistas e organizações que atuam na defesa dos direitos dos migrantes (RAMOS, CLÈVE, et al., 2017, s/n).

Dentre as críticas dirigidas ao Decreto Regulamentar estão (i) a confusão entre justiça criminal e migração quando condiciona o acesso ao direito de migrar à ausência de antecedentes penais e condenação penal; (ii) ao contrário da lei de Migrações, que garante a não criminalização de migrantes por sua condição migratória, prevê a prisão de migrantes devido à sua condição migratória; (iii) inclusão de previsão de prisão para fins administrativos, prática vedada pela Constituição Federal; (iv) não estabelece parâmetros sobre as condições, prazos e requisitos para a emissão do visto humanitário; (v) cria um sistema complexo e intrincado de tipologias de vistos e residências, atrelando o acesso a documentos às motivações, ocupações e condições limitadas e provisórias; além de outras.

Mencionado decreto, além de se valer do conceito de migrante clandestino,

⁷ Segundo estudo divulgado em 2017, pela OIT no Brasil, intitulado “Inserção Laboral de Migrantes Internacionais: transitando entre a economia formal e informal no município de São Paulo”, pode-se constatar que “Do estoque de migrantes internacionais nos municípios do Estado de São Paulo, nota-se expressivo número de municípios com proporções acima de 50% de trabalhadores migrantes na informalidade”. (OIT, 2018, p. 36).

claramente ensejador de estigma, impôs obstáculo ainda maior à vinda lícita de pessoas que se dirigissem ao país na busca de trabalho, na medida em que definiu que a oferta de trabalho seria “caracterizada por meio de contrato individual de trabalho ou de contrato de prestação de serviços” (artigo 38, I). Percebe-se aqui claro excesso do poder regulamentar, pois um contrato de trabalho não constitui uma oferta de trabalho, mas a concretização do ato em si, a partir da celebração de um ajuste trabalhista ou de prestação de serviços autônomos.

Seja nas normas internacionais, seja no arcabouço normativo nacional, evidencia-se a proposital exclusão de previsões efetivamente dirigidas ao trabalhador migrante informal, havendo claros sinais de que há uma razão econômica não explicitada para que essa força de trabalho circule sem grandes obstáculos e que não seja objeto de efetiva proteção.

Portanto, é meramente aparente o paradoxo entre as aspirações de proteção ao trabalhador migrante estabelecidas em abstrato pelas normas internacionais e os comandos legislativos especificamente incidentes, pois mesmo as previsões programáticas se acautelam de excluir de trabalhadores informais de qualquer tutela jurídica. As formas do direito que tratam do trabalho migrante possuem intimidade com as determinações de circulação ditadas pela economia mercantil, não se verificando conflitos de classe que reclamem, para o bem do capital, regulamentação jurídica que pacifique as oposições de interesses.

4 | À GUIA DE CONCLUSÃO: A BUSCA DO CAPITAL PELO LIVRE CIRCULAR

Os movimentos migratórios laborais da atualidade refletem o contexto de acumulação flexível ditado pela economia neoliberal globalizada. O sistema sócio metabólico formado pelo tripé capital, Estado e trabalho assalariado (MÉSZÁROS, 2002, p. 576), além de revolucionar de modo constante a divisão do trabalho no interior da sociedade, não cessa de jogar “de um ramo de produção para outro massas de capital e massas de trabalhadores” e ocasionar, a um só tempo, a variação do trabalho, a fluidez da função, a mobilidade onidimensional do trabalhador (MARX, 2017, p. 557).

As mais distintas relações na sociedade de produção mercantil assumem a forma das relações de troca comercial e, por conseguinte, conservam-se na forma do direito. (PACHUKANIS, 2017, p. 94). Assim como Marx, que vislumbrou a existência de uma forma mercadoria específica do modo de produção capitalista, Pachukanis observou a indissociabilidade entre forma mercadoria e forma jurídica, ambas vinculadas à sociabilidade que caracteriza o modo de produção capitalista.

Trazendo tais abstrações à concretude do contexto neoliberal de reestruturação produtiva, infere-se que o intento perseguido é justamente a maior fluidez da força de trabalho que se converte em mercadoria (MARX, 2017, p. 242), sem os incômodos obstáculos das restrições protetivas ao trabalhador. Afinal, os limites impostos pela legislação protetiva à exploração da força de trabalho sabidamente aumentam os custos

inerentes do processo e minimizam a extração de mais valor, evidenciando o motivo pelo qual a forma jurídica, ditada em um ambiente de acumulação flexível, não se ocupa da grande massa de migrantes informais que se deslocam na busca de oportunidades de labor.

Os limites estabelecidos pela regulação estatal à exploração do trabalho foram historicamente construídos a partir da luta de classes. A dificuldade para que se construa uma legislação efetivamente protetiva à parcela de trabalhadores migrantes informais decorre da insuficiência das resistências da classe como um todo, ante a oposição entre trabalhadores nacionais e internacionais na concorrência pelo trabalho e aos moldes sindicais inadequados, porque restritos aos trabalhadores formais e circunscritos aos limites do Estado Nacional.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, R. ALVES, G. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. **Revista Educação & Sociedade**, Campinas, v. 25, n. 87, p. 335-351, Agosto, 2004.

CARLEIAL, L. M. da F. Política econômica, mercado de trabalho e democracia: o segundo governo Dilma Rousseff. In: **Estudos avançados**. São Paulo, v. 29, n. 85, p. 201-214, dez. 2015.

DRUCK, M. da G. Globalização e reestruturação produtiva: o fordismo e/ou japonismo. In: **Revista da Economia Política**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 31-48, abr./jun. 1999.

IANNI, Octávio. A globalização do movimento operário. **Revista Novos Rumos**, n. 22 (9), Marília/SP: 2012, p. 4-9.

IANNI, Octavio. Globalização e neoliberalismo. **Revista São Paulo em Perspectiva**, 12(2) 1998, p. 27-32.

DRUK, Maria da Graça. Globalização ou reestruturação produtiva: o fordismo e/ou japonismo. **Revista de Economia Política**, v. 19, n. 2 (74), abril-junho 1999, p. 31-48.

HUNTER, A. Theory and practice of return migration at retirement: the case of migrant worker hostel residents in France. In: **Population, Space and Place**, Wiley On Line Library, v. 17, n. 2, p. 179-192, 2011.

STANDING, G. **O precariado: a nova classe perigosa**. 1. ed. Tradução de: ANTUNES, C. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014 (Invenções Democráticas, v. IV). 285 p.

KREMER, Antonio; FARIA, José Henrique de. Reestruturação produtiva e precarização do trabalho: o mundo do trabalho em transformação. **Revista de Administração - RAUSP**, vol. 40, núm. 3, julho-setiembre, 2005, pp. 266-279 Universidade de São Paulo São Paulo, Brasil

MÉSZÁROS, István. Para além do capital: rumo a uma teoria da transição. São Paulo: Boitempo, 2002. (Coleção Mundo do Trabalho).

PALERMO, G.; OLIVEIRA, A.T. e LOPES, J. Conceitos e Notas Metodológicas – CGI/CNIG, RAIS, Censo Demográfico (IBGE). In: **A inserção dos imigrantes no mercado de trabalho brasileiro**, v.1, n.2, Dossiê Especial. OBMigra, Ed. Especial: Brasília, 2015

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida; revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1.ed. – São Paulo: Boitempo, 2017. 222 p.

MARX, K. **O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital**. 2. ed. Tradução de: ENDERLE, R. São Paulo: Boitempo, 2017a. 894 p.

MASCARO, A. L. **Crise e golpe** 1. ed. São Paulo: .Boitempo, 2018. E-book. 4552 p.

MODELO, V. O Mercosul Importa. A Política Regional de Mobilidade Territorial. **Revista Contexto Internacional**. Rio de Janeiro , v. 37, n. 2, p. 571-595, Aug. 2015 .

NAVES, M. B. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008. 183 p.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Inserção laboral de migrantes internacionais: transitando entre a economia formal e informal no Estado de São Paulo**. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilobrasilia/documents/publication/wcms_615540.pdf. Brasília: OIT, 2018.
ISBN 978-922-830797-9 (web pdf). Acesso em 25 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes: Lagunas y desafíos en matéria de protección en 5 países de América Latina y el Caribe / Organización Internacional del Trabajo**. Oficina de la OIT para el Brasil. Brasília: OIT, 2016.
ISBN: 9789223312190; 9789223312206 (web pdf) Acesso em 25 jun 2020.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais. **Revista Estudos Avançados**. São Paulo , v. 20, n. 57, p. 7-24, Aug. 2006

PELIANO, J. C. **Acumulação de trabalho e mobilidade do capital**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990. 155 p.

RAMOS, A. de C.; RIOS, A.; CLÈVE, C. et al. **Regulamento da nova Lei de Migração é contra legem e praeter legem**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opinioo-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>> Acesso em 18 jun. 2020.

RANGEL, R. M.; GARMENDIA. E. S. R. El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. In **Política y Cultura**, primavera 2012, n. 37, p. 35-64.

SIMMONS, A. B. Explicando la migración: la teoría em la encrucijada. In **estúdios Demográficos y Urbanos**. v. 6, n. 1, jan-abr 1991, p. 5-31.

SAYAD, A. **A imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, 304 p.

DIREITO A AFETIVIDADE COMO REGULADOR DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E INFLUENCIADOR SOCIAL

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 05/06/2020

Melyssa Mendonça Araújo

Universidade Regional do Cariri/URCA
Iguatu/CE
<http://lattes.cnpq.br/4546275152214727>

Renan Nogueira de Oliveira

Universidade Regional do Cariri/URCA
Iguatu/CE
<http://lattes.cnpq.br/3214612821548221>

Sávio de Oliveira Gonçalves

Universidade Regional do Cariri/URCA
Iguatu/CE
<http://lattes.cnpq.br/7591949544996294>

RESUMO: O presente trabalho relata desde aspectos históricos e legislativos até circunstâncias cotidianas, passando por comparações regionais e estrangeiras quanto ao Ordenamento Jurídico Brasileiro e as diversas sociedades que compõe o cenário mundial, frente a novidade do Direito a Afetividade, pautado implicitamente no Estatuto da Criança e do Adolescente com desdobramentos no Direito Constitucional, Internacional, de Família e de Sucessões. Por meio de estudos bibliográficos e conversações sobre o tema foi possível realizar uma análise buscando demonstrar que a afetividade é parte integrante e formadora da personalidade da criança e do adolescente, compondo seu aprendizado, desenvolvimento e conceituação de valores.

PALAVRAS-CHAVE:

Afetividade.
Personalidade. Criança. Adolescente.
Sociedade.

THE RIGHT OF AFFECTIVITY AS SOCIAL INFLUENCER AND REGULATOR OF THE CHILDREN'S AND ADOLESCENT'S PERSONALITY

ABSTRACT: This present article, reports from historical and legal features to daily circumstances, going through the regional and foreign comparison in relation with the Brazilian Legal Order and the many societies the integrates the world community, facing the innovation of the Right to Affection, based implicitly in the Children's and Adolescent's Statute with development by the Constitutional Right, International, of Family and Succession. By bibliographic studying and reasoning about the theme, made it possible to realize a analysis, objectivating to demonstrate that affectivity it's a integrative and originator part of the children's and the adolescent's personality, composing it's learning, development and it's conception of values.

KEYWORDS: Afetivity. Personality. Children. Adolescent. Society.

1 | INTRODUÇÃO

A proteção das crianças e adolescentes vem se tornando causa de preocupação e o ordenamento jurídico deve se adaptar para assegurar direitos relacionados, principalmente, ao seu desenvolvimento, pois

é nítida a vulnerabilidade deles, seja essa vulnerabilidade física ou moral.

Ao longo dos anos, a imagem das crianças e dos adolescentes foi se transformando e evoluindo, e à medida que novos estudos eram realizados fomos deixando de enxergá-los como “pequenos adultos”, logo, os direitos básicos para lhes garantir dignidade eram necessários e indispensáveis, mas não eram e, continuam não sendo, suficientes.

Por conta disso, foi preciso que a comunidade internacional os reconhecesse como pessoas em desenvolvimento e assim sendo, detentoras de direitos que garantissem seu crescimento adequado, em todos os seus níveis. Portanto, as garantias, que auxiliam o crescimento exemplar das crianças e dos adolescentes, deixaram de ter o cunho estático e passaram a ser um direito inerente e necessário, sendo de grande valia.

2 | OBJETIVO

Analisar e discutir aspectos do direito a afetividade inerentes ao desenvolvimento da criança e do adolescente e como isso influencia a sociedade.

3 | METODOLOGIA

O trabalho foi realizado, através do método dedutivo da abordagem da temática, partindo de uma análise mais abrangente para o caso mais específico. Tendo natureza de pesquisa básica, e natureza teórica, como forma de aumentar o conhecimento à respeito da temática e auxiliar o campo científico na área.

O procedimento técnico utilizado se caracteriza como bibliográfico, com pesquisas em livros, artigos, entre outros meios que possam agregar no embasamento teórico. A abordagem, é qualitativa, estudando dados concretos com base no objetivo do trabalho.

4 | HISTÓRICO

Vários direitos surgiram e foram consagrados para assegurar dignidade à criança e ao adolescente, classe vulnerável e hipossuficiente, em suas relações jurídicas e sociais. Dentre os direitos que surgiram, um está diretamente relacionado ao desenvolvimento desses indivíduos: o direito ao afeto.

Nas sociedades antigas, como Grécia e Roma, a criança e o adolescente eram considerados como meros objetos (res) pertencentes ao Estado ou a família, representado pela figura masculina (pátrio poder), sendo tidos como figuras incompletas e que somente com o passar do tempo é que sua imperfeição iria sendo perdida, ressalta-se que essa perda se dava unicamente por questões ético-religiosas (CORRAL, 2004).

No Brasil, apesar da sua formação histórico-social se dar em época distinta da mencionada acima, as crianças também não possuíam quase valor algum, sendo consideradas como um pouco superiores aos animais. Elas trabalhavam em atividades não

condizentes com sua faixa etária, realizando trabalhos penosos, insalubres e perigosos, algumas possuindo expectativa de vida baixíssima. Fica claro que não existia proteção aos direitos mais básicos das crianças e adolescentes, e o direito ao afeto sequer era mencionado nesse período. (RAMOS, 2010).

Aos poucos, a criança e o adolescente passam a ser vistos sobre uma nova ótica pela sociedade e pelos legisladores, deixando de serem meros sujeitos passivos das decisões de outrem e passando também a serem detentores de direitos e garantias fundamentais (MARTINS, 2004).

Até o início do Brasil República não existiam políticas públicas voltadas para eles, a assistência era prestada por entidades filantrópicas e religiosas, como era o caso da Santa Casa de Misericórdia que amparava crianças abandonadas. Depois surgiram diplomas legais relacionados a educação e ao trabalho, todavia, sem dar a cobertura essencialmente necessária ao desenvolvimento deles. À medida que o tempo passava, eram criados mais mecanismos visando assegurar-lhes direitos, como o Código de Menores, em 1927, que buscava protegê-los de situações de vulnerabilidade.

O direito ao afeto nem sempre foi reconhecido como um direito propriamente dito, sendo tratado durante muito tempo apenas como algo de cunho sentimental. Com a evolução do ordenamento jurídico, o afeto passou a ser considerado direito da personalidade e degrau de crescimento. (CABRAL, 2009)

Depois da conquista de tantos direitos, é possível dizer que atingiu-se a proteção à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, onde assegurou direitos materiais, como o trabalho, saúde e alimentação, bem como direitos imateriais, como é o caso do Direito ao Afeto. (CABRAL, 2009)

Com o surgimento de uma nova ordem constitucional e com a evolução da legislação brasileira para a realização dos objetivos previstos nela, o direito ao afeto foi pautado com mais ênfase, o que possibilitou os meios para sua verdadeira efetivação.

5 | INFLUÊNCIAS EXTERNAS

Apesar de ser pacífico o entendimento de que crianças e adolescentes, por suas características de vulnerabilidade, necessitam de um cuidado maior quanto aos seus direitos e princípios garantidores, sempre teremos aspectos que variam de uma sociedade para outra interferindo em como algo é recepcionado.

O processo de adequação legislativo e social refere-se a maneira pela qual um instrumento normativo diverso é aceito e reorganizado para integrar e gerar efeitos no campo nacional. Os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, assim como ocorrem com todos os outros temas legislados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem

completa relação com a maneira que outros países inserem seus temas relevantes em suas respectivas legislações. (TAVARES, 1987)

Isso porque, conforme os efeitos são vistos em outros ordenamentos e há uma acentuada modificação local, fazendo-se necessária a implementação de uma determinada política pública, as questões atinentes àqueles ordenamentos são introduzidas no nosso. Contudo, tendo em vista as diferenças entre os sistemas normativos, dúvidas surgem sobre os novos temas. A respeito da temática da criança e do adolescente, os nacionais podem questionar-se sobre quem são eles e quais medidas protetivas são essenciais ao seu crescimento digno ou, qual é o nosso papel em sua criação e o que realmente fazemos ou, ainda, se a violência, a ira e o furor não conseguiram resolver nossas questões, por qual motivo não agimos afetuosamente? (CABRAL, 2009)

Portanto, a seguir, será mostrado em formato de tabela, para uma melhor visualização, respectivamente, dados retirados do relatório do *Programme for International Student Assessment - PISA*, do ano de 2018, bem como o resumo estatístico de índices referentes a educação por regiões brasileiras, elaborado pelo MEC, em 2018 e o índice mundial de desenvolvimento humano de 2018, elaborado pela ONU. O objetivo primordial é buscar compreender como essas variáveis podem influenciar no modo pelo qual crianças e adolescentes vivem, ou sobrevivem.

Matéria	Pontuação Média Mundial	Pontuação do Brasil
Ciências	489	404
Leitura	487	413
Matemática	489	384

Tabela I – Relatório do PISA

Fonte: Programme for International Student Assessment, 2018.

Região	Total	Ano Inicial	1° A	2° A	3° A	4° A	5° A	6° A	7° A	8° A	9° A
Brasil	1,5	0,7	0,7	0,4	0,7	0,8	0,8	2,5	2,4	2,3	2,5
Norte	2,8	1,6	1,6	1,2	1,6	1,7	2,1	4,3	4,5	4,1	4,6
Nordeste	2,2	1,1	1,0	0,7	1,2	1,3	1,5	4,1	3,8	3,5	3,2
Sudeste	0,8	0,4	0,4	0,3	0,3	0,3	0,3	1,3	1,4	1,5	1,8
Sul	0,8	0,2	0,2	0,1	0,2	0,2	0,3	1,2	1,4	1,5	1,8
Centro-Oeste	0,8	0,3	0,3	0,3	0,2	0,3	0,4	1,2	1,4	1,5	1,8

Tabela II – Taxa (%) de abandono escolar por ano letivo por região brasileira, em 2018.

Fonte: Sinopse Estatística – MEC/Inep/Deed.2018.

Posição	País	Índice
1°	Noruega	0,953%
2°	Suíça	0,944%
3°	Austrália	0,939%
79°	Brasil	0,759%
188°	Rep. Cent. Africana	0,367%
189°	Níger	0,354%

Tabela III – Índice Mundial de Desenvolvimento Humano em 2018.

Fonte: Organização das Nações Unidas, 2018.

Ao se analisar as tabelas I e III, que exibem dados sobre a educação brasileira e o IDH mundial é possível encontrar informações que nos mostram como o Brasil está, nos dias atuais, quando comparado a países desenvolvidos e a outros em desenvolvimento. As posições ocupadas pelo Brasil, respectivamente, nas áreas de educação (I) e IDH (III), bem como a análise histórica de inserção do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Direito a Afetividade nos mostram o quão importante é tal direito para os jovens que vivem em um país tão favorecido, mas ainda em estágio de desenvolvimento com enorme déficit.

A evasão escolar de alunos do 9° ano do ensino fundamental chegou a quase 5% do total de alunos na região Norte em 2018 (tabela II), esse índice é alarmante e merece ainda mais destaque quando se é observado que não é um número isolado. As regiões brasileiras possuem uma permanência nessas taxas e segundo dados do Ministério da Educação esse número cresce bastante quando se trata da evasão escolar no Ensino Médio. O questionamento que reverbera é: onde estão os responsáveis por essas crianças?

Incentivo e afeto dos pais ou responsáveis fariam com que a aprendizagem fosse mais acessível, embora as condições sejam completamente inapropriadas e desgastantes. Com o apoio dos seus responsáveis e sentindo que são amados e valorizados, os alunos teriam prazer em aprender e os pais grande retorno em ajudar. (CABRAL, 2009)

É possível ainda analisar diversos outros quesitos, tais como geografia, escolaridade de pais e profissionais, renda e investimentos estatais. Todos eles e, outros tantos, continuariam com o mesmo raciocínio que o já iniciado.

6 I A APRENDIZAGEM DA CRIANÇA E A IMPORTÂNCIA DO AFETO

O desenvolvimento humano começa do nascimento e segue até sua fase adulta, isso é de conhecimento geral, vez que, desde os primeiros anos de vida as crianças são estimuladas a realizar as ações cotidianas e básicas, que se repetirão ao longo dos anos. Observe então, que logo nos primeiros anos, a criança aprende a andar e a falar, isso não ocorre simplesmente por fatos da natureza, como ocorreria com animais na selva, mas isso acontece por que existe o estímulo das pessoas ao redor do bebê.

O desenvolvimento da criança e do adolescente possui 6 fases, cada uma delas se distinguindo uma das outras e apresentando características únicas à respeito da forma como os menores aprendem. Portanto, pode-se confirmar que somente com o fim da adolescência é que finalmente se firma a personalidade e intelecto, afinal, a próxima fase seria a adulta, não impedindo que novos saberes sejam adquiridos, porém a psique já estará formada. (PIAGET, 1999)

Durante a primeira infância, entre os 2 e 7 anos, as crianças desenvolvem a linguagem e aprendem como uma esponja, isso é, os movimentos e sons emitidos pelos adultos ou até mesmo crianças mais velhas são copiadas durante a infância e continuam a ser reproduzidas como suas próprias ações. O fato de que a criança copie as ações dos adultos, está relacionado a forma como ela enxerga alguém superior, como os pais, que são maiores e mais fortes, logo, para espelhar isso, os movimentos e palavras dos adultos são copiados.

Dessa forma, a afetividade se demonstra essencial para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Durante a primeira infância, o afeto surge de forma simples, como resposta às necessidades delas, dessa maneira, se a resposta é positiva, a pessoa a qual a criança se apegar terá mais vontade em retribuir os pedidos e espelhar as ações das pessoas por quem têm afeto. (PIAGET, 1999)

Contudo, é na segunda infância que realmente a vontade do pequeno se torna mais forte, pois, durante a primeira infância a vontade é decorrente do simples fato de se querer fazer, mas entre os 7 aos 12 anos de idade, a criança desenvolve sua moral com base na afetividade e conhecimento das regras passadas pelos mais velhos, respeitando a hierarquia, então:

Quando um dever é momentaneamente mais fraco que um desejo definido, ela restabelece os valores segundo sua hierarquia anterior e postula sua conservação ulterior, fazendo, assim, primar a tendência de menor força, reforçando-a. (PIAGET, 1999, p. 57)

Entre outras razões, é possível notar a importância da afetividade para as crianças e adolescentes como forma de garantir plenamente seu bom desenvolvimento educacional, moral, emocional, intelectual e espiritual, para que se possa chegar a fase adulta da forma adequada. O que enfatiza a necessidade desse direito reservado aos menores.

7 | DIREITO AO AFETO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS DIAS ATUAIS

O direito ao afeto, relacionado à criança e ao adolescente, como já demonstrado, está diretamente relacionado ao seu desenvolvimento, podendo causar danos na formação psicossocial, caso não seja assegurado. Na rotina contemporânea, compreendida como

aquela inserida a partir do século XIX, sobra cada vez menos tempo para cuidar dos aspectos inerentes a formação de crianças e adolescentes por parte de suas famílias, sem falar das modernas constituições de família que temos na atualidade, sendo marcadas por diversas espécies de união. (TAVARES, 1987)

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em resguardar os direitos da criança e do adolescente também no que diz respeito ao afeto. E, em seus artigos 226 e 227, trouxe disposições específicas para proteção de crianças, adolescentes e jovens. Para regulamentar tal matéria, foi editada a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que por sua vez, em vários dispositivos, consagrou a importância do afeto nas relações envolvendo crianças e adolescentes, por si, entre si e entre seus pais, servindo como premissa para resguardo dos direitos a eles garantido.

Por isso, a jurisprudência atual também está posicionada no sentido de conceder proteção aos menores, consagrando o direito ao afeto como uma verdadeira garantia constitucional. Nesse sentido, já decidiu o STJ em seu REsp: 1663137 MG 2017/0068293-7. Sendo direito fundamental que abrange a criança e ao adolescente.

De forma clara, a legislação, doutrina e jurisprudência atuais, acolhem o direito ao afeto, como alicerce indispensável para uma total proteção da criança e do adolescente, assegurando, assim, a construção desses indivíduos como pessoas com sua dignidade humana assegurada, havendo ênfase em sua condição de vulnerabilidade e estado de personalidade em desenvolvimento.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da preocupação que surge com o desenvolvimento pleno das crianças e adolescentes, significativas mudanças ocorrem e são introduzidas ao Ordenamento Jurídico vigente. Após 30 anos da introdução do Estatuto da Criança e do Adolescente ao nosso Ordenamento, e, com o auxílio de vários outros instrumentos legais, ainda nos deparamos com a realidade cruel que centenas de jovens enfrentam. Isso, contudo, não diminui a força do Estatuto, mas demonstra que precisamos atuar mais.

O Direito a Afetividade e suas consequências agem de maneira significativamente importante em todo o contexto do país e do mundo, buscar avançar em sua difusão deve ser o foco inicial. Entregar, por meio de instrumentos jurídicos, condições dignas à criança e ao adolescente não deveria ser visto como algo terceirizado. Viver em condições dignas, cercados por amor afeto e proteção ensina muito mais do que se pode imaginar.

Os dados atuais ainda são insuficientes para se poder dizer que o mundo dispõe de mecanismos eficientes de proteção e dignidade feitos para crianças e adolescentes, mas se for mantido o empenho a cumprir aquilo que é de responsabilidade coletiva: acarretará uma melhora na educação, redução dos níveis de violência, desigualdade e pobreza e por consequência, posicionará a sociedade cada vez mais perto da paz social. Isso não é

ficção, é preciso planejamento e atuação para, a partir da afetividade, atingir tais objetivos e garantir uma vida digna a todos, inclusive, aos nossos jovens.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out. de 1988, Brasília, DF, out. 1988.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. 2009. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caocc/dirFamila/artigos/01.afetividade.como.fundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf>>. Acessado em: 30 de maio de 2020.

CORRAL, Alaéz Benito. **Minoría de edad y derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (Ministério da Educação. Brasil.). **Indicadores Educacionais**. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/web/guest/indicadores-educacionais>>. Acessado em: 04 de junho de 2020

MARTINS, Rosa Cândido. **Poder paternal VS autonomia da criança e do adolescente? Lex familiae**. Revista Portuguesa de direito da família. Portugal, a. 1, n.1, p. 1-8, 2004.

PIAGET, Jean. **Seis Estudos de Psicologia**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

RAMOS, Fábio Pestana. **A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI**. In PRIORE, Mary Del (org.). História das crianças no Brasil. 7 ed. São Paulo: Contexto, 2010, p.19-54.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1663137 MG 2017/0068293-7**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ 15/08/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/491774985/recurso-especial-resp-1663137-mg-2017-0068293-7>>. Acesso em: 14 out. 2018.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. **A utilização do direito comparado pelo legislador**. Rio de Janeiro: FGV, 1987. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60146/58463>>. Acessado em: 01 de junho de 2020.

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O (DES) ACESSO À JUSTIÇA DO IDOSO NO BRASIL

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 20/06/2020

Keite Crisóstomo Bezerra

Fundação Universidade Federal de
Rondônia
Porto Velho – Rondônia
<http://lattes.cnpq.br/6984552286978054>

Carolina Yukari Veludo Watanabe

Fundação Universidade Federal de
Rondônia
Porto Velho – Rondônia
<http://lattes.cnpq.br/5070373341032103>

RESUMO: Este artigo propõe uma breve análise acerca do histórico de descaso com os direitos das pessoas idosas e da relevância de se pensar nestes direitos frente ao envelhecimento populacional e a revolução nos sistemas processuais por meio das inovações tecnológicas. A partir dessa análise é apresentado o dilema existente entre os avanços que se deram com a implantação e desenvolvimento do Processo Judicial Eletrônico nos Tribunais de Justiça brasileiros e a relação com a violação do direito de acesso à Justiça de forma autônoma e integral do idoso jurisdicionado. Para concepção desse trabalho foi utilizada uma abordagem qualitativa a partir da técnica de revisão bibliográfica. Por fim, chama-se a atenção às necessárias adequações do sistema, com o objetivo de minimizar as violações do direito ao acesso à Justiça dos idosos jurisdicionados.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça, processo eletrônico, idoso.

ELECTRONIC JUDICIAL PROCESS AND THE (NON) ACCESS TO THE JUSTICE OF THE ELDERLY IN BRAZIL

ABSTRACT: This article proposes a brief analysis about the historical disregard for the rights of the elderly, and the relevance of thinking about these rights in the face of population aging and the revolution in through technological innovations. Based on this analysis, the work presents the dilemma between advances that have taken place with Electronic Judicial Process implementation in the Brazilian Courts of Justice and the violation of the right of access to Justice autonomously and integrally to the elderly in the jurisdiction. It was used a qualitative approach based on the literature review technique. Finally, attention is drawn to the necessary adjustments to the system to minimize violations of the right of access to justice for the elderly under jurisdiction.

KEYWORDS: Access to Justice, electronic process, elderly.

1 | INTRODUÇÃO

As diversas transformações nos modos de transmissão de informações processuais trazem formas inovadoras de se relacionar com o processo judicial. A implantação do sistema denominado Processo Judicial Eletrônico se destaca pela ruptura com os autos físicos, trazendo a promessa de economia e agilidade no processamento de demandas judiciais (PAULA, 2014).

Contudo, como é comum as mudanças, nem sempre todos os atores envolvidos estão aptos a lidar com as modificações que surgem, e é a partir desse paradoxo que a análise do acesso ao processo judicial eletrônico (PJe) torna-se necessária, posto que a imposição de exclusividade do uso deste sistema para que se tenha acesso aos autos pode causar um “(des)acesso” à Justiça em algumas situações.

Considerando o crescimento demográfico da população idosa brasileira, que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas é um país envelhecido (IBGE, 2018), a imposição de um sistema completamente eletrônico quando visto da perspectiva do idoso no Brasil pode revelar situações desfavoráveis ao acesso à Justiça.

O exame desta situação é de suma importância, e constitui o vetor principal que justifica essa análise, posto que é imperioso que se garanta o pleno gozo do direito humano primordial de acesso à Justiça às pessoas idosas e que esse se faça de modo adequado e em igualdade de condições com os outros cidadãos.

Assim, são necessários os questionamentos: o Processo Judicial Eletrônico (PJe) pode ser considerado um obstáculo ao acesso à Justiça às pessoas idosas? Como garantir o pleno acesso à Justiça ao idoso, frente ao avanço do Processo Judicial Eletrônico (PJe)?

Baseada em revisão bibliográfica e análise de dados relacionados ao problema dessa pesquisa, busca-se estabelecer se há obstáculos ao acesso à justiça a pessoa idosa no Brasil em decorrência da implantação do sistema PJe. Com isso, esse trabalho busca dar visibilidade a necessidade de se pensar na adequação das ferramentas jurisdicionais, visando a crescente população idosa do Estado e suas particularidades.

Para tanto será ponderada na primeira seção a preocupação tardia do Estado com os direitos do idoso e o crescimento demográfico dessa parcela da população, após será realizado um levantamento sobre alguns dos principais aspectos relativos ao processo judicial eletrônico; para na seção seguinte estabelecer como a implantação do PJe afeta o direito de acesso à justiça a pessoa idosa; por fim é feita uma breve conclusão da análise realizada.

2 | A PREOCUPAÇÃO TARDIA ESTATAL COM O IDOSO E ENVELHECIMENTO POPULACIONAL

As pessoas e suas relações sociais são a fonte primeira de todo direito positivado, sendo por meio destas e de suas constantes evoluções que o legislador é compelido a regular as formas adequadas de convívio para que se promova o bem-estar da sociedade regulada como um todo.

O Estado como ente soberano, tem como seu principal fundamento e valor supremo a dignidade da pessoa humana, o qual toma como base positivada para sua efetivação os objetivos fundamentais expostos com clareza no artigo 3º, incisos de I a IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme segue transcrito:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tais objetivos fundamentais do Estado brasileiro estabelecem a garantia constitucional da inclusão social, tarefa esta que o legislador constituinte destinou ao Estado Democrático de Direito, o qual tem o dever de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (COCURUTTO, 2008, p. 21).

Contudo, numa sociedade plural formada por abismos entre os diferentes atores sociais, tais deveres se tornam deveras um grande e complexo desafio, já que num mesmo espaço territorial coexistem grupos privilegiados e outros em diversas situações de vulnerabilidade social (CEDENHO, 2014).

Exemplo relevante desses grupos em situação de vulnerabilidade é o dos idosos, que historicamente e ainda hoje é um complexo desafio ao legislador e ao Estado Democrático.

Prova disso é que apenas na Constituição Federal de 1988 houve a previsão de modo expreso, da proteção da pessoa idosa, havendo nas constituições anteriores apenas referência a pessoa idosa e à previdência social em decorrência de “velhice”. E somente após o país completar quinhentos anos é que foi criada uma lei que ampara os idosos brasileiros, denominada de Estatuto do Idoso, materializada pela Lei nº 10.741/03 (ANDRIGHI, 2004, p.1).

Assim, o lapso temporal para a regulamentação legal de tal grupo vulnerável deixa claro o desafio que é a efetivação dos direitos de tal parcela da sociedade, seja pela singularidade, falta de empenho dos legitimados ou pela não priorização de proteção aos idosos. Paradoxalmente ao descaso, esta é a parcela da sociedade que mais cresce, como visto a seguir.

As projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, revela que a população brasileira tem tendência ao envelhecimento, sendo que em apenas 20 anos a população

idosa ultrapassará a população de jovens de 0 a 14 anos (IBGE, 2018).

O envelhecimento populacional é tido como inevitável, e em poucos anos o Brasil e o mundo alcançarão números recordes, atingindo um percentual de idosos nunca vistos na história da humanidade (ALVES, 2019, p. 9).

Essas mudanças exigem profundas alterações no cenário de atenção ao idoso, por parte da família, da sociedade de modo geral e das autoridades públicas, incluindo o Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2019, p. 77).

E nesse contexto de crescente protagonismo da pessoa idosa, no Brasil e no mundo, e da falta de adequação estatal hábil à efetivação dos direitos dos envelhecidos, surge a ideia de um sistema completamente eletrônico para as demandas do Poder Judiciário, que pode representar mais um obstáculo para essa população caso não permita o acesso amplo e autônomo à justiça.

3 | O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO BRASIL

Ao passo que a população idosa cresce, também é notável o avanço tecnológico em todas as áreas sensíveis da vida humana no ambiente de trabalho, nas relações privadas, econômicas e sobremaneira nos modos de se comunicar (SCHWAMABACH; SILVA, 2011).

Por tais motivos a ideia de virtualização dos processos judiciais nasceu e foi se desenvolvendo, e de acordo com a classificação proposta por Tapscot, Low e Ticoll (2010), ocorre em 3 fases. A primeira fase é a de adoção de ferramentas de produtividade (tais como processadores de texto, planilhas, bancos de dados). A segunda tem foco na automação do andamento processual (como sistemas *push*, publicação de decisões e jurisprudência pela internet e implementação de ferramentas de pesquisa). Já a fase três refere-se ao desenvolvimento do processo eletrônico propriamente dito, no qual todos os atos devem ser praticados em meio eletrônico (incluindo a citação, o peticionamento e intimações). Há ainda um quarto estágio, conforme descreve Paula (2014), que atualmente está em ascensão, que é o da inteligência artificial (como um suporte à produção de decisões).

Assim, a terceira fase desse processo, foi tomando forma, com vistas à celeridade que os meios virtuais proporcionam e às novas configurações de comunicação. Logo a ideia de informatização do processo judicial foi concretizada por meio da Lei nº 11.419, publicada em 19 de dezembro de 2006, com vigência a partir de 19 de março de 2007, que prevê progressos na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e otimização da força de trabalho judicial indistintamente no processo civil, penal e trabalhista e ainda nos juizados especiais e em todos os graus de jurisdição (BRASIL, Lei nº 11.419, 2006).

E ainda, conforme previsão inserta no artigo 8º da referida lei “os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas” (BRASIL, Lei

nº 11.419, 2006).

A partir de então houve uma crescente adesão, iniciada na Justiça do Trabalho, para a implantação das Tecnologias de Informação e Comunicação - TIC's no processo judicial.

Com o avanço na informatização do processo judicial e a necessidade cada vez maior de tornar o processo célere e econômico, é que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – editou a Resolução nº 185 de dezembro de 2013, a qual instituiu o Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema informatizado de processo judicial no âmbito do Poder Judiciário e estabeleceu os parâmetros básicos de funcionamento.

Entretanto, o Processo Judicial Eletrônico não representa a mera digitalização de autos físicos, trata-se de uma transformação substancial na arquitetura procedimental de dados que antes eram estáticos nos processos físicos e passam a ser dinâmicos. Fato que implica uma necessária readequação e educação de todos os atores processuais.

Diante de tais avanços tecnológicos, inegável a melhoria na qualidade e celeridade dos serviços judiciais, bem como na infraestrutura normativa e administrativa indispensável ao desenvolvimento seguro das relações jurídicas (GRECO; MARTINS, 2001, 36).

Contudo, as constantes alterações e o crescente desenvolvimento e complexidade da tecnologia adotada, não obstante a agilidade no processo e aumento do patamar de segurança no compartilhamento de informações; quando visto sob a ótica da pessoa humana em constante e natural processo de envelhecimento, que conforme o Estatuto do Idoso (BRASIL, Lei n. 10.741, 2003) atinge o status de pessoa idosa aos 60 anos de idade, pode resultar em violações sistêmicas ao seu direito de acesso à Justiça.

Posto que, o meio eletrônico quando não adequando e pensando de acordo com as limitações apresentadas pela por essa parcela da população restringe seu acesso ao processo.

4 | (DES)ACESSO À JUSTIÇA AO IDOSO E OS PROCESSOS ELETRÔNICOS

O avanço tecnológico ocupa hoje um papel de grande relevância em todos os setores de existência humana. Entretanto, alguns dos atores sociais são excluídos o/eu impossibilitados de acessar os benefícios que esse avanço proporciona, seja por razões econômicas, culturais, estruturais ou físicas (DA COSTA, 2017). Fato este que se releva um problema social da atualidade, tendo em vista que a vida cotidiana apresenta diversas atividades que cada vez mais são dependentes das tecnologias.

O grupo de pessoas idosas é um dos mais lesados pelo desenvolvimento tecnológico, já que estes usuários podem ter dificuldade em ler um texto e executar tarefas que requeiram coordenação visual e manual, como, por exemplo, mover o mouse do computador”, o que não acontecia em caso de consulta a um processo físico (SCHWAMABACH; SILVA, 2011, p. 1). Essa população também tem dificuldades com o uso de dispositivos móveis (CÂMARA et al, 2017; ALMAO; GOLPAYEGANI, 2019), o que é um obstáculo também, já que se vive

na era do uso intenso de aplicativos.

Isso ocorre já que o processo de envelhecimento provoca no organismo modificações biológicas, psicológicas, cognitivas e sociais; sendo tais modificações mais evidentes quando da velhice. Essas mudanças refletem também na forma de pensar, de sentir e de agir dos seres humanos que passam por esta etapa do processo de viver (SANTOS, 2010). Neste sentido Antônio Carlos Cedenho, leciona que:

em regra, a pessoa idosa apresenta mais limitações do que o ser humano adulto em razão do desgaste físico natural, e muito embora a limitação física não seja o único, é, com certeza, o mais visível do envelhecimento à condição intelectual, o sujeito envelhece quando as faculdades cognitivas começam a diminuir ou a falhar, apresentando problemas de memória, atenção, orientação e concentração; e em relação à condição funcional, demonstra o envelhecimento quando há perda da independência e autonomia, quando, então, o idoso precisa de ajuda para desempenhar suas atividades cotidianas. Entretanto, ressalvasse que a idade avançada e o atingimento da idade de 60 anos ou mais não é determinando para que tais características sejam notadas, ou desenvolvidas de forma igual, existem várias velhices, posto que cada ser humano envelhece de modos e formas distintas. (CEDENHO, 2014, p.19)

Analisando o comportamento da população idosa frente às novas tecnologias e formas de comunicação virtual, o resultado da coleta de dados realizada por Schwamabach e Silva (2011, p. 6-7) na pesquisa “Inclusão Digital: interação do idoso como o computador e a internet”, é revelado nos gráficos das figuras 1 e 2, que apresentam quais limitações cognitivas e de acesso a internet são mais relatadas pelos próprios idosos:

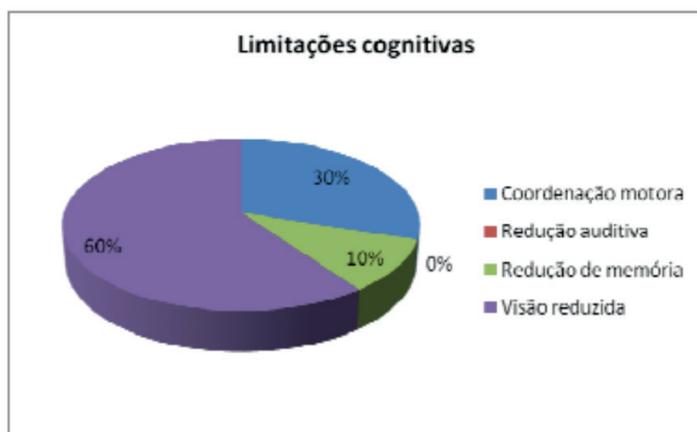


Figura 1-Limitações devido ao envelhecimento (SCHWAMABACH; SILVA, 2011, p. 6).

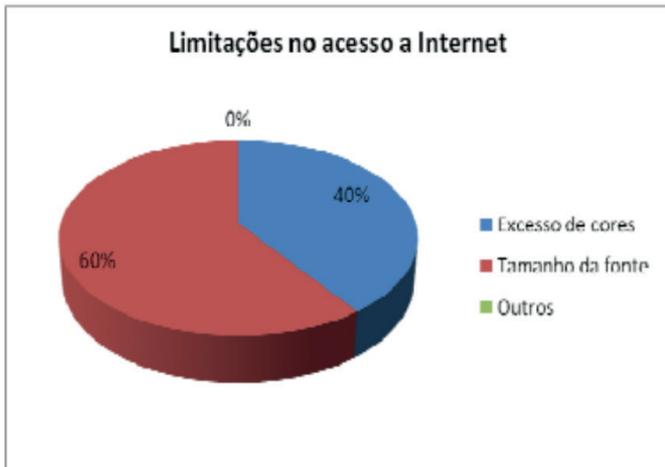


Figura 2-Limitações no acesso à internet (SCHWAMABACH; SILVA, 2011, p. 7).

Segundo as autoras da pesquisa (SCHWAMABACH; SILVA, 2011, p. 8) as dificuldades encontradas quanto ao acesso à internet pelos indivíduos idosos se devem em sua maioria devido aos problemas cognitivos apresentados e a falta de adequação dos sites para esse público, o que dificulta o acesso e a interação desses indivíduos na busca da informação e entretenimento.

Estudos também apontam que o uso de dispositivos móveis são obstáculos aos idosos, tanto com relação ao uso da web, internet quanto ao uso de aplicativos e das tecnologias *touch screen* (ALMAO; GOLPAYEGANI, 2019, CÂMARA et al, 2017; FRANZ, 2019; KURT, 2019).

Assim, devido às peculiaridades da condição de cada pessoa idosa sua situação de vulnerabilidade pode ser acentuada, frente aos avanços tecnológicos o que pode resultar, com a implementação de um processo judicial eletrônico, na impossibilidade de acesso autônomo e integral à justiça.

Só se pode falar em acessibilidade à web quando todos, independentemente de suas limitações, podem perceber, entender, navegar e interagir, além de contribuir com o meio eletrônico, o que em suma diz respeito à facilidade de acesso por qualquer pessoa (KURT, 2019). Desta forma, a nova acessibilidade envolve várias áreas, tais como acessibilidade ao sistema de navegação, à organização da web e ao computador por meio de programas acessíveis (ZUNICA, 2001), bem como a aplicativos adequados pelo uso de dispositivos móveis (FRANZ, 2019).

Deste modo, a utilização do Processo Judicial Eletrônico (PJe) como único canal de acesso ao processo e a realização de procedimentos, apesar de proporcionar celeridade e economia, restringe o acesso à justiça àqueles que estão excluídos digitalmente, dentre eles ao idoso, seja pelo aumento populacional ou pelas diversas limitações da idade avançada.

Logo, o Processo Judicial Eletrônico (PJe) aumenta a dificuldade de acesso à Justiça às pessoas idosas, criando barreiras de acesso à Justiça distintas daquelas encontradas nos processos físicos.

O direito de acesso à Justiça se mostra de extrema relevância para a vida de todos os cidadãos, e, sem dúvida, com muito mais ênfase aos idosos, tanto é que no Estatuto do Idoso (BRASIL, Lei n. 10.741, 2003) há um título específico para tal tutela, sendo dever do Poder Judiciário facilitar o acesso à Justiça ao idoso.

E, reforçando ainda mais a importância do acesso à Justiça ao idoso é que no artigo 31 da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (CIDH, 2015), é asseverado que “os Estados partes se comprometem a assegurar que o idoso tenha acesso efetivo à Justiça em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a adoção de ajustes de procedimento em todos os processos judiciais e administrativos em qualquer de suas etapas”.

Tal Convenção tem como principal vetor a promoção de direitos da pessoa idosa pautada na dignidade, independência, protagonismo e autonomia. Assim, não é possível – em virtude da idade – excluir a pessoa idosa das decisões que a afetem (RAMOS, 2017, 365).

E ainda nessa ordem de ideias, é que no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal há a previsão ao direito fundamental de acesso à Justiça, o qual no tocante à tutela dos direitos da pessoa idosa, deve ser lido e aplicado considerando-se a peculiar situação do referido grupo vulnerável.

Esse direito se trata, antes de tudo, de direito humano essencial, verdadeiro direito a ter direitos, na clássica formulação de Arendt (2008) ao tratar da condição de cidadão de determinada pessoa, cuja preocupação em âmbito internacional, especificamente no tocante às pessoas em situação de vulnerabilidade, pode ser evidenciada nas chamadas “100 Regras de Brasília sobre o Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”, além de outros instrumentos internacionais e nacionais.

O acesso em igualdade de condições a justiça é indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário (MARINONI, 2017, p. 370).

Deste modo, se faz imperioso que as mudanças tecnológicas e de comunicação processual dos tribunais de justiça brasileiros observem as diretrizes estabelecidas nos marcos constitucional-legal, além dos instrumentos internacionais de proteção e efetivação do acesso à justiça e, por fim, nas políticas sociais relativamente aos idosos e que sejam acompanhadas de adequações estruturais nos sistemas de para sua efetivação dos direitos dessa parcela da população. Caso contrário, haverá uma crescente parcela da população desprotegida e sem acesso integral e autônomo à Justiça.

5 | CONCLUSÃO

É certo que existem várias velhices, até porque envelhecemos de modos distintos, e ser idoso não diz respeito a um momento de paridade em condições físicas, psíquicas ou biológicas. Contudo, de um modo geral quanto mais envelhecido mais limitações podem surgir. E devido às particularidades de cada pessoa idosa essas limitações pode ou não limitar a sua vida cotidiana, as colocando em situação de vulnerabilidade.

Neste momento é que “os direitos devem representar uma compensação pelas perdas e limitações porque passam as pessoas ao envelhecer, em particular nos aspectos físicos e psicológicos” (CEDENHO, 2014, p. 14).

A implementação do Processo Judicial Eletrônico, acabou por resultar em um verdadeiro paradoxo progressivo, consistente no inevitável avanço tecnológico, que apesar de proporcionar celeridade e economia, restringe às pessoas idosas o direito de acessar a justiça de forma autônoma e em iguais condições com os demais, sendo desta forma postas em condições de vulnerabilidade acentuada pela sociedade da informação.

As adequações devem ser realizadas para que a fase da vida que começa aos 60 anos seja um período marcado pela autonomia, pela manutenção das funcionalidades e pelo amplo exercício da cidadania e dos direitos básicos (OLIVEIRA, 2019, p. 77).

A partir de tudo que foi dito, conclui-se que o Poder Judiciário, como um dos poderes do Estado Soberano, tem o desafio de desenvolver e manter atualizados um conjunto de princípios básicos e mecanismos de empoderamento, emancipação e autonomia para que as pessoas em situação de vulnerabilidade, e principalmente os idosos, não tenham tolhido o seu direito fundamental de acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ALMAO, E. C.; GOLPAYEGANI, F. **Are Mobile Apps Usable and Accessible for Senior Citizens in Smart Cities?** (J. Zhou, G. Salvendy, Eds.) In: Human Aspects of IT for the Aged Population. Design for the Elderly and Technology Acceptance. HCII Proceedings. Cham: Springer International Publishing, 2019.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **Envelhecimento populacional no Brasil e no mundo. Novas projeções da ONU.** Revista Longeviver, p. 5–9, 2019. Disponível em: <<https://revistalongeviver.com.br/index.php/revistaportal/article/viewFile/787/842>>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O acesso do idoso ao Judiciário.** Brasília: Plenarium, p. 215-218, nov. 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana** (tradução de Roberto Raposo). Rio de Janeiro: Forense Universitária 10 ed., 2008.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 185.** Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - Pje. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2492>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. **Lei 11.419/2006.** Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei_11_419.htm> Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL, **Lei n. 10.741,2003** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm> Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.** Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao> > Acesso em: 17 abr. 2019.

CÂMARA, T. S. S. et al. As dificuldades dos idosos com dispositivos móveis. **Revista Ceuma Perspectivas**, v. 30, n. 1, p. 64–75, 2017.

CEDENHO, Antonio Carlos. **O Idoso como Novo Personagem da Atual Sociedade: O Estatuto do Idoso e as Diretrizes para o Envelhecimento no Brasil.** Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 11, n. 11, p. 9–46, 2014.

COCURUTTO, Ailton. **Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social.** São Paulo: Editora Malheiros 1. ed., 2008.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. 2015.** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana.pdf> Acesso em: 17 jun. 2019.

DA COSTA, Igor Rodrigues. **O (des) acesso à justiça: o processo judicial eletrônico no Tocantins.** Revista Cereus. 2017. Disponível em:< <http://ojs.unirg.edu.br/index.php/1/article/view/1646>> Acesso em: 19 jun. 2020.

FRANZ, R. L. et al. **Perception and Adoption of Mobile Accessibility Features by Older Adults Experiencing Ability Changes.** The 21st International ACM SIGACCESS Conference on Computers and Accessibility. **Anais: ASSETS '19.**New York, NY, USA: Association for Computing Machinery, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1145/3308561.3353780>>

GRECO, Marco Aurélio, Ives Gandra da Silva Martins. **Direito e Internet.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KURT, S. Moving toward a universally accessible web: Web accessibility and education. **Assistive Technology**, v. 31, n. 4, p. 199–208, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil.** São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Anderson Silva. **Transição demográfica, transição epidemiológica e envelhecimento populacional no Brasil.** Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde, v. 15, n. 31, p. 69–79, 2019. Disponível em:< <http://www.seer.ufu.br/index.php/hygeia>> Acesso em: 19 abr. 2019.

PAULA, Gáudio Ribeiro de. **Desafios do processo eletrônico do trabalho: questões jurídicas relevantes**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 44, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva 4. ed., 2017.

SANTOS, Silvana Sidney Costa. **Concepções Teórico-filosóficas Sobre Envelhecimento, Velhice, Idoso e Enfermagem Gerontogeriatrica**. Revista Brasileira de Enfermagem, v. 63, n. 6, p. 1035–1039, 2010. Disponível em:< cas.ufu.br/portal-da-pesquisa/periodicos/rbch-revista-brasileira-de-ciencias-do-envelhecimento-humano > Acesso em: 19 abr. 2020.

SCHWAMABACH, Gislene CS; SILVA, Tatiana Dias. **Inclusão Digital: interação do idoso com o computador e a internet**. In: XXXIX Congresso Brasileiro de Educação em Engenharia. 2011. Disponível em:< <http://www.abenge.org.br/cobenge/arquivos/8/sexoestec/art1760.pdf>> Acesso em: 19 abr. 2020.

TAPSCOTT, Don; LOW, Alex; TICOLL, David. **Plano de ação para uma economia digital**. São Paulo: Makron Books, 2000.

ZUNICA, Rafael Romero. **Metodología práctica de revisión de la accesibilidad de sitios web. internet para todos “diseño de sitios web accesibles”**. Madri: Ciclo de Invierno de La Universidad Complutense de Madri, 2001. Disponível em: <[http://www.sidar.org/acti/cursos/onc/revisaces /index.htm](http://www.sidar.org/acti/cursos/onc/revisaces/index.htm)> Acesso em: 18 jun. 2020.

AS DIFICULDADES VIVENCIADAS PELOS EX-APENADOS NA INSERÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO

Data de aceite: 01/09/2020

Data da submissão: 19/06/2020

Ana Luiza Gomes de Abreu

Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de
Cajazeiras-FAFIC
Cajazeiras- Paraíba
<http://lattes.cnpq.br/3522404556264622>

Cristiana Russo Lima da Silva

Universidade Federal de Campina Grande-
UFCG
Cajazeiras- Paraíba
<http://lattes.cnpq.br/4098800143378393>

Diêgo Lima Maciel

Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de
Cajazeiras-FAFIC
Cajazeiras- Paraíba
<http://lattes.cnpq.br/6401735722636424>

RESUMO: O objetivo desse artigo é expor as dificuldades vivenciadas pelos ex-apenados na reintegração ao mercado de trabalho, de modo que evidencia a busca pela ressocialização e o retorno a uma vida comum, na luta contra o preconceito social e o retorno ao mundo do crime. A ressocialização por meio do trabalho poderá contribuir na diminuição dos problemas de superlotação nos presídios, de modo a reduzir substancialmente a reincidência, além disso, garante a subsistência desses apenados após o reingresso a sociedade. O Estado atua como defensor da dignidade da pessoa humana e deve facilitar esta reinserção, de modo que garanta a esses indivíduos um novo recomeço e uma vida digna.

PALAVRAS-CHAVE: Ex-apenados, Trabalho, Ressocialização, Sistema Prisional Brasileiro.

THE DIFFICULTIES EXPERIENCED BY EX-INMATES IN THE INSERTION TO THE LABOR MARKET

ABSTRACT: The objective of this article is to expose the difficulties experienced by ex-prisoners on their reintegration into the labor market, in a way that highlights the search for resocialization and the return to a common life, in the fight against social prejudice and the return to the world of crime. Resocialization through work can contribute to reducing the problems of overcrowding in the prisons, so that it doesn't allow the relapse, moreover, it guarantees the subsistence of these prisoners after re-entry into society. The State acts as a defender of the dignity of the human person and should facilitate this reintegration, so as to guarantee these people a new beginning and a dignified life.

KEYWORDS: Ex-distressed, Labor, Resocialization, Brazilian Prison System.

1 | INTRODUÇÃO

O Sistema Prisional Brasileiro tem como um dos seus objetivos a ressocialização dos apenados. Este princípio baseia-se na ideia de que a pena é um meio educativo, que busca reintegrar o indivíduo a sociedade e garantir que não cometa mais crimes. A Lei de Execução Penal em seu artigo 1º evidencia: "A execução penal tem por objetivo efetivar

as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Percebe-se que além do cumprimento de pena eficaz, busca-se a inserção do condenado no meio social. No entanto, este último tem sido menosprezado, uma vez que os ex-apanados têm vivenciado dificuldades para se reestabelecer na sociedade, principalmente quando se trata do mercado de trabalho. O Estado tem como dever garantir meios que facilitem essa readaptação.

O Sistema Prisional brasileiro vivencia uma crise em sua estrutura. As superlotações, a aderência de presos ao crime organizado e as rebeliões, são os mais persistentes problemas vivenciados pelo sistema penitenciário combinado com a ausência de políticas públicas e o descaso por parte dos nossos governantes, tem transformado os presídios em verdadeiros palcos de horror, uma vez que os condenados vivem em condições desumanas.

O presente artigo abordará as dificuldades enfrentadas por esses ex-apanados na luta pela readaptação a vida em liberdade, trazendo à discussão as falhas do Sistema Penitenciário Brasileiro e a luta do Estado pela reintegração desses indivíduos ao convívio social por meio do trabalho.

2 | MATERIAL E MÉTODOS

Utilizou-se de recursos bibliográficos e legislativos, bem como consultas a artigos científicos, além de notícias pertinentes ao tema, como dados relevantes e índices. Por meio do método hipotético-dedutivo e exegético jurídico, uma vez que se analisou os dispositivos legais, de modo a identificar que existe legislação que protegem os direitos dos presos, todavia, falta políticas públicas de incentivo a sua efetivação.

3 | DESENVOLVIMENTO

3.1 Evolução histórica do Sistema Penitenciário Brasileiro

A origem do conceito de prisão como meio para cumprimento de pena se deu pelo Código Penal Francês em 1791 e se espalhou pelo mundo. Foucault (1987) aduz que a prisão se fundamenta na “privação de liberdade”, destacando que esta liberdade é um bem comum a qualquer indivíduo, perdê-la tem o mesmo valor para todos, “melhor que multa, ela é o castigo”, atribui-se, desta forma, as diferenças nos tempos que se relativiza de acordo com o crime: “Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira” (Foucault, 1987).

No Brasil, o aparecimento das primeiras prisões com celas individuais e arquitetura própria se deu no século XIX. O Código Penal de 1890 estabeleceu novas especificidades para a prisão, as penas perpétuas e coletivas foram extintas, passou-se ao cumprimento da pena individual privativa de liberdade, com condenação máxima de trinta anos. Estas penas subdividem-se em três tipos de sistemas penitenciários adotados pelo mundo. (Machado, Souza, Souza; 2013)

O primeiro é o Sistema da Filadélfia (ou celular), neste modelo o apenado teria que ficar em uma cela apartado do mundo exterior. Como possuía forte ligação com ideologias religiosas, o apenado era autorizado apenas a fazer passeios pelo pátio e ler a Bíblia, com intuito que se arrependesse do seu crime. Esse sistema baseado na solidão e total isolamento foi duramente criticado, uma vez que o convívio solitário ocasionava problemas mentais entre os condenados. (Moraes, 2013)

O segundo sistema é o Auburniano, ao contrário do anterior este sistema abandonou a ideia de isolamento total, os apenados poderiam trabalhar em conjunto, todavia ficariam em total silêncio e sozinhos no período noturno. Neste sistema já podemos observar a integração do trabalho, porém não tinham o intuito de ressocializar, mas sim de obter lucros por meio do trabalho dos presos. Bittencourt (2000) associa o fracasso do sistema à pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar uma competição ao trabalho livre. Outro ponto que recebeu crítica foi a aplicação de castigos duros e exagerados, que eram justificados pela ideia de recuperação do indivíduo. (Moraes, 2013)

O último, o Sistema Progressista é o mais semelhante ao adotado pelo Brasil, apesar de ter algumas alterações, surgiu no século XIX na Inglaterra e reputava o aproveitamento do apenado, de acordo com seu comportamento e a boa conduta. Apesar da ideia de isolamento social continuar sendo presente neste sistema, já era notável a preocupação em recuperar os condenados socialmente. (Moraes, 2013)

Nota-se que o objetivo do cárcere era o de manter a ordem pública e proteger a sociedade, por meio do exílio dos criminosos em um local específico. Todavia, como bem atribui Foucault (1997) a prisão também pode ser analisada como um “aparelho para transformar os indivíduos”, servindo desde o princípio como uma:

[...] detenção legal [...] encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos. (Foucault, 1997).

A história do Sistema Prisional Brasileiro demonstra que, desde os primórdios, as cadeias eram lugar de exclusão social e menosprezadas pelas políticas públicas. O Código Penal de 1940 instaura um sistema de penalidades que foca apenas na prática do crime, de forma que não considerava a responsabilidade do Estado com o detento. Surge em 1984, com a Lei 7.210/84, a Lei de Execução Penal, a qual institui ao Estado o poder de tutelar o preso e garantir o cumprimento da pena de forma mais humana, além disso, tem o intuito de ressocializar os presos. A Lei de Execução Penal é considerada uma das leis mais bem

elaboradas mundialmente, no entanto, sua efetivação ainda é pouco evidente.

Machado (2008, p. 47) afirma que “a Lei de Execução Penal brasileira, também é clara quanto à finalidade ressocializadora da pena, embora se observe que os estabelecimentos penais brasileiros não disponibilizem de programas efetivos para que esse programa se concretize”. É evidente que os direitos dos presos precisam ser zelados, não obstante alguns defensores do radicalismo acreditem que o Direito Carcerário seja maleável. Entretanto, não podemos tratar esses ex-reeducandos com sentimento de vingança e desdém, é preciso entender que essas pessoas já sanaram suas dívidas com a sociedade e são cidadãos comuns que devem ser respeitados e tratados igualmente para que desta forma, possibilitem sua reintegração ao meio social.

3.2 Os desafios enfrentados pelo reeducando no reingresso ao mercado de trabalho

A Lei de Execução Penal propõe que o trabalho nas prisões brasileiras seja de caráter obrigatório. Em seu artigo 28 atribui que trabalho do condenado tem como dever social e condição de dignidade humana e terá finalidade educativa e produtiva. O trabalho interno levará em consideração as aptidões e a capacidade do preso, ocorre que na maioria das penitenciárias não existem trabalho suficiente para os detentos e nem sempre atendem as suas habilidades.

O Brasil possui o terceiro maior número de presos do mundo. De acordo com pesquisa feita pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), propagada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça. O total de presidiários em junho de 2016 chegou a 726.712 mil, entre estes 40% são presos provisórios. Mais da metade são jovens com faixa etária entre 18 a 29 anos. Além disso, 89% estão em presídios superlotados. Ocasionalmente dificuldades na garantia de trabalho para todos os detentos.

O trabalho além de atribuir ao apenado a função punitiva, também delega o caráter ressocializador. Foucault (1997) em seus estudos atribui que o trabalho não é apenas instrumento de produção extremamente útil, mas sim, pelos efeitos que produz na mecânica humana. É um princípio de ordem e de regularidade; através das exigências que lhe são próprias, transmitem de maneira insensível, as regras de um poder rigoroso; proporciona aos corpos movimentos regulares, relega a agitação e a distração, determina uma hierarquia e uma vigilância que devem ser bem aceitas, e adentrarão mais profundamente no comportamento dos condenados, por fazerem parte de sua lógica. (1997, p. 216).

No entanto, o trabalho interno não tem o intuito de profissionalizar esses presos, na maioria das vezes são trabalhos mecânicos e braçais que se tornam menos atrativos aos apenados. Apesar do interesse em capacitar essas pessoas para que possam seguir este ofício fora do presídio, na maior parte das vezes, o objetivo é basicamente ocupá-los enquanto tem tempo livre. Para o condenado, trabalhar pode significar menos dias preso,

já que a remição pelo trabalho garante que a cada três dias trabalhados diminuam-se um dia na pena. Esta remição está prevista no artigo 126 da Lei de Execução Penal, que faz alusão ao direito garantido na Constituição Federal de 1988, da individualização da pena.

Além da remição pelo trabalho, foram estabelecidos critérios que estabelecem a remição pelos estudos. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as possibilidades de remição de pena foram ampliadas pela Lei n. 12.433, de 2011, já que alterou a redação dos artigos 126, 127 e 128 da Lei de Execução Penal e passou a permitir que, além do trabalho, o estudo contribua para a diminuição da pena. Cezar Roberto Bitencourt argumenta que ambas devem ter a mesma aplicabilidade, enfatizando que:

[...] por todas razões que os estudos se justificam, acrescidas do fato de evitar a ociosidade do preso, por construção pretoriana aliada ao entendimento doutrinário, a dedicação do estudo no interior das prisões também justifica a remição, nas mesmas condições do trabalho. (BITENCOURT, 2009, p.504).

Ademais, o estudo possibilita que o preso esteja apto a desenvolver atividades fora do ambiente prisional, de modo que possa se qualificar e ser reinserido no meio social. Implicando certo impulso a atos de cidadania dentro dos presídios e incentivo a educação, como consequência proporciona a esses reeducandos novas oportunidades e ampliação de suas expectativas de vida em liberdade.

Quando analisamos a possibilidade de emprego fora do Sistema Penitenciário, apesar de observar que grande parte dos presos é jovem que estão no ápice de suas vidas ativas, de acordo com dados do Ministério da Justiça, 75% desses não concluíram o ensino médio e menos de 1% tem graduação, o que impossibilita ainda mais a inserção no mercado de trabalho. Quando estão detidos, os presos não estão amparados pela Consolidação das Leis Trabalhistas, de modo que algumas empresas veem vantagem em contratá-los.

Contudo, os apenados serão protegidos pela LEP, o salário não poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo. Todavia, quando estiverem soltos estes serão considerados cidadãos comuns e sua contratação resultará em todos os direitos trabalhistas, o que os torna menos interessante para as empresas. Nota-se que quando parte para o exterior das penitenciárias, os ex-apenados sofrem pela falta de oportunidade que lhes são ofertadas e pelos receios das empresas em contratá-los.

Em 2010, cerca de nove Estados brasileiros sancionaram leis que estimulam empresas a contratar uma parcela de 2% a 10% de ex-detentos, esses dados são do Conselho Nacional de Justiça e levantamento feito pelo G1. Na busca pela reintegração destas pessoas, em 2008, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou o Programa Começar de Novo, que tem como intuito garantir incentivos aos órgãos públicos e empresas para estes ofereçam empregos e cursos de capacitação para presos e egressos. O programa visa reduzir a reincidência de crimes e garantir a ressocialização.

Apesar desses programas de incentivo, a contratação de apenados ainda é pouco visualizada, isto ocorre porque existe muito preconceito por parte do empregador, a maioria tem medo de contratar um ex-presidiário. Na série *Prisões Brasileiras – Um Retrato sem Retoques*, do Repórter Brasil, exibida em 2014 pela TV Brasil, mostrou que só 20% dos presos que são libertados conseguem retomar ao mercado de trabalho.

Esse déficit fica ainda mais evidente quando se trata de estudo: apenas 8,6% conseguem voltar a estudar. Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), feita em 2015, mostrou que a cada quatro ex-presidiários, um volta a cometer crimes no prazo de cinco anos, taxa corresponde a 25% dos presos. Percebe-se que o Estado pune, entretanto não consegue realizar o objetivo de reeducar e de habilitar essas pessoas a conviver socialmente e retomarem suas vidas, sem que cometam novos delitos.

Neste sentido, aduz Foucault: “As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-la, a quantidade de crimes e criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta.” (FOUCAULT, 1997, p. 234). Prender mais não é a solução para diminuir a criminalidade, muito menos para garantir a segurança pública, é preciso garantir novas oportunidades de recomeço. Além disso, combater o preconceito e devolver uma vida social aos ex-presidiários.

3.3 A realidade dos ex-detentos na Paraíba

Dos presos em regime aberto e semiaberto na Paraíba, tão somente 18% conseguem ingressar no mercado de trabalho, por meio de projetos sociais efetivados pela Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP) que tem o intuito de garantir à inserção de apenados a sociedade. São 304 de 1.627 que trabalham em órgãos públicos ou empresas associadas. (G1 notícias)

De acordo com a notícia, publicada pelo G1 em 2014, a gerente de ressocialização Ziza Maia, afirma que a SEAP além de buscar convênios com empresas, também oferece cursos profissionalizantes, incentivo educacional e, tem planos de abrir turmas para o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) dentro de unidades prisionais do estado.

É importante destacar que o artigo 126, § 5º, da Lei 72010/84, traz uma bonificação para o reeducando que concluir o ensino médio e superior no cárcere, estimulando assim a formação educacional do reeducando, vejamos:

O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

O acréscimo de um terço ao período de remição promoverá importante redução na pena, além de estimular o interesse pelo estudo, capacitando melhor o reeducando para o mercado de trabalho.

O déficit na inserção ao mercado de trabalho é de conhecimento da Administração Penitenciária. Dentre convênios firmados pela SEAP, apenas uma empresa particular do ramo de construção civil encontra-se entre elas. No setor Público podemos citar a Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e a Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), além de órgãos da administração indireta como CEHAP, SUDEMA, DETRAN, Cagepa.

A gerente de ressocialização da SEAP explica que:

O problema é a quantidade limitada de oportunidades. Empresários do nosso estado ainda são muito receosos em abrir vagas. Em geral, as instituições conveniadas são órgãos públicos, secretarias e superintendências. O primeiro passo é a reinserção dentro das unidades, aliado a cursos de qualificação profissional nas mais diversas áreas, depois a inserção por convênios (Ziza Maia, gerente de ressocialização da Seap).

É importante ressaltar a benesse que esses convênios proporcionam aos presos, já que o auxiliam e possibilitam a ressocialização, sem esquecer que contribui para diminuição na criminalidade, já que haverá menos reincidências.

Seguindo essa linha, o governo da Paraíba criou o **Fundo de Recuperação dos presidiários**, com o intuito de garantir benfeitorias e melhoras no sistema penitenciário paraibano e possibilitar maiores chances do apenado se recuperar.

O GOVERNO DO ESTADO DA PARAÍBA, usando das atribuições que lhe confere o art. 52, inciso I, da Constituição do estado, combinado com o art. 5º, do Ato Institucional nº 2, de 27 de Outubro de 1965 e com o art. 32 § 3º, da Emenda Constitucional nº1, de 22 de dezembro de 1965, sanciona e promulga a seguinte Lei:

Art. 9º – É criado o Centro de Recuperação dos Presidiários do Estado (CEREPE), entidade autárquica, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, vinculado à Secretaria de Interior e Justiça, com sede e foro em João Pessoa e jurisdição em todo Estado.

A CEREPE tem como finalidade auxiliar as atividades dos apenados recolhidos nos estabelecimentos, conduzindo-o ao aprimoramento ou experiência em certo ofício, que lhes proporcionem manutenção de uma vida em liberdade honesta e longe do crime.

Além deste Fundo de Recuperação, outro programa merece destaque no cenário paraibano, o projeto “O Trabalho Liberta” criado em 1991 e regulamentado em 1996, é

um projeto que objetiva a reeducação dos condenados buscando um caminho, através do trabalho, que garanta um retorno saudável a vida em liberdade. De acordo com o site oficial do Governo do Estado da Paraíba, o programa atende diversas cidades e possui alguns órgãos conveniados.

Fábio Isídio, de 35 anos, sentenciado há oito anos por homicídio na Penitenciária de Segurança Máxima Geraldo Beltrão, relata que foi através do artesanato que conseguiu fazer com que o tempo passasse mais rápido. O mesmo conta que dentro da penitenciária, aprendeu a fazer origami e hoje já pensa em tirar o sustento da família a partir do artesanato. “Se quando sair daqui não conseguir um emprego formal vou tentar viver do artesanato”, disse o reeducando. Fábio faz parte 10% de apenados paraibanos que fazem parte do programa de ressocialização do Governo da Paraíba.

Segundo dados coletados no site do governo do Estado, mensalmente são oferecidos diversos cursos profissionalizantes dentro das penitenciárias. Atualmente a população carcerária é de 8.800 detentos. Em 2012 foram investidos mais de R\$ 1 milhão em ações de ressocialização.

Objetivando promover a elevação da dignidade da pessoa humana, o resgate a cidadania e garantia de reintegração ao convívio em sociedade. Estes programas apresentam-se como meios encontrados pelo Estado de exercer sua função na ressocialização e conseqüente melhoria na vida do reeducando. Não esquecendo que pode ser considerado um forte aliado no combate a criminalidade e melhoria na segurança pública.

Por fim, merece destaque a remição pela leitura e pela música, que embora não exista, ainda expressamente na Lei de Execução Penal, está sendo aceita pelos Tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça. A cidade de Cajazeiras foi pioneira no sertão Paraibano na aplicação da remição pela leitura e pela música (Presídio Padrão Regional de Cajazeiras), através da ação do Juiz das Execuções Penais _ Dr. Francisco Thiago da Silva Rabelo, em convênio com a 9ª regional de Educação, e com o apoio da Administração penitenciária.

A cadeia pública feminina também possui a remição pela leitura, tendo inclusive sido implantada uma biblioteca, naquele ergástulo público pelo projeto de extensão da FAFIC: Divulgar Direitos Humanos: Assessoria Jurídica às presas da cadeia pública de Cajazeiras, sob a coordenação da professora Cristiana Russo Lima da Silva e do Professor Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas, além de 15 extensionistas.

A remição pela leitura dar-se da seguinte forma, nos termos da **ATA DA REUNIÃO PARA DELIBERAÇÃO SOBRE A REMIÇÃO PELA LEITURA NA PENITENCIÁRIA PADRÃO REGIONAL DE CAJAZEIRAS/PB**, disponível para Vara de Execuções Penais:

a contagem do tempo para fins de remição será feita à razão de 04 (quatro) dias de penas para cada 30 (trinta) dias de leitura, limitada ao total de 48 dias de penas a remir no período de 12 meses. O participante terá o prazo de 30 (trinta) dias para leitura da obra literária, apresentando, no prazo máximo de 10 dias, resenha a respeito do assunto. A Comissão analisará os trabalhos produzidos, analisando os aspectos relacionados à compreensão e compatibilidade do texto com o livro objeto de leitura; arguirá o participante sobre o conteúdo do livro e da resenha por ele feita, e atestará o prazo de 30 (trinta) dias de leitura. O resultado da análise da Comissão será enviado ao Juízo da Vara das Execuções Penais por ofício, instruído com: 1) a resenha; 2) a declaração de sua fidedignidade ou de plágio; 3) o atestado de arguição oral; e 4) o atestado de tempo de leitura. O Juízo da VEP, após a oitiva do Ministério Público e da defesa, decidirá sobre o aproveitamento do participante e a correspondente remição.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se que o Sistema Prisional Brasileiro não vem cumprindo seu papel ressocializador, apesar dos esforços do Estado em reinserir ex-dentetos ao mercado de trabalho, não é possível obrigar as empresas a contratá-los. É preciso que seja combatido o preconceito por parte da sociedade. É primordial preservar e efetivar a ideia que a pena é instrumento de ressocialização, de modo que garanta ao ex-detento a oportunidade de recomeçar.

Ao longo da pesquisa realizada, ficaram claros os esforços do Estado em criar programas que estimulem a reinserção ao mercado de trabalho. Além disso, a Lei de Execução exerce um papel importante buscando garantir condições melhores aos apenados, visto que acredita na reabilitação do indivíduo ao convívio em sociedade.

Para tanto, tendo em vista a discussão proposta, os programas de ressocialização devem ser ampliados e efetivados e o Sistema Prisional deverá ser reformulado, de modo que venha a solucionar, ou mesmo amenizar, suas falhas. A criação de políticas públicas de conscientização a sociedade, também se apresenta como uma forte aliada na garantia de dignidade e trabalho aos ex-condenados.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica**. Revista dos Tribunais. São Paulo, a. 79, v. 662, dez. 2009.

BRASIL, República Federativa do. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**, institui a Lei de Execução Penal.

CAVALCANTE, J; SOUSA, T. **Dificuldades dos ex-apanados em reingressar no mercado de trabalho**. In: Conteúdo Jurídico, 2014 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34851/dificuldades-dos-ex-apanados-em-reingressar-no-mercado-de-trabalho>> Acesso em outubro de 2018

CNJ, **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>> Acesso em: outubro de 2018

CNJ, **Começar de Novo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>> Acesso em outubro de 2018;

DEPEN, **Departamento de Penitenciária Nacional**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN>> Acesso em: outubro de 2018;

FOUCAULT, M.. **Vigiar e Punir: O nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1997.

FOUCAULT, M. (1979). **Microfísica do poder**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal.

G1 NOTÍCIAS. **Apesar de leis, ex-presos enfrentam resistência no mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/12/apesar-de-leis-ex-presos-enfrentam-resistencia-no-mercado-de-trabalho.html>> Acesso em outubro de 2018;

G1 Notícias. **Apenas 18% dos presidiários da PB conseguem emprego durante a pena** Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2014/09/apenas-18-dos-presidiarios-da-pb-conseguem-emprego-durante-pena.html>> Acesso em outubro de 2018;

GOVERNO DA PARAÍBA. **Projetos de ressocialização dão novas perspectivas os internos do sistema penitenciário** Disponível em: <<http://paraiba.pb.gov.br/projetos-de-ressocializacao-dao-novas-perspectivas-a-internos-do-sistema-penitenciario/>> Acesso em outubro de 2018;

INFOPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> Acesso em: outubro de 2018;

IPEA, **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/>> Acesso em outubro de 2018;

MACHADO, A; SOUZA, A; SOUZA, M; **SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO – ORIGEM, ATUALIDADE E EXEMPLOS FUNCIONAIS**, In: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 10, n. 10, 2013 Disponível em: <<file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/direito%20penitenciarario.pdf>> Acesso em 15 de outubro de 2018

MACHADO, Stéfano Jander. **A ressocialização do preso a luz da lei de execução penal**. 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Stefano%20Jander%20Machado.pdf>> Acesso em: outubro de 2018.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Dos sistemas penitenciários. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12621>. Acesso em out 2018;

MONTEIRO, Brenda Camila de Souza. A lei de execução penal e o seu caráter ressocializador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 153, out 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18106&revista_caderno=22>. Acesso em out 2018;

NOVO, Benigno Núñez. **A realidade do sistema prisional brasileiro**. In: Direito Net, 2017 Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10325/A-realidade-do-sistema-prisional-brasileiro> Acesso em outubro de 2018.

REFLEXÕES SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL DA TRANSMISSÃO DO HIV/AIDS COM BASE NO DIREITO SISTÊMICO

Data de aceite: 01/09/2020

Monica Paraguassu Correia da Silva

Université Paris 1-Panthéon.Sorbonne
Universidade Federal Fluminense-RJ,UFF.
<http://lattes.cnpq.br/9941240295304198>

RESUMO: O objetivo deste artigo é apresentar um estudo sobre a perspectiva filosófico-jurídico-penal-constitucional da transmissão do vírus da imunodeficiência humana (HIV)/síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) e a necessidade de medidas preventivas de educação-informação. O estudo foi feito a partir das perspectivas das disciplinas do humanismo jurídico, da política criminal, da psicologia e da mecânica quântica, com base no direito sistêmico, forjado nas três ordens do amor da filosofia-psicologia de Bert Hellinger, chamada constelação familiar. Este artigo é o resultado do estudo feito pela autora, reproduzido no livro *A transmissão do HIV/AIDS no humanismo jurídico*.

PALAVRAS-CHAVE: humanismo jurídico; transmissão do HIV/AIDS; direito sistêmico.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to present the study on the criminal-constitutional philosophical-legal of the transmission of the human immunodeficiency virus (HIV)/acquired immunodeficiency syndrome (AIDS) and the need for preventive education-information measures. The study was made from the perspectives of the disciplines of legal humanism, criminal policy, psychology and quantum mechanics based on systemic

law, forged in the three orders of love of Bert Hellinger's philosophy-psychology called family constellation. This article is the result of the study by the author, reproduced in the book *The transmission of HIV/AIDS in legal humanism – A transmissão do HIV/AIDS*.

KEYWORDS: legal humanism; HIV/AIDS transmission; systemic law.

1 | INTRODUÇÃO

Para o desenvolvimento da reflexão crítica sobre o objeto deste trabalho, qual seja, o problema da transmissão do HIV/AIDS em meio às respostas tradicionais voltadas à criminalização segundo política criminal punitiva, são buscadas respostas que possam nortear uma política criminal com relevo preventivo, e nesse sentido, mais de acordo com as bases do humanismo jurídico. O percurso nesse estudo é o de salientar a hipótese da necessidade da ênfase da importância da prevenção por meio de medidas de informação e educação sobre aquela transmissão, como sendo capazes de permitir a concretização do direito à informação e à não discriminação para além dos clichês em moda, de forma que a responsabilidade sobre as próprias condutas, que desencadeiam em contaminação, seja a realidade. Isto, partindo das bases do Estado Democrático e de Direito como o único campo em que pode haver o humanismo jurídico.

Sendo assim, para a análise do objeto se pretende colocar em foco a efetivação da perspectiva da universalização dos direitos humanos, considerando as referências da realidade social das relações afetivo-sexuais consensuais, bem como a necessidade de superação do ‘sentimentalismo tóxico’, que sustenta a vitimização ou o coitadismo, que afugenta responsabilidades individuais. As particularidades próprias ao binômio da questão relações sexuais consensuais e transmissão do HIV/Aids levam à necessidade de superação do *mindset* fixo para um *mindset* de crescimento, e portanto, à uma mudança de mentalidade de forma a fazer com que a responsabilidade do indivíduo o situe em seu estado adulto.

A metodologia utilizada neste trabalho é identificada como sendo a de um estudo jurídico, teórico e interdisciplinar. A interdisciplinaridade está nas referências do humanismo jurídico de Delmas-Marty e dos termos jurídico-filosófico-psicológico do direito sistêmico da filosofia-psicologia de Bert Hellinger, conhecida como constelação familiar, cujas leis são as da hierarquia, do pertencimento e do equilíbrio. Tais referências podem permitir fundamentação teórica com medidas preventivas para o problema da transmissão em questão, trazendo a vítima para dentro do processo de respostas de política criminal, ao tempo em que é possível afastar as medidas punitivas do direito penal do emaranhado (PARAGUASSU, 2019).

Dessa forma, como consequência, a vítima passa a ser recolocada no processo penal como sujeito ativo, superando o que se chama de emaranhamento (termo trazido da mecânica quântica) dentro dessa filosofia, já que participa de forma consensual da relação sexual em que houve a transmissão do vírus. Nessa reflexão, são tomadas, então, as referências da vítima ativa dentro do processo penal, com a possibilidade de perdão como também de reconhecimento de seu consentimento ou auto colocação em risco da teoria da imputação objetiva, evitando, por fim que se crie a condição de exclusão em relação ao parceiro.

O artigo traz alguns dos principais resultados da pesquisa que foi desenvolvida sobre o tema, a partir de 2000, que se desencadeou em livro publicado em 2018, pela editora da UFF, Eduff, mediante seleção feita pelo edital de 2013.

Antes de passar ao desenvolvimento do artigo, esta introdução é finalizada apontando as três partes da abordagem aqui presente, que se intitulam de forma crescente como sendo as seguintes: 1 – *Em busca de uma resposta conciliadora na situação de transmissão do HIV/Aids em relações afetivo-sexuais*; 2 – *Direito constitucional à não discriminação e o medo*; 3 – *O risco compartilhado nas relações afetivo-sexuais e o HIV/Aids*; 4 – *O espaço para o perdão na relação entre hierarquia e pertencimento e Conclusão ou Para ir mais além*.

21 EM BUSCA DE UMA RESPOSTA CONCILIADORA NA SITUAÇÃO DE TRANSMISSÃO DO HIV/AIDS EM RELAÇÕES AFETIVO-SEXUAIS

O que acontece com os agressores? De onde vem essa necessidade humana de vingança? Essa indignação simplesmente brota no peito? Eu notei que, normalmente, a indignação não vem das vítimas, mas daqueles que se acham no direito de representar as vítimas. Eles reclamam ilicitamente para si o direito de ficar zangados com os agressores, sem ter passado pelo sofrimento. Como recebem o apoio da maioria, nem mesmo correm o risco de serem responsabilizados pelo desejo de vingança contra os agressores. Aqui existe uma curiosa semelhança entre os indignados e os agressores, exatamente aqueles que são criticados. Os primeiros consideravam-se superiores e por isso se sentiram no direito de atacar e aniquilar os outros (HELLINGER, 2007^a,p129).

A questão da transmissão do HIV/Aids, segundo o modelo de política criminal Estado-Sociedade Liberal, portanto, do Estado Democrático e de Direito, permite a perspectiva do humanismo jurídico (DELMAS-MARTY,1992). Dessa forma, permite uma compreensão da aplicação de infrações e de sanções de forma a atender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Neste sentido, a questão se insere na necessidade de um olhar não voltado propriamente à punição, mas à prevenção, com resposta restauradora-conciliatória, portanto, a mudança do *mindset* fixo (DWECK, 2017), de forma a evitar que se formem emaranhamentos em relação a excluídos.

Sendo a transmissão do HIV/Aids uma questão complexa por envolver indivíduos portadores de vírus ou/e de doença que, portanto, tem a saúde atingida, possui agentes em situação de fragilidade, sendo então a resposta restauradora-conciliatória a adequada, capaz inclusive de exercer uma tarefa pedagógica. Isto leva ao abandono de situações de estigmatização de comportamentos e grupos, ao mesmo tempo em que deve gerar repercussões em mudanças de atitudes de forma a que o indivíduo passe do estado criança para o estado adulto. Isso significa que deverá passar para o estado em que assume suas responsabilidades, logo, despidas do que Dalrymple chama de 'sentimentalismo tóxico' (2015), que conduz o indivíduo à situação de vitimização.

O direito sistêmico é um meio que vem sendo construído com esse caráter de busca de respostas restauradoras-conciliatórias. Consiste de um direito associado a um instrumental fenomenológico e teórico da filosofia-psicologia de Bert Hellinger, conhecido enquanto terapia da constelação familiar. A interdisciplinaridade é colocada também em perspectiva nas referências do humanismo jurídico de Delmas-Marty(1992).

Essa perspectiva terapêutica se apresenta alinhada na forma de três leis ou ordens do amor, a saber, hierarquia, equilíbrio e pertencimento. A busca de tal alternativa aparece na tentativa de reconstrução das relações interpessoais afetivo-sexuais, tal como no caso de transmissão do HIV/Aids, que estão atingidas por lesões advindas por conflitos,

reconstrução essa de forma a superar a visão de vingança entre opositores, da vingança contra seu agressor, portanto, de forma a evitar emaranhamentos, e por fim, exclusões.

O direito constitucional à não discriminação, de forma a superar o velho medo do outro, deve estar associado ao direito à informação-educação, conforme é abordado abaixo.

3 | DIREITO CONSTITUCIONAL À NÃO DISCRIMINAÇÃO E O MEDO

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivo claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. "Medo" é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito _ do que pode e do que não pode _ para fazê-la parar ou enfrenta-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance (BAUMAN, 2008, p8).

A falta da fala sobre determinado assunto vincula o silêncio à não efetivação do direito à igualdade e à não discriminação, e assim, o resultado é o de produção de emaranhados, segundo o direito sistêmico. Historicamente, práticas foram consideradas *mal-ditas*, portanto, não faladas ou faladas de forma negativa ou insuficientemente faladas, reveladas, trazidas à tona ou à compreensão, o que leva a situar o autor das práticas como o outro. Assim sendo, a educação aliada à informação está no processo de esclarecimento, como forma de jogar luz sobre o desconhecido, o *maldito*, o outro. É possível refletir sobre a natureza humana em relação à educação ou à sua falta, na metáfora da caverna de Platão, em que homens permanecem no erro, como que amarrados sem poder olhar para fora dos limites que lhes aprisionam, se fazendo submeter, assim como na fábula de Orwell.

Dois variáveis estão presentes à compreensão da violência no grupo social, portanto, a harmonia e o conflito. Ou se considera que a sociedade vive pela gestão harmônica e a violência ocorre eventualmente, ou a sociedade é de conflito e a violência ocorre porque a humanidade gera sempre um resto (FORBES,2005), fruto da vontade, do desejo potencial, e dessa forma, existe sempre o medo do outro. A possibilidade de conciliação, conforme explica Rouland (2003, p 123), está presente quando há vínculos preexistentes, portanto quando o outro não é tão o outro, aquele tão distante, tão diferente:

Nossas sociedades modernas não escapam à regra. A guerra civil é sempre apresentada como um mal superior à guerra entre estrangeiros. De outro lado, todas as experiências que tendem a favorecer os procedimentos de solução dos conflitos baseados mais na conciliação do que no julgamento mostram que eles alcançam melhor resultado ainda quando as partes possuem vínculos preexistentes (de parentesco, afetivos, associativos, residenciais etc.): apesar de suas aparências pacíficas e da ritualização da violência que opera, o processo é mesmo um tipo de guerra, em todo caso um combate.

O acesso à informação sobre o HIV/Aids deve superar o medo, pois que este pode alcançar dimensões maiores pela via da epidemia. Como está presente na história das humanidades, temos o exemplo medieval, em que a epidemia comparecia como razão para o medo ao lado de seus complementares, como o da fome, o da violência, o do outro e o do além, num ciclo vicioso do medo (DUBY,1995).

A sociedade no seu processo constante de construção do humanismo jurídico precisa criar estratégias constantes de enfrentamento das dificuldades, tais como para o combate à discriminação, que no limite implica em evitar emaranhamentos e exclusões. O caminho para isso passa pelo direito constitucional à informação-educação, na medida em que se teme de forma desmedida o que não se conhece. Tal como diz Bauman, o medo difuso é assustador, dada a sua incerteza e a nossa ignorância.

Dessa forma, a superação dos riscos de epidemia impõe a necessidade de uma política pública de saúde coletiva voltada ao atendimento do direito à informação-educação. A promoção da saúde implica em institucionalização da gestão do sistema nacional de vigilância ambiental, cujos objetivos concernem o conhecimento e o estímulo à interação entre saúde, meio ambiente e desenvolvimento, voltado ao fortalecimento da participação da população. A gestão da saúde nesse sentido se mostra em complementaridade na busca pela qualidade de vida (FREITAS, 2003).

Em seguida, é salientada a questão da prevenção do risco nas relações afetivo-sexuais em relação ao vírus HIV/Aids.

4 | O RISCO COMPARTILHADO NAS RELAÇÕES AFETIVO-SEXUAIS E O HIV/AIDS

Quando alguém tem uma culpa pessoal, ela é uma fonte de força, desde que seja reconhecida. No momento em que alguém reconhece a própria culpa, deixa de sentir-se culpado. Esse sentimento se infiltra quando a culpa é reprimida ou não é reconhecida. Quem reconhece a própria culpa se fortalece, pois ela se manifesta como força. Quem nega sua culpa e se esquivava de suas consequências tem sentimento de culpa e é fraco. A culpa que alguém possui capacita-o a fazer coisas boas. Ele não teria tido força para fazê-las se antes não tivesse reconhecido essa culpa (HELLINGER, 2007^a, p61).

A política criminal contra a transmissão do HIV/Aids, desenvolvida em bases do direito sistêmico forjado pela filosofia-psicologia da constelação familiar de Hellinger, permite que possa haver uma aplicação do direito dentro de parâmetros mais coerentes, com maior previsibilidade de serem eficazes. As três leis do amor daquele autor são os pilares de vanguardista perspectiva para a solução de conflitos, segundo uma justiça restaurativa, portanto, são elas, conforme já dito acima, a hierarquia, o pertencimento e o equilíbrio.

O propósito do direito penal com base no humanismo jurídico não se restringe a uma ideia punitiva convencional, mas inclui a base da prevenção presente no caráter retributivo da pena, dentro da perspectiva dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Neste sentido, a afetação das leis do amor às situações de transmissão do HIV/Aids em relações consensuais permitiria um lastro maior de compreensão dos comportamentos, de forma a trazer a participação da vítima para a análise do caso, de tal forma que pudesse permitir o ponto do equilíbrio em relação à ação do autor. Nesse diapasão, também é possível compreender as soluções objetivas da auto colocação da vítima em risco ou consentimento do ofendido (ROXIN, 2006).

Nessa análise apontada no parágrafo acima, o casal-penal, o autor e a vítima estão em relação de pertencimento na relação afetivo-sexual, compartilhando as responsabilidades, onde o segundo se coloca em risco:

a auto colocação vem exatamente para solucionar aqueles casos em que a própria vítima criou o risco para seu próprio bem jurídico, não devendo o direito penal incidir dentro dos seguintes limites, a) auto colocação só serve para bens jurídicos individuais e só pode ser considerada nos casos em que a vítima for maior de dezoito anos e estiver no pleno uso de sua capacidade mental; b) para que ocorra a auto colocação em risco relevante, a vítima deve agir voluntariamente e deve estar ciente dos riscos a que exporá seu bem jurídico; c) na auto colocação em perigo, o comportamento livre e consciente da vítima deve ser determinante para a consecução de um resultado lesivo que, em princípio, não foi desejado por nenhuma das partes (GRECO, 2004, P166).

A auto colocação da vítima em risco parte do pressuposto de que a vítima “não pode mais ser entendida como um ser inerte face ao crime; observamos que não só ela interage com o autor do crime, como, em alguns casos, pode até criar o risco para si própria, colocando-se em uma situação que a levará ao resultado danoso” (GRECO, 2004, p 103).

Isso implicaria na compreensão do problema de forma a evidenciar coerência em relação ao dispositivo do tipo penal do artigo 131 do código penal, utilizando as referências do pertencimento na relação, assim como a necessidade de equilíbrio entre o dar e o receber. O elemento psicológico do tipo na forma de dolo eventual não deve ser encontrado em situações de relações consensuais, em que ambos os parceiros estariam dispostos na relação afetivo-sexual. Esse instrumento também não contempla a visão de culpa, tal como no caso da negligência na exposição ao risco pelo não uso de preservativo.

A partir do mesmo entendimento, é possível considerar que haja a excludente de ilicitude do estado de necessidade em razão da configuração do direito de necessidade, na medida em que não poderia ser exigido um sacrifício, enquanto um dever superior ao próprio da pretensa vítima, a quem caberia também considerar a exposição ao risco na

busca do prazer. Isto, em se considerando, haja vista, que desejo não é ordem (GIKOVATE, 2010, P 27).

Essas soluções acima são alternativas para que as ordens do pertencimento e do equilíbrio entre o dar e o receber possam estar presentes, de forma a que possa ser encarada a perspectiva de uma justiça restaurativa e conciliatória. Nesse sentido, segue a abordagem da relação entre hierarquia e pertencimento presente no resgate da participação da vítima no processo.

51 O ESPAÇO PARA O PERDÃO NA RELAÇÃO ENTRE HIERARQUIA E PERTENCIMENTO

Eu notei que, normalmente, a indignação não vem das vítimas, mas daqueles que se acham no direito de representar as vítimas. Eles reclamam ilicitamente para si o direito de ficar zangados com os agressores, sem ter passado pelo sofrimento. Como recebem o apoio da maioria, nem mesmo correm o risco de serem responsabilizados pelo desejo de vingança contra os agressores. Aqui existe uma curiosa semelhança entre os indignados e os agressores, exatamente aqueles que são criticados. Os primeiros consideravam-se superiores e por isso se sentiram no direito de atacar e aniquilar os outros (HELLINGER, 2007b, p 129).

De acordo com o direito sistêmico, a atitude de restauração das relações é a pacífica de conciliação, que deve ser buscada de forma a que a justiça se faça quando todos se reconhecem como membros da 'grande alma' e dessa forma, todos podem assim chorar pelas vítimas. Esse caminho evita o *mindset* fixo punitivo da vingança. Do mesmo modo, essa superação também deve se dar pela via da recolocação da vítima no espaço originário, de modo a completar as leis do amor do direito sistêmico, por meio da hierarquia em relação ao pertencimento.

O campo público de solução de conflitos da heterocomposição retirou a vítima do processo da autocomposição. Agressor e vítima originariamente estavam nas mesmas condições no processo penal, submetidos ao mesmo modo de prova. Entretanto, a mudança substituiu a vítima, tendo sido a vingança encoberta pela perspectiva da justiça abstrata. Essa retirada da condição de vítima a tirou da possibilidade do exercício do direito de perdão, o que feriu a lei da hierarquia do direito sistêmico, provocando um sentimento de não pertencimento, logo criando desequilíbrio.

Estando a vítima retirada do processo, de sua posição originária, a outra parte é obrigada a estar na posição de assumir toda a responsabilidade, podendo ser essa outra parte o réu ou a sociedade, o que nos dois casos fica revelado o desequilíbrio. Diz Hellinger (2007^a, p 61): "quando alguém assume a culpa e suas consequências em lugar de outro, isto o enfraquece. Pois com ela não é capaz de fazer algo de bom; pelo contrário, faz algo de mau. Além disso, enfraquece o outro, pois, assumindo a culpa em seu lugar, tira dele a

força para fazer com ela algo de bom”.

A partir disso, essa situação de desequilíbrio levou à impossibilidade do perdão por parte da vítima, dado o desnível gerado. Para explicar isso, Hellinger (2007^a, p 118) diz que:

Não se deve pedir perdão. Um ser humano não tem o direito de perdoar. Nenhum ser humano tem esse direito, quando alguém me pede perdão, empurra para mim a responsabilidade por sua culpa. Da mesma forma, quando alguém se confessa, empurra para o outro as consequências de seu comportamento. (...)No ato de perdoar existe sempre um desnível de cima para baixa, que impede uma relação de igualdade. Pelo contrário, se você diz: ‘Sinto muito’, você se coloca de rente para o outro. Então você preserva sua dignidade, e para a outra pessoa é bem mais fácil ir ao seu encontro do que se você lhe pedir perdão.”

Cabe ressaltar, que a perspectiva do perdão está na possibilidade de reconciliação de uma justiça restaurativa. Para isso, não se deixa de admitir a responsabilidade do réu. Entretanto, trata-se de uma perspectiva que admite entender o outro, revelando um perdão que não sobrepõe um indivíduo ao outro, pelo contrário, leva cada um a assumir suas responsabilidades, seu próprio destino, porém considerando a ligação de todos dentro da ‘grande alma’, que na mecânica quântica pode ser identificado como o vazio quântico.

6 I CONCLUSÃO OU PARA IR MAIS ALÉM

A pretensão do trabalho é a de colocar em relevo a necessidade de ultrapassar a utilização de política criminal contra a transmissão do HIV/Aids como resposta punitiva, no que concerne à questão de situações sexuais consensuais. A base teórica apontada é a do direito sistêmico desenvolvido a partir da filosofia-psicologia de Bert Hellinger, conhecida como constelação familiar, que forjou as três leis ou ordens do amor: o pertencimento, o equilíbrio e a hierarquia, que encontra seu entendimento em elementos da mecânica quântica.

Por conseguinte, vislumbra-se uma abordagem interdisciplinar capaz de permitir que uma reflexão mais coerente e profundamente humana se constitua, considerando, em meio à questão jurídico penal-constitucional, aspectos da filosofia-psicologia que entende o homem em sua tomada de consciência pelo reconhecimento de suas responsabilidades. Dessa forma, o homem não é tratado no seu estado criança por meio de um ‘sentimentalismo tóxico’, mas no seu estado adulto, autor de suas escolhas e responsável, portanto, por elas.

Para considerar todos esses elementos, são enfatizadas medidas preventivas de educação-informação sobre a doença e o modo de transmissão, portanto a ‘janela imunológica’, a necessidade do uso de preservativo e a corresponsabilidade da vítima, de modo a evitar a criminalização e o uso da lei penal como solução. Os institutos jurídicos da

exclusão da ilicitude como o estado de necessidade, assim como as teses de auto colocação em risco e de consentimento do ofendido também estão no cerne das respostas cogitadas, de forma a referendar a possibilidade de se buscar soluções dispostas à prevenção.

A perspectiva punitiva no caso do problema da transmissão do HIV/Aids não merece ser colocada em primeiro relevo, na medida em que se tem um indivíduo em situação de fragilidade da própria doença, ou possibilidade dela, o que dentro do campo teórico do direito sistêmico implicaria em criação de emaranhamentos e, por conseguinte, de exclusão, que ferem as leis do pertencimento, do equilíbrio e da hierarquia. Dada a peculiaridade da situação, deve ser um exercício de aplicação da experiência da justiça restaurativa do direito sistêmico, que considera tais leis.

A ruptura, nesse caso, do *mindset* fixo da punição (direito penal do emaranhado), permite considerar que a indignação que promove a vingança contra o agressor, perpetua um ciclo de vingança, um ciclo que reivindica, portanto, revivendo a vingança. O *mindset* de crescimento ultrapassa a perspectiva da punição para desenvolver a perspectiva de prevenção por meio de medidas educativas-informativas, enquanto medidas capazes de realizar ou efetivar direitos à informação e à não discriminação.

Trata-se, assim de um quadro teórico para um processo pedagógico de solução de conflitos, restaurativo, pacífico e conciliatório. Nessa solução, a vítima pode retomar o seu lugar originário de participação no processo penal, em que estava em situação de equilíbrio com o agressor. Desse modo, ambos podem assumir suas responsabilidades e tomar os seus próprios destinos, embora ligados pela grande alma ou vazio quântico.

REFERÊNCIAS

ACT UP-PARIS. <https://www.actupparis.org/>Acesso em: 18 jul.2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro:Ed. Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida*. Rio de Janeiro: Ed.Zahar, 2013.

BRASIL. Ministério de Saúde. *Coinfecção TB-HIV no Brasil: panorama epidemiológico e atividade colaborativas*. Boletim Epidemiológico da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, volume 48, nº40, de 2017.

BRASIL. Ministério de Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. *Nota técnica sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV*. Nota técnica n. 350/2009/D-DST-AIDS-HV/SVS/MS. Acesso em: 18 jul.2018.

BRASIL. Ministério de Saúde. Departamento de Doenças Sexualmente Transmissíveis, DST, Aids e Hepatites Virais, do Ministério da Saúde, 1989, profissionais da saúde e membros da sociedade civil criaram com seu apoio a *Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Portadora do Vírus da Aids*, tendo sido aprovado no Encontro Nacional de ONG que Trabalham com Aids (ENONG), em Porto Alegre (RS). Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/direitos-fundamentais>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. *Recomendações para terapia antirretroviral em adultos infectados pelo HIV, 2008*. Prevenção Positiva. Brasília, 2007. Disponível em: <http://data.unaids.org/pub/BaseDocument/2008/20080731_jc1513_policy_criminalization_en.pdf> Acesso em: 15 jun. 2010.

COMISSÃO SUÍÇA PARA QUESTÕES LIGADAS À AIDS. CFS - *Commission Fédérale pour les problèmes liés au Sida*. Disponível em: < www.bag.admin.ch/hiv_aids>. Acesso em: 15 jun. 2010.

DALRYMPLE, T. *Podres de mimados*. SP:É Realizações, 2015.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas – sexualidade e erotismo na história do Brasil*. 2ª.ed. São Paulo:Planeta, 2014.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DWECK, Carol S. *Mindset: a nova psicologia do sucesso*. São Paulo:Ed.Objetiva, 2017.

DUBY, Georges. *An 1000 an 2000 sur les traces de nos peurs*. Paris: France Loisirs, 1995.

FORBES, Jorge. *Você quer o que deseja?* 5. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I - a vontade do saber*. 6ª.ed. São Paulo:Paz e Terra, 2017.

FREITAS, Carlos Machado de. Problemas ambientais, saúde coletiva e ciências sociais. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232003000100011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 21 jun. 2013.

GIKOVATE, Flávio. *Sexo*. 4. ed. São Paulo: MG, 2010.

GIV.GRUPO DE INCENTIVO À VIDA. *Direitos humanos – Criminalização*. <http://www.giv.org.br/Publica%C3%A7%C3%B5es/Cartilha-Direitos-Humanos-Criminaliza%C3%A7%C3%A3o-da-Transmiss%C3%A3o.pdf> Acesso em: 13 jun. 2018.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Série Ciência do direito penal contemporânea, v. 7).

GRUPO PELA VIDDA. Grupo pela valorização, integração e dignidade do doente de AIDs. Disponível em: <www.pelavida.org.br>. Acesso em: 15 jun. 2015.

HELLINGER, Bert. *A fonte não precisa perguntar pelo caminho*. 3ª edição. Goiânia/GO:Atman, 2012.

HELLINGER, Bert. *Ordens do amor*. São Paulo:Cultrix, 2007a.

HELLINGER, Bert. *Constelação familiar: o reconhecimento das ordens do amor. Conversas sobre emaranhamentos e soluções*. São Paulo:Cultrix, 2007b.

HIVLAWCOMMISSION. *Informe – o hiv e a lei*. 2012. Comissão Global sobre o Hiv e lei/Conselho Coordenador da UNAIDS/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)www.hivlawcommission.org
<http://www.giv.org.br/Publica%C3%A7%C3%B5es/Cartilha-Direitos-Humanos-Criminaliza%C3%A7%C3%A3o-da-Transmiss%C3%A3o.pdf> Acesso em: 18jun.2018.

HUNT, L. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1986.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

MUCHEMBLED, Robert. *O orgasmo e o ocidente: uma história do prazer do século XVI a nossos dias*. São Paulo: M. Fontes, 2007.

ORWELL, Georges. *A revolução dos bichos*. SP: Ed.Abril Cultural, 1982.

PARAGUASSU Correia da Silva, Monica. *Direito penal do emaranhado*. RJ:Processo, 2019.

PARAGUASSU Correia da Silva, Monica. *A transmissão do Hiv/Aids no humanismo jurídico*. RJ:Eduff, 2018.

PARAGUASSÚ Correia da Silva, Monica. *Human Immunodeficiency Virus/Acquired Immunodeficiency Syndrome Prevention and Transmission Liability / A prevenção contravírus da imunodeficiência humana / Síndrome da Imunodeficiência Adquirida e responsabilidade da transmissão*. *DST - Jornal Brasileiro de Doenças Sexualmente Transmissíveis*, v. 20, n. 10, p. 1-7, 2010.

PEREIRA,C; BELOQUI, J. Breve estudo a respeito da criminalização da transmissão do HIV/Aids nas relações consensuais. In: *Direitos Humanos – Criminalização*. Projeto Prevenção Positiva e Adesão para a Vida. <http://www.giv.org.br/Publica%C3%A7%C3%B5es/Cartilha-Direitos-Humanos-Criminaliza%C3%A7%C3%A3o-da-Transmiss%C3%A3o.pdf> Acesso em:18 jun.2018.

PLATÃO. *Mito da caverna*. Livro VII, de A República. SP: Ed.Martin Claret, 2012.

RIOS,RR; PIOVESAN, F. A discriminação por gênero e por orientação sexual. Seminário Internacional As minorias e o direito. *Cadernos CNJ* 24, pp 154-175.
http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/693_609_riosroger.pdf. Acesso em: dez 2017.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade e teoria do erro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. SP: Martins Fontes, 2003.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SADALA, Maria Lúcia Araújo; MARQUES, Sílvio de Alencar. Vinte anos de assistência a pessoas vivendo com HIV/AIDS no Brasil: a perspectiva de profissionais da saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 11, p. 2369-2378, nov. 2006.

SEFFNER, F.; PARKER, R. A neoliberalização da prevenção do hiv e a resposta brasileira à aids. In: *Mito vs realidade sobre a resposta brasileira à epidemia de hiv e aids*. Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids. Rio de Janeiro:ABIA, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SONTAG, Susan. *A doença como metáfora*. São Paulo:Graal, 1984.

SOUZA, Herbert de. *A cura da Aids*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994

TERTO Jr, V.; CARVALHO, F.; VILLARDI, P. e VIEIRA, M. A luta continua: avanços e retrocessos no acesso aos antirretrovirais no Brasil. In: *Mito vs realidade sobre a resposta brasileira à epidemia de hiv e aids*. Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids. Rio de Janeiro:ABIA, 2016.http://abiadays.org.br/wp-content/uploads/2016/07/Mito-vs-Realidade_HIV-e-AIDS_BRASIL2016.pdf Acesso em: 21 mar.2019.

TESSIER, Stéphane. *Épidémie à VIH et institutions socio-sanitaires: quelle réorganisation de l'espace médical?* In: BENOIST, Jean; DESCLAUX, Alice (Dir.). *Anthropologie et Sida*. Paris: Karthala, 1996.

UNAIDS. *Criminal Law, Public Health and HIV Transmission: a Policy Options Paper*. Geneva, 2002. Disponível em: <www.unaids.org>. Acesso em: 15 jun. 2014.

UNAIDS. *International Guidelines on HIV/AIDS and human rights*. 2006. Disponível em: <http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub07/jc1252-interguidelines_en.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

UNAIDS. *Recomendação das Nações Unidas de 2002, Diretriz 4, estabelece as Diretrizes Internacionais sobre HIV/AIDS e Direitos Humanos*. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and UNAIDS (2006), *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights: 2006 Consolidated Version*. Disponível em: <http://data.unaids.org/Publications/RC-pub07/jc1252-interguidelines_en.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

UNAIDS. *Policy Brief: Criminalization of HIV Transmission*, 2008. Disponível em: <http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/_jc1601_policy_brief_criminalization_en.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2010.

VALLE, Carlos Guilherme do. Identidades, doença e organização social: um estudo das Pessoas Vivendo com HIV e AIDS. *Horiz. antropol.* [online]. 2002, vol.8, n.17 [cited 2018-06-04], pp.179-210. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832002000100010&lng=en&nrm=iso>. ISSN 01047183. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-71832002000100010>. Acesso em: dez 2018.

A INEFICÁCIA DAS ALTERNATIVAS PENAIS COMO FORMA DE COMBATE À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 01/06/2020

Matheus de Quadros

Universidade Estadual de Ponta Grossa
(UEPG),
Instituto Damádio de Direito da Faculdade
Ibmec/SP.
Ponta Grossa – Paraná.
<http://lattes.cnpq.br/4119438462145055>

RESUMO: O presente trabalho objetiva a análise da eficácia das chamadas alternativas penais como método de desencarceramento ante o estado de coisas inconstitucional que atinge o sistema penitenciário brasileiro. Para isso, o presente trabalho utilizará do método hipotético dedutivo, a partir do qual será verificada a hipótese das alternativas penais como forma de reduzir a população carcerária brasileira. Ademais, será realizada pesquisa de cunho qualitativo e descritivo, utilizando-se de meios de pesquisa indiretos documentais e bibliográficos, correspondentes às estatísticas disponíveis sobre encarceramento no país, regulamentações sobre o instituto e obras doutrinárias que analisam criticamente o fenômeno. Conclui-se que embora a utilização dos institutos englobados pelo termo “alternativas penais” tenha reduzido o número de encarceramentos, ainda sim há um aumento e assombroso do número de prisões, de forma que esse instituto se mostra insuficiente para resolver a crise carcerária brasileira. Além disso, conclui-se que as alternativas penais fazem parte de tentativa apaziguar os efeitos

da expansão do Direito Penal, a qual apenas adia a necessária discussão dos problemas da utilização do Direito Penal como *sola ratio* de resolução das demandas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: alternativas penais, minimalismo penal, crise carcerária.

THE INEFFECTIVENESS OF THE CRIMINAL ALTERNATIVES AS A FORM OF COMBATING PRISON OVERCROWDING

ABSTRACT: The present work aims to analyze the effectiveness of the so-called criminal alternatives as a method of release of the number of prisoners in the face of the state of unconstitutional things that affects the Brazilian prison system. For this, the present work will use the hypothetical deductive method, from which the hypothesis of criminal alternatives will be verified as a way to reduce the Brazilian prison population. In addition, qualitative and descriptive research will be carried out, using indirect documentary and bibliographic research methods, corresponding to the available statistics of incarceration in the country, regulations of the institute and doctrinal works that critically analyze the phenomenon. It is concluded that although the use of the institutes encompassed by the term “penal alternatives” has reduced the number of incarcerations, there is still an huge and increasing number of prisons, so that institute is insufficient to solve the Brazilian prison crisis. In addition, it is concluded that the criminal alternatives are part of an attempt to appease

the effects of the expansion of Criminal Law, which only postpones the necessary discussion of the problems of using Criminal Law as a *sole ratio* for solving social demands.

KEYWORDS: criminal alternatives, criminal minimalism, prison crisis.

1 | INTRODUÇÃO

Embora a institucionalização da pena de prisão como pilar do Direito Penal seja relativamente recente, remetendo-se ao século XIX, já é possível observar uma crise global em seu formato, a qual põe em cheque o pretense objetivo ressocializador do modelo (BITENCOURT, 2017, p. 175-179).

A prisão, a qual nasceu como um avanço em relação às penas corporais desproporcionais e desumanas típicas do Direito Penal dos estados absolutistas, logo demonstrou seus problemas estruturais, passando de uma solução para um pesadelo.

Nesse sentido, como bem aponta Cezar Roberto Bitencourt, as mazelas do sistema prisional não se demonstram uma exclusividade dos países de terceiro mundo, sendo constantes diversos problemas, tais como: as perturbações psicológicas produzidas, o problema sexual, a subcultura carcerária, os efeitos negativos causados na pessoa do condenado, dentre outros (BITENCOURT, 2017, p. 177/178).

Contudo, no Brasil, a situação carcerária se mostra ainda mais sensível. Em sede da ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu pioneiramente no país o chamado “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário brasileiro. Tal nomenclatura corresponde à constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, por vários órgãos estatais, as quais demandam soluções estruturais amplas para a solução dos problemas e supressão das omissões estatais (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 587).

Dentro da supramencionada decisão, dentre várias medidas adotadas liminarmente para combater esse *status quo* de violação de direitos humanos, determinou-se o estabelecimento sempre que possível de penas alternativas à prisão.

Assim como os problemas da pena de prisão, as chamadas alternativas penais não são novidade no Direito Penal, encontrando-se precedentes dessa espécie já no Direito Romano (BEZERRA, 2014). Contudo, foi a partir da Reforma do Código Penal de 1984 que essas passaram a ter um papel destacado no Brasil, ao permitir sua aplicação de forma autônoma (BUSATO, 2018, p. 805).

A partir da supramencionada reforma, o Brasil inaugurou diversos institutos nesse sentido, os quais se encontram majoritariamente listados no parágrafo único do 1.º da portaria nº 495/2016 do Ministério da Justiça, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo e as penas restritivas de direitos, além do recente instituto do acordo de não persecução penal, instituído pelo art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, ainda não elencado na mencionada portaria.

Contudo, há que se perguntar: após todas essas mudanças legislativas, as alternativas penais surtiram o efeito desejado?

Como resposta a esse questionamento, o presente trabalho utilizou do método hipotético dedutivo, a partir do qual foi verificada a hipótese das alternativas penais como forma eficaz de reduzir a população carcerária brasileira.

Além disso, realizou-se pesquisa de cunho qualitativo e descritivo, utilizando-se de meios de pesquisa indiretos documentais e bibliográficos, correspondentes às estatísticas disponíveis sobre encarceramento no país, regulamentações sobre o instituto e obras doutrinárias que analisam criticamente o fenômeno.

Durante a primeira parte do desenvolvimento do presente artigo é feita uma breve análise dos institutos chamados de alternativas penais, bem como o efeito desses no número de prisões no Brasil.

Já na segunda parte do desenvolvimento do trabalho é realizada a discussão desses resultados, observando-se se os resultados obtidos são maneiras eficientes de conter a superpopulação carcerária e o conseqüente estado de coisas inconstitucional que assola o Brasil, bem como qual seria a alternativa possível.

Por fim, como conclusão, denota-se a ineficácia da utilização das alternativas penais como solução aos problemas do Direito Penal Moderno, sugerindo-se a adoção de novas perspectivas estatais, nos moldes da teoria do Direito de Intervenção de Winfried Hassemer.

2 I O PROBLEMA DA EFICÁCIA DAS ALTERNATIVAS PENAIS

Como consignado acima, as alternativas penais passaram a ter destacado papel no Direito Penal pátrio a partir da reforma do Código Penal de 1984, na qual foi permitida a utilização autônoma das penas restritivas de direito. Nesse momento, supera-se o antigo binarismo das penas impostas, correspondentes à pena privativa de liberdade e à pena pecuniária.

Contudo, esse foi apenas o primeiro passo adotado para a ressignificação das ferramentas do Direito Penal. Após a reforma de 1984, houve uma progressiva e acelerada adoção de outras medidas objetivando a não utilização da pena de prisão.

Nesse sentido, pouco mais de uma década depois, a Lei n° 9.099/95 revolucionou novamente o Direito Penal brasileiro ao mitigar processualmente e materialmente o peso oriundo do Direito Penal, adotando novos procedimentos aos crimes chamados de crimes de menor potencial ofensivo (art. 61 da lei).

Com a mencionada lei, dois institutos de grande importância para o cotidiano forense foram adotados: a transação penal (art. 77 da lei) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da lei), ambos visando evitar a instauração de um processo penal.

Porém, o maior passo até então foi adotado há poucos meses, com seus efetivos resultados ainda a serem observados. Através da Lei n° 19364/2019 o Brasil finalmente

adotou um amplo instituto da justiça negociada, comum em países como a França e a Alemanha (CABRAL, 2018, p. 24-28), aqui chamado de acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal).

Polêmico, tal instrumento permite que os crimes cometidos sem violência e com pena mínimo inferior a 4 anos sequer se tornem ações penais, tratando-se de medida que abarca considerável número de tipos penais.

Assim, em um espaço de pouco menos de quatro décadas, o Brasil passou de um sistema que necessariamente previa a restrição da liberdade ou a aplicação de pena pecuniária como sanção para um universo de distintas ferramentas visando evitar a introdução do infrator no sistema carcerário.

Contudo, pergunta-se, qual o efeito dessas medidas?

Como resultado da presente pesquisa, observou-se que as alternativas penais, de fato, evitaram diversas sentenças privativas de liberdade (SOUZA; AZEVEDO, 2015, p. 71-73), pois diversos crimes que importavam anteriormente à pena de prisão foram relativizados pelos institutos acima mencionados.

Todavia, conclui-se que, ao mesmo tempo, elas foram forma ineficiente de barrar o aumento carcerário brasileiro, que cresce ininterruptamente desde o início da série histórica.

Se de um lado, como apontado acima, o Brasil evitou diversas prisões com a aplicação das alternativas penais, por outro, o Brasil explodiu sua taxa de encarceramento nas últimas décadas, chegando ao número de mais de 755 mil pessoas em 2019 (BRASIL, 2020), o que colocou o país na vergonhosa terceira colocação dentre os países com a maior população carcerária do mundo (VERDELIO, 2017).

Assim, independentemente do número de prisões evitadas, é seguro dizer que, no Brasil, a implementação das alternativas penais foi forma ineficiente de combate à expansão da população carcerária, o que pode ser comprovado com a mera comparação da evolução do número de pessoas presas no Brasil com o passar dos anos, passando de quase 233 mil pessoas presas no ano 2000 para mais de 755 mil pessoas em 2019, um aumento de mais de 200% em menos de duas décadas.

Mais que isso, embora ainda não seja possível discutir os efeitos concretos da implementação do acordo de não persecução penal no Direito brasileiro, é seguro afirmar que, assim como as outras medidas anteriormente adotadas, esse instituto diminuirá o número de sentenças privativas de liberdades, mas não será capaz de diminuir o crescimento da população prisional brasileira, devido a questões melhor tratadas abaixo no presente artigo.

Contudo, se diversas medidas foram adotadas nos últimos anos para evitar a expansão prisional, como a população prisional cresceu dessa maneira?

A resposta desse fracasso reside na visão geral do problema no âmbito das políticas criminais. A forma que as políticas antiprisionalisantes são hoje adotadas no país, constituiu-se em mera vitória de Pirro.

Inicialmente, deve-se reconhecer que inegavelmente as alternativas penais servem muito melhor à ressocialização que o cárcere no Brasil atual, pois esse representa um ambiente criminógeno por si só.

Contudo, observa-se que a adoção das alternativas penais, desacompanhadas de outras ferramentas mais robustas, como é o caso brasileiro, constitui mera luta contra as consequências do uso indevido do Direito Penal, em vez de sua causa.

Nesse sentido, mesmo com a utilização de uma ferramenta tão robusta quanto o acordo de não persecução penal, ainda não é possível chegar nos grandes responsáveis pelo crescimento da população criminal no país, como o crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006), o qual prevê pena de reclusão mínima de 5 anos, acima da aplicabilidade do instituto do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Conforme bem pontuado por relatório de 2017 da ONG Human Rights Watch, a Lei nº 11.343/2006, apelidada de Lei de Drogas, é a grande responsável pelo aumento carcerário no país (HUMAN RIGHTS WATCH, 2017)¹.

Contudo, mesmo sendo esse fato amplamente conhecido pelos gestores públicos, em momento algum houve movimentação política para modificação da Lei de Drogas, vilã no combate à superpopulação carcerária.

Em que pese a adoção de políticas públicas de criação de alternativas penais, o Brasil resolveu adotar política contraditória, em que encarcera de forma pesada aqueles que comercializam entorpecentes. Mais que isso, em que pese a adoção de políticas públicas de criação de alternativas penais, o Brasil continua sua política de expansão de tipos penais.

Essa aparente contradição não se trata de ponto fora da curva, mas sim de uma forte característica do problemático Moderno Direito Penal, o que não é exclusividade do Brasil.

Como leciona o jurista alemão Winfried Hassemer, observa-se que o Direito Penal moderno age em movimentos contraditórios, ora criando medidas despenalizadoras visando à ressocialização e ora criando novos tipos penais e agravando a pena de crimes já existentes em nome da “defesa da ordem jurídica” (HASSEMER, 2008, p. 143).

Observando-se os primeiros passos desse novo modelo garantista de Direito Penal, no qual a pena de prisão passou a ser tratada como *ultima ratio* dentro do próprio Direito Penal, tem-se que o Brasil também começou a adotar quase que simultaneamente uma política de recrudescimento de suas penas e de alargamento da atuação do Direito Penal.

Exemplo do supramencionado é a própria resposta penal aos crimes relacionados às drogas. Dentro de uma retrospectiva que remonta à década de 1970, observa-se que o Brasil tomou opções progressivamente mais duras penalmente, passando pela Lei 6.368/76,

1 Como ilustração dos nefastos efeitos da Lei nº 11.343/2006 no ambiente carcerário, entre os anos de 2005 e 2017 houve um aumento de 480% de presos pelo crime de tráfico de drogas (D'AGOSTINO; REIS; VELASCO, 2017), o que bem ilustra a afirmação feita pela Human Rights Watch.

pela inafiançabilidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLIII, CF), pela sua equiparação a crime hediondo (art. 2º da Lei 8.072/90) e por fim pela Lei 11.343/2006, que apesar de ter isentado de pena o uso de entorpecentes e ter criado a figura do tráfico privilegiado, aumentou de três para cinco anos a pena mínima do tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/2006).

Da mesma forma, esse tipo de movimento contraditório da política criminal pode ser observado até dentro do mesmo diploma legal. Enquanto que a Lei nº 13964/2019 criou o já mencionado instituto do acordo de não persecução penal, essa também aumentou a duração máxima da pena de prisão de 30 para 40 anos, aumentou a pena de tipos penais, criou novas qualificadoras e até novos tipos penais, a exemplo do crime de induzimento à automutilação (art. 122 do Código Penal).

Assim, observa-se que a real intenção do legislador não é resolver a crise do Direito Penal, mas sim diminuir alguns dos seus pontos de pressão, para que possa continuar atuando em outras áreas de expansão desse. Cabe dizer, não se observa de forma nenhuma a intenção da diminuição do Direito Penal, vez que mesmo as pretensas soluções são inseridas dentro da lógica dele.

Ou seja, mantém-se a expansão do Direito Penal brasileiro, demonstrando-se uma política criminal dúbia por parte do legislador que ao mesmo tempo em que reconhece a crise carcerária e faz políticas de desencarceramento, age ativamente para colocar mais pessoas dentro das prisões por mais tempo.

3 I A NECESSIDADE DE REPENSAR O USO DO DIREITO PENAL

Dessa forma, observa-se que acima da adoção de algumas políticas desencarceradoras, é necessária uma mudança de mentalidade referente ao próprio Direito Penal.

Diante do mencionado acima, observa-se que mesmo quando o legislador opta em tomar medidas contra o superencarceramento, esse o faz dentro da lógica do Direito Penal.

Ou seja, apesar de não se aplicar a pena de prisão a diversas situações (as quais ainda sim sequer se mostram suficientes), ainda se mantêm diversas pessoas e diversos fatos sob a égide do sistema penal, o qual não tem capacidade para tratar desses problemas.

Cabe dizer que ao manter essas pessoas sob a tutela do Direito Penal, mantêm-se o caráter seletivo do Direito Penal, modificando-se apenas o produto final da pena aplicada.

Noutro giro, mantêm-se as prisões preventivas, as medidas cautelares, a prisão em flagrante delito, o vexame do processo penal público e todo o caráter socialmente estigmatizante do Direito Penal, o qual é muito bem observado e detalhado pela teoria norte-americana do *labelling approach* (SCHECAIRA, 2014, p. 261/262).

A não utilização das prisões mascara um problema muito maior, que é a utilização do Direito Penal como *sola ratio* para diversos problemas sociais.

Assim, não é espantoso que, após a progressiva adoção de alternativas penais, o Brasil tenha explodido em sua população carcerária, hoje a terceira maior do mundo.

O Brasil continuou a se socorrer do Direito Penal para todos os problemas que a sociedade teve como relevante. Nesse sentido, basta lembrar o centro de boa parte das discussões recentes das polêmicas do país: corrupção, importunação sexual, divulgação de fotos íntimas, automutilação, desrespeito às prerrogativas do advogado e, mais recentemente, as chamadas *fake news*. Em todos esses casos, a primeira e única solução a ser abraçada pelo Legislativo e pela sociedade foi o Direito Penal, não sendo sequer consideradas as alternativas dos outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo Sancionador.

A esse fenômeno, dá-se o nome de expansão do Direito Penal, uma das características do Direito Penal atual que é vigorosamente combatida por boa parte dos chamados autores minimalistas penais, autores que defendem a utilização do Direito Penal apenas nos casos mais graves, nos quais haja lesão relevante aos bens jurídicos considerados essenciais.

Conforme leciona Jesus-Maria Silva Sánchez esse fenômeno expansionista tem diversas causas, a exemplo do aparecimento de novos riscos, da sensação social e institucionalização da insegurança, da identificação da população com a vítima dos delitos, do descrédito de outras instituições e esferas, da política criminal social-democrata e dos gestores atípicos da moral (SÁNCHEZ, 2013, p. 33 et. seq.).

Assim, a solução necessariamente passa pela desmistificação do poder do Direito Penal como gestor eficiente das crises sociais e morais e pelo olhar dos outros ramos do Direito como solução efetiva.

Nesse sentido, o jurista alemão Winfried Hassemer propõe como solução para esses novos problemas sociais a criação de uma nova esfera do Direito, a qual esse chama de Direito de Intervenção.

Para o autor, o Direito de Intervenção é conceituado da seguinte forma:

Eu denomino os instrumentos que podem responder – melhor que o Direito Penal – à pressão de solução dos problemas atuais e futuros (supra I.) com o conceito genérico de “Direito de Intervenção”. Estes instrumentos existem apenas em suas bases, eles ainda devem ser amplamente desenvolvidos – inclusive teoricamente:

[...]

Também um Direito de Intervenção dispõe de possibilidades de sancionamento, e inclusive empregará meios jurídico-penais – mas na verdade para a realização de fins preventivos e não repressivos como resposta ao injusto e à culpabilidade. Assim, o fabricante de produtos perigosos poderá ser compelido, inclusive pelo uso da força, por exemplo, a respeitar seu dever de comunicar e de preservar.

Um Direito de Intervenção não pode substituir sistematicamente o Direito Penal. Assim o referido fabricante será responsabilizado por lesão corporal ou homicídio, se existirem os pressupostos da responsabilidade penal – na verdade, somente se os meios preventivamente eficazes da intervenção protetora do bem jurídico falharem e se ocorrer a lesão ao bem jurídico.

O desenvolvimento de um Direito de Intervenção pressupõe para os penalistas justamente que eles estejam conscientes dos limites do seu ramo e realmente iniciem a cooperação com o seu meio. Ele terá por consequência o fato de que o sistema jurídico-penal a longo prazo se desobrigará de tarefas que ele não pode cumprir.

Bons exemplos para a racionalidade de um Direito de Intervenção são todos aqueles âmbitos dos grandes problemas modernos, como: a corrupção; a dependência e o tráfico de drogas; a venda de produtos perigosos; o auto-encobrimento organizado; a crescente disposição à violência e a criminalidade de crianças e adolescentes. (HASSEMER, 2013, p. 43/44)

Assim, não mais se recorreria de pronto ao Direito Penal para tratar de questões que, na visão da sociedade, afetam bens jurídicos (de menor importância), mas sim a essa nova esfera, a qual gozaria de melhores instrumentos para enfrentar as condutas ilícitas.

Até o presente momento, o combate legislativo tem sido realizado contra a ideia da pena de prisão (e com muitas ressalvas, cabe salientar). Contudo, esse paradigma deve ser modificado, pois a necessária reforma estrutural perpassa pela modificação do papel do Direito Penal e pela busca de alternativas fora desse.

Gize-se que ao insistir na ideia das alternativas penais, o legislador apenas adia a necessária reavaliação dos bens jurídicos que de fato merecem ser tutelados pelo Direito Penal, sustentando a crença social do Direito Penal como ator eficiente contra os problemas sociais.

4 | CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que a utilização das alternativas penais, embora melhor que a aplicação irrestrita das penas privativas de liberdade, ainda se mostra ineficiente para contenção da expansão prisional, tratando-se de mero remédio paliativo, cujo limite esbarra no subconsciente de uma sociedade que acredita ser o Direito Penal a *sola ratio* (SÁNCHEZ, 2013, p. 75-79).

Como mencionado acima, observa-se que o Direito Penal moderno age em movimentos contraditórios, ora criando medidas despenalizadoras e ora criando novos tipos penais, sendo a política da adoção das alternativas penais no Brasil apenas a face desencarceradora desse movimento. A qual, entretanto, não obsta os efeitos dos diversos tipos penais, qualificadoras e aumentos de pena que vem sendo constantemente adotados.

Desse modo, acima da criação de alternativas penais, mostra-se necessária uma

reavaliação dos fins do Direito Penal, vez que grande parte dos tipos penais sequer deveriam ser tutelados pela esfera penal, necessitando-se de nova filtragem desses diante dos princípios norteadores do Direito Penal, tais como a intervenção mínima, a fragmentariedade e da ofensividade.

Assim, em vez de recorrer a modificações referentes ao fim da persecução criminal, deve o legislador modificar o início dela, delegando para outros ramos do Direito o papel de tutelar lesões que, concretamente, não ofendam de forma grave os bens jurídicos mais importantes. Efetivando-se não apenas uma real redução da população carcerária, mas também do Direito Penal como um todo.

Nessa senda, soa útil a proposta feita por Hassemer concernente à criação de uma nova esfera do Direito, focada na tratativa de problemas que hoje são tutelados pelo Direito Penal, mas que passam longe do filtro da *ultima ratio*.

O vício da progressão das alternativas penais, sempre tentando diminuir a população prisional, confirma o clamor social de que o Direito Penal é a *sola ratio* das mazelas sociais, tratando-se de uma luta contra as consequências do problema, mas que alimenta o problema em si.

Assim, parece correto o entendimento de que a população carcerária apenas será combatida quando a hiperinflação do Direito Penal for combatida e que ações em outro sentido apenas adiam o inevitável momento de reavaliar o papel do Direito Penal na sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Rafaela Pinto da Costa. Origem e fundamento das penas alternativas. **Âmbito jurídico**, v. 122, p. 1, 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/origem-e-fundamentos-das-penas-alternativas/>>. Acesso em: 9 maio 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 8 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: dezembro de 2019. 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTIkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MwI3liwidCI6ImViMDkwN-DlwlTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 7 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n° 495, de 28 de abril de 2016. Institui a Política Nacional de Alternativas Penais. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22785957/do1-2016-05-02-portaria-n-495-de-28-de-abril-de-2016-22785887>. Acesso em: 7 maio 2020.

BUSATO, Cezar Roberto. **Direito penal**: parte geral: volume 1. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução n. 181/17 – CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18 – CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches. et. al. (Org.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago; VELASCO, Clara. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-paisresponde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 31 maio 2020.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. **Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal**, v. 1, n. 1, 2013, p. 37-46.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura e política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Relatório mundial de 2017**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298092>>. Acesso em: 31 maio 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades industriais. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos: uma análise a partir de discursos sobre crime e punição. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2015, p. 69-92.

VERDÉLIO, Andreia. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 31 maio 2020.

MÍDIA E CONSTRUÇÃO DA REALIDADE: O DISCURSO DA INSEGURANÇA E DO MEDO E SUAS CONSEQUENTES VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS NAS NOTÍCIAS VEICULADAS POR PROGRAMAS POLICIAIS

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 07/06/2020

Gabriela Moreira d'Assumpção Torres

Mestranda do Programa de Pós-graduação
em Direito da Universidade Federal de
Pernambuco – PPGD/UFPE
Recife/Pernambuco
<http://lattes.cnpq.br/7216758448543136>

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar as notícias veiculadas pelo programa policial de televisão “Ronda Geral”, transmitido em Pernambuco e fazer uma discussão teórica acerca do medo e da insegurança no discurso da mídia e as consequentes violações constitucionais realizadas. Para observar concretamente de que forma o discurso da mídia interfere na sociedade a pesquisa contou com referências bibliográficas e com a seleção de três amostras do programa em determinado período, para isso foi utilizado o tipo de pesquisa descritiva, sendo escolhido o método indutivo. Portanto, se buscou a partir da uma análise de casos específicos obter uma conclusão geral a respeito do assunto, alcançando como resultado a constatação de que a mídia propaga em seu discurso o medo e a consequente reação rigorosa e exagerada a ele, proporcionando a aceitabilidade de violações as pessoas mais vulneráveis da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia. Discurso. Medo. Insegurança. Violação de garantias.

MEDIA AND THE BUILDING OF REALITY: THE SPEECH OF INSECURITY AND FEAR AND THEIR CONSTITUTIONAL VIOLATIONS IN THE NEWS BROADCASTED BY TV CRIME SHOWS

ABSTRACT: This work intends to analyze the news broadcasted by the TV crime show “Ronda Geral” aired in Pernambuco and to do a theoretical discussion about the speech of fear and insecurity on the media and their following constitutional violations. To properly observe in which way the media speech interferes in society, the research relied upon bibliographic references and the selection of three samples from the TV crime show in a determined period, to do that it was used a type of descriptive research, being chosen the inductive method. Thus, seeking from specific case analyses to gain a general conclusion about the subject, reaching as a result the finding that the media propagates in its speech the fear and the following rigorous and exaggerated reaction to it, providing the acceptability of violations to the most vulnerable people in society.

KEYWORDS: Media. Speech. Fear. Insecurity. Breach of warranties.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar doutrinariamente e através da análise das amostras coletadas do programa “Ronda Geral” de que forma o discurso da mídia interfere no cotidiano da sociedade brasileira.

A ideia do tema surgiu a partir de uma observação fática da abordagem trazida pelos programas policiais ao veicular notícias de crimes, banalizando a violência e apontando indivíduos tidos como “perigosos” para a sociedade, propagando a ideia do medo e da insegurança, sentimentos já existentes na sociedade brasileira, além de estimular o preconceito com relação a indivíduos pertencentes as classes mais vulneráveis. Ao observar a forma como a mídia se aproveita da sensação de insegurança impregnada na sociedade com um discurso intolerante e agressivo, em que até mesmo a violação de garantias contra tais indivíduos é consentida, possuindo como fim a obtenção de lucros e a consequente elevação nos índices de audiência, constatou-se uma séria problemática na conjuntura brasileira.

Questionou-se até que ponto a livre manifestação de pensamento exercida pela mídia pode interferir nos direitos básicos resguardados aos indivíduos? Quais as possíveis violações constitucionais ocorridas a partir do confronto entre a manifestação do pensamento eivada de medo e insegurança feita pelo discurso da mídia? É dentro deste contexto de preocupações que se insere a presente análise, que busca estudar as construções a respeito do fenômeno criminal veiculadas por um forte ator social envolvido na questão: os meios de comunicação de massa, notadamente o jornalismo popular e de que forma o discurso veiculado por eles interfere na sociedade. Para isso, parte-se de uma análise de dados e referências bibliográficas, sendo utilizado o tipo de pesquisa descritivo e o método indutivo, em que se buscou a partir de casos específicos obter uma conclusão geral a respeito do assunto. Após algumas análises acerca do processo de produção de notícias, foi realizada uma observação sistemática, controlada e planejada sobre as três amostras coletadas do programa televisivo “Ronda Geral”, transmitido em Pernambuco, com o fim de demonstrar concretamente a forma como o discurso veiculado pela mídia eivado de medo e insegurança exerce influencia sobre a sociedade.

2 | DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA BASE PRINCIPIOLÓGICA

2.1 Direitos Fundamentais

A construção teórica em torno da ideia de Direitos Fundamentais é fruto de uma evolução histórica e social ao longo dos tempos. Nesse sentido afirma Bobbio (1992, p. 5) que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Assim, tais direitos foram sendo descobertos e declarados na medida em que a civilização humana passa a reconhecer a necessidade de assegurar a cada indivíduo e a sociedade uma existência digna, sendo a imposição de limitações ao poder do estado um dos principais fatores para o acolhimento desses direitos. Desta forma, sintetiza Comparato (2003, p. 40):

O reconhecimento de direitos humanos, assim como a positivação dos direitos fundamentais apenas foi possível através da evolução histórica, ou seja, tais direitos não surgiram todos de uma vez, mas foram sendo descobertos, declarados conforme as próprias transformações da civilização humana, sendo a luta pela limitação do poder político um dos principais fatores para o acolhimento destes direitos.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 foi um dos primeiros diplomas constitucionais a reservar um título próprio destinado aos direitos fundamentais. Pode-se dizer que de certa forma essa preocupação do constituinte em destinar um título para tais direitos decorreu do fato da constituição ter sido elaborada num momento que sucedeu um período de extremo autoritarismo vivenciado no Brasil, no qual os direitos individuais eram brutalmente desrespeitados e violados pelas autoridades estatais. Na Constituição de 1988 a dignidade humana foi elevada à condição de princípio fundamental no seu artigo 1º, inciso III, devendo ser lido e interpretado em todo o ordenamento pátrio brasileiro.

Neste sentido, são muitas as conexões existentes entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, como por exemplo, o direito à vida, à intimidade, à honra, à imagem, assim como à propriedade, à igualdade e os direitos sociais em geral são consequência da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, se posiciona Sarlet (2004, p. 118):

[...] o que se percebe em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui a antítese da noção da dignidade da pessoa humana (grifo nosso).

2.3 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

A Constituição Federal declara em seu art. 5º, X como invioláveis, o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Nesse sentido, o dispositivo é discutido por grande parte da doutrina, no que diz respeito a imprecisa terminologia existente entre os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada. Desta maneira, afirma Ferreira Filho (1997, p. 35):

O conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Tendo em vista o acima exposto, é contraditório ao Princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito a honra, a intimidade e a vida privada utilizar assuntos da esfera íntima do indivíduo ou quaisquer desgraças alheias que não demonstrem finalidade pública ou caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não resta dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público que burlem a dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta (MORAES, 2000, p. 136).

2.4 LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO E DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

A liberdade de informação compreende o direito de informar e o direito de ser informado, o primeiro caracteriza-se pelo direito de manifestação do pensamento por qualquer meio de exteriorização, o segundo indica o interesse do indivíduo de ser informado, ou seja, é através dele que se realiza o direito coletivo à informação para o exercício consciente das liberdades públicas (SILVA, 2010, p. 245).

Diante disso, preocupou-se a Constituição em assegurar a liberdade de Informação consagrando-a como um direito fundamental, dispondo em seu art. 220 que:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, CF, 1988).

No entanto, a Constituição no § 2º do art. 220 não alude qualquer tipo de censura prévia à imprensa, porém, tal posicionamento não deve ser entendido de maneira absoluta, visto que a liberdade de Informação Jornalística enfrenta limitações frente aos direitos igualmente garantidos pela Constituição.

3 | A MÍDIA E A CONSTRUÇÃO DA REALIDADE: ANÁLISE ACERCA DO MEDO E DA INSEGURANÇA SOCIAL

3.1 Formação do medo na legislação penal e sua interferência na mídia

A análise do discurso a acerca do medo pode ser entendido através das suas consequências estéticas, criando monumentos e transformando cidades (BATISTA, 2002, p. 99). Desta forma, o medo como fio condutor de uma política pressupõe uma produção imagética do terror que compõe um papel disciplinador emergencial, garantindo uma organização social rígida e hierarquizada, levando as classes subalternas a ver e sentir seu lugar na estrutura social (BATISTA, 2002, p.99).

O século XIX foi marcado por profundas inquietações, o dilema entre o liberalismo e o sistema imperial escravista deu início às revoltas populares e as insurreições escravas, as quais propiciaram a construção da figura de inimigos inconciliáveis que ameaçavam a inviolabilidade das vontades senhoriais (BATISTA, 2002, p. 99-100). Com isso, utilizou-se de um discurso jurídico que buscou conter tais agitações, como bem caracterizou Nilo Batista nas palavras de Vera Malaguti Batista (2002, p. 99):

[...] em determinadas conjunturas políticas se agudizam mecanismos do dispositivo inquisitorial que reproduz o tratamento dispensado ao herege: o princípio da oposição entre uma ordem jurídica virtuosa e o caos infracional, o combate ao crime feito como cruzada, com o extermínio como método contra o mal que ameaça. Produz-se um direito penal de intervenção moral baseado na confissão oral e no dogma da pena. Emerge então uma ordem jurídica intolerante e excludente que não tolera limites, é um sistema penal sem fronteiras, com a tortura como princípio, o elogio da delação e a execução como espetáculo.

Assim, após tanto tempo de violência institucionalizada, é possível observar marcas profundas na nossa formação e legislação, marcas estas que permanecem indelegáveis ainda nos dias de hoje (CASTELLAR, 2002, p. 320). Nesse sentido, o Direito Penal faz parte de todo o aparato estatal com vista a implementar uma ideologia para a perpetuação das classes dominantes no poder, pois as leis penais buscam proteger, em sua maioria, os

bens jurídicos de maior importância para a elite, que por conseguinte são mais suscetíveis a ação dos menos favorecidos.

Portanto, observa-se a existência de um medo que caminha desde sempre na formação da sociedade e da legislação penal, sendo utilizado pelas elites dominantes, como forma de se manter no poder. Desta forma, preconceitos, segregações e exclusões com relação às classes subalternas, podem ser observados ainda nos dias de hoje. Partindo desse medo preexistente, os meios de comunicação de massa fomentam ainda mais esse sentimento, com a veiculação incessante e repetitiva de crimes violentos, mortes, roubos e tráfico, tendo como finalidade precípua a obtenção de lucro na veiculação de tais notícias.

3.1.1 Mídia e construção do discurso acerca do medo

Inicialmente observa-se que o jornalismo é um ato discursivo direcionado a diversos grupos de indivíduos, muitas vezes distantes entre si, constituindo uma comunidade imaginada (MELO, 2010, p. 179), desta forma, a instituição jornalística além de integrar a estrutura social é capaz de promover novos comportamentos sociais ao longo da história, exercendo influência sobre as ações sociais dos indivíduos, ao desenvolver discussões sobre temas específicos que seleciona em sua agenda de assuntos (MELO, 2010, p. 182).

Neste contexto, a mídia possui o poder de agendar as preocupações dos indivíduos, exercendo forte influência nas ações e comportamentos humanos e principalmente na formação da opinião pública. Desta maneira, a narrativa elaborada pela mídia constrói sentidos acerca de fatos sociais e significações que são retiradas da estrutura cultural, levando as pessoas a compartilharem compreensões que ajudam na formação de alianças.

Tal construção pode ser visualizada em torno do discurso do medo do crime violento, por levar a uma vivência comum de fatos distantes no binômio espaço/tempo, neste aspecto, o jornalismo produz uma experiência social nos indivíduos, ao estimular a uniformização de comportamentos (MELO, 2010, p. 190).

Dessa forma, ao enquadrar os episódios de crimes violentos em sua pauta de assuntos relevantes, a imprensa introduz dentre as preocupações dos indivíduos o trauma cultural do medo de ser vítima de tais circunstâncias. Assim, ressalta-se que muitas vezes as notícias veiculadas pela mídia não elaboram o esboço da realidade em si, tornando-se, na verdade, uma realidade construída a partir dos interesses mais latentes da sociedade em busca dos índices de audiência e do fomento da sensação de medo na sociedade.

Portanto, quanto mais notícias são veiculadas repetidamente pela imprensa acerca do discurso do crime e da violência, comprovando-se a existência do risco iminente de ser a próxima vítima, mais convincente se torna a ideia de trauma coletivo do medo. Com isso, a mídia enquanto instituição social possui um papel importante na sociedade, principalmente na formação da opinião pública, pois, através de seu discurso, que na maioria das vezes encontra-se revestido de interesses mercadológicos, produz a construção de uma realidade que pode gerar vários efeitos sociais.

3.2 Mídia e construção do discurso acerca da insegurança

O surgimento dos meios de comunicação de massa sem dúvida é um dos acontecimentos mais importantes da era moderna, sendo possível observar sua capacidade de uniformizar critérios, induzir comportamentos e penetrar nos espaços da vida cotidiana. Com isso, os meios de comunicação criam uma sensação de universalidade, expropriando do homem sua capacidade de intervir nos processos sociais e conseqüentemente de interpretá-los (CASTRO, 2005, p. 200).

Desta forma, analisando a ideologia massificadora da mídia, percebe-se um aumento cada vez maior na concentração do poder comunicacional perante os indivíduos, utilizando-se mensagens passíveis de serem compreendidas por todos (CASTRO, 2005, p. 201). Assim, como diz Luhmann, nas palavras de Lola Aniyar de Castro, o poder consiste em reduzir a complexidade da vida social, tendo em vista a limitada capacidade que os homens têm de processar a informação, a comunicação é poder, visto que reduz complexidades, entrega o produto pronto e proporciona a ilusão de participação do indivíduo na sociedade (LUHMANN *apud* CASTRO, 2005, p. 201). Sintetizando tal entendimento, afirma Castro (2005, p. 201):

“os meios de comunicação demonstram ser cruciais na construção das ideologias. E, em consequência, das atitudes e dos valores. Levando esse argumento à sua expressão mais acabada, a tecnologia massificadora parece representar o mais aterrador instrumento de controle e dominação” (grifo nosso).

Desta forma, o longo alcance do poder e da dominação que a mídia exerce sobre a sociedade, envolve um discurso que interfere na construção da realidade dos indivíduos como um todo, sendo ela que decide o que os receptores devem conhecer ou não, orientando seletivamente a atenção do público para determinadas notícias.

Assim, uma outra forma de discurso acerca do sentimento de insegurança fomentado pela mídia, é com relação ao desenvolvimento de estereótipos de indivíduos, os quais possuem duas funções essenciais, como afirma Castro (2005, p. 215):

serve para a suposta maioria não-criminosa redefinir-se a si mesma com base nas normas que o delinquente violou e para reforçar o sistema de valores dominante. Reproduz o sistema e contribui para delimitar a zona do bem e do mal, liberando a cultura danosa dos poderosos, que estariam a salvo por não pertencerem ao estereótipo. Haveria, portanto, classes criminosas e classes não-criminosas. Funciona como bode expiatório, já que dirige-se a ele toda a agressividade latente nas tensões de classe que, em caso contrário, se voltaria contra os detentores de poder (grifo nosso).

Desta forma, a veiculação de notícias de crimes pela mídia, fomenta a exclusão dos indesejáveis, corroborando com a seletividade de um sistema penal punitivo. Neste sentido, a mídia se alicerça sobre a propagação da insegurança e influencia a lógica penal seletiva e exterminadora das massas indesejáveis (BATISTA, 2003, p. 51). Desta maneira, escolhe-se o inimigo e dá-se início a uma varredura de indesejáveis patrocinada pela mídia e levada a cabo pelo Estado penal (BAUMAN, 2009, p. 57).

Por fim, observa-se que a forma como a mídia constrói a notícia acerca do crime promove nas classes altas e médias o sentimento de medo e insegurança, permitindo em muitos casos que a imprensa promova o extermínio simbólico desses indivíduos.

4 | ASPECTOS METODOLÓGICOS

O presente artigo foi constituído basicamente em duas partes, sendo a inicial voltada para uma análise doutrinária e a posterior, uma análise prática do discurso da mídia na abordagem de crimes.

A primeira parte se desenvolveu através de um levantamento bibliográfico e a segunda etapa elaborou-se uma pesquisa empírica através da observação sistemática, onde se buscou coletar do conteúdo dos programas selecionados, expressões que envolvessem o medo, a insegurança e as violações de garantias constitucionais.

Desta forma, para fundamentar melhor tal reflexão, foram escolhidas categorias de critérios para análise dos dados coletados, sendo tais categorias disponibilizadas da seguinte maneira:

a) Tempo dedicado à publicidade durante programa: Tal categoria foi criada com a finalidade de analisar a estratégia do programa em manter a atenção dos telespectadores durante todo o programa, com o fim de não mudarem de canal e manter os índices de audiência sempre elevados.

b) Efeitos sonoros realizados no programa: Observar os efeitos sonoros realizados ao longo do programa, os quais possuem a finalidade de entreter e divertir o telespectador, proporcionando descontração, envolvimento e consequentemente uma possível aceitabilidade do público às informações ali mencionadas.

c) Número de notícias por tipo de crime: Proporcionar um levantamento dos tipos penais mais mencionados durante os três programas coletados, com a finalidade de medir quantitativamente a relevância dada pela mídia a determinados tipos penais noticiados.

d) Análise dos aspectos em torno da insegurança e do medo: Neste ponto, busca-se identificar na fala dos atores (apresentador e repórter) afirmações e constatações que incitem e estimulem o medo e a insegurança nos telespectadores, sendo possível observar nos destaques realizados que muitas vezes elas são mencionadas de maneira implícita e subjetiva muitas vezes eivada de preconceitos.

e) **Análise dos aspectos em torno das garantias constitucionais:** Analisar as violações dos princípios constitucionais realizadas ao longo de cada programa.

5 I RONDA GERAL: ENTRE A INSEGURANÇA E O MEDO NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

5.1. Alguns aspectos sobre o Programa “Ronda Geral”

O “Ronda Geral” constitui o que se chama de “programa policial”, comum nas rádios e na televisão. Após análise em torno do objeto de pesquisa percebe-se que os atores que transmitem o programa, tais como o apresentador e o repórter procuram evitar violações explícitas aos princípios legalmente protegidos pela Carta Magna, tais como os Princípios da proteção à imagem, à privacidade e o da presunção de inocência, porém, mesmo com a preocupação em não violar tais princípios, é possível a partir de uma análise mais aprofundada a observância de algumas violações constitucionais. Por outro lado, a linguagem melodramática e popular identifica-se de forma evidente, em que a utilização de recursos de imagens, sons e diálogos mais se assemelham à narrativa ficcional literária e cinematográfica (MENDONÇA, 2002, p. 18).

Esta adaptação do jornalismo à ideia de espetáculo que tem norteado os meios de comunicação de massa vem associado a preocupação com os índices de audiência e a concorrência pelas fatias do mercado (FONSÊCA, 2010, p. 73). Desta forma, os critérios para a construção das notícias faz com que os relatos apresentados sejam influenciados pelo o que programa entende que o público quer, não correspondendo muitas vezes ao que realmente acontece, principalmente em programas policiais como o por ora analisado.

5.1.1 Tempo dedicado à publicidade durante programa

Após uma primeira análise do programa em estudo, percebe-se que uma das estratégias para “prender” os telespectadores e manter a audiência são as publicidades realizadas durante todo o programa, em que o próprio apresentador fala sobre os produtos. Com isso, após contabilizado o tempo total de propagandas feitas no meio do programa e o total de tempo de propagandas realizadas nos intervalos, comprova-se que o tempo de duração das publicidades realizadas durante o programa é maior do que o tempo fora do programa, comprovando-se a real finalidade de “manter” os telespectadores sempre entretidos.

Para isso, segue abaixo, uma tabela com o total de tempo cronometrado das publicidades realizadas no meio e nos intervalos do programa.

	22/04	25/04	26/04
Total de tempo dedicado à propaganda dentro do programa	5min23seg	16min57seg	14min06seg
Total de tempo dedicado à propaganda fora do programa	4min48seg	7min30seg	3min30seg

Tabela 1. Tempo de duração de propagandas:

Fonte: elaboração própria, com base nos dados coletados do programa “Ronda Geral”.

Observa-se que após a referida análise realizada com relação a Tabela 01, é possível se verificar uma conotação mercantil, em que a publicidade realizada dentro do programa possui como característica principal “sustentar” os telespectadores e conseqüentemente os índices de audiência.

5.1.2 Efeitos sonoros realizados no programa

Além da preocupação com a audiência é possível identificar no programa “Ronda Geral” uma narrativa sensacionalista e popularesca, em que o apresentador e o repórter dramatizam os fatos com o auxílio, muitas vezes, de efeitos sonoros, sendo considerado, antes de tudo, um programa de entretenimento (FONSÊCA, 2010, p. 103).

5.1.3 Número de notícias por tipo de crime

Nos 3 (três) programas analisados, foram apresentados o total de 58 (cinquenta e oito) crimes, sendo que alguns deles são mencionados repetidas vezes ao longo de cada programa assistido. Assim, a fim de verificar que imagem do crime está sendo construída pela mídia, passou-se a analisar quais os tipos de crimes mais noticiados, quais os bairros mais citados, bem como, as expressões utilizadas e as pessoas entrevistadas.

	22/04	25/04	26/04	Total
Homicídio	4	10	6	20
Tráfico de drogas	4	4	4	12
Roubo	0	0	4	4
Acidentes de trânsito	0	2	1	3
Violência contra a mulher	1	0	1	2
Tentativa de Homicídio	1	0	1	2
Lesão corporal	2	0	0	2
Porte ilegal de arma de fogo	0	1	1	2
Abandono de incapaz	0	0	2	2

Roubo tentado	0	1	0	1
Furto tentado	1	0	0	1
Receptação de produtos roubados	1	0	0	1
Outros acidentes	1	1	0	2
Outros*	1	2	1	4
Total	16	21	21	58

Tabela 2. Número de notícia por crime:

Fonte: elaboração própria, com base nos dados coletados do programa “Ronda Geral”.

Assim, dentre os crimes observados, percebe-se que o homicídio é o tipo de crime mais noticiado, tendo em vista a própria gravidade deste tipo penal, o qual impõe mais atenção a ele, principalmente com relação a fatores como a audiência, sua imprevisibilidade, a notabilidade e a notoriedade dos indivíduos envolvidos, sendo a disparidade com relação a cobertura de notícias de tais crimes com relação aos demais, explicada, ao menos em parte, por estes motivos (FONSÊCA, 2010, p. 110).

5.2 Análise dos aspectos em torno da insegurança e do medo

Como dito anteriormente, os métodos utilizados pelos jornalistas revestem-se de um caráter seletivo, no qual as avaliações são feitas baseadas geralmente no “senso comum”, de forma que o fato selecionado atraia ainda mais a audiência (MENDONÇA, 2002, p. 29). Assim, em um programa de caráter popular, certas características tais como a simplificação da linguagem e a utilização de expressões chulas são acentuadas com o objetivo de tornar o relato ainda mais próximo e compreensível para os telespectadores.

Desta forma, o programa se afasta cada vez mais de recursos próprios da objetividade do jornalismo tradicional, mas em momento algum abandona seu papel de veiculador de (supostas) verdades (MENDONÇA, 2002, p. 19). A consequência disto é a aproximação do emocional, com todas as consequências negativas que o apelo às emoções traz para a democracia e a justiça (FONSÊCA, 2010, p. 119).

Desta forma, com base nos 3 (três) programas coletados, as expressões e os comentários realizados pelo apresentador e sua equipe serão analisados e discutidos, sendo as palavras e frases destacadas do texto produzido com o fim de facilitar a leitura.

Inicialmente, observa-se que alguns comentários feitos pelo apresentador são relativos a localidades e bairros em Pernambuco, como os seguintes:

'é mais um caso que acontece lá na Imbiribeira de bala perdida e tiroteio entre criminosos'

'é a segunda vez que eu me lembro, no bairro da Imbiribeira que uma criancinha sofre morrendo com bala perdida'

'A Sra. está com medo de continuar morando aqui?'

Aqui o apresentador constrói através de constatações e comentários realizados, a imagem de que tais localidades e bairros são dominados pelo perigo e pela criminalidade. Fixando na audiência a ideia de insegurança com relação a tais regiões.

Reforçando a ideia acima, o programa narra notícias de forma dramática e apelativa, referindo-se, por exemplo, ao caso de um homicídio em que uma mãe teve seu filho atingido por uma bala perdida. O apresentador comenta o fato impondo uma reflexão por parte da audiência com relação ao sofrimento daquela mãe, além de fomentar o medo da audiência de ser vítima daquela “circunstância inesperada”, quando diz:

'A gente vai falar sobre o sofrimento de uma mãe que vai passar essa sexta feira santa, e que enquanto todo mundo vai estar refletindo sobre o sacrificio de Jesus Cristo, esta mulher vai estar ela própria sofrendo bastante'

'Que tristeza dessa mãe, que Sexta Feira da Paixão triste para ela, né? Tá todo mundo comendo peixe, alegre, bebendo vinho por aí a fora, confraternizando com a família e a família dessa criança sofrendo desse jeito, um menino tão novo, onze anos de idade, morrer desse jeito'

'Acompanhe aí o drama desta mulher que perdeu o único filho desta forma tão trágica'

'Criancinha que brincava na frente da casa'

Neste caso, observa-se que o apresentador induz uma comoção na audiência, principalmente quando coloca a família que está em casa “tranquila” no lugar daquela mencionada, além de citar situações comuns na vida de muitas pessoas, como quando diz que a “criança brincava na frente de sua casa” ou mesmo quando diz que era o “filho único”, ou até mesmo quando se refere a “semana santa e ao sacrificio de Jesus Cristo”.

5.3 Análise dos aspectos em torno das garantias constitucionais

Os meios de comunicação de massa utilizam-se muitas vezes da prerrogativa resguardada pela constituição que garante a liberdade de informação jornalística para manipular fatos, impor opiniões e influenciar a população (MELLO, 2010, p.106). Desta forma, ao agir assim, princípios constitucionais são violados, tais como a integridade moral, a intimidade, a vida privada, a imagem e a presunção de inocência.

Inicialmente, aborda-se o caso de um duplo homicídio de um casal assassinado, no qual a polícia acredita ter motivação passional. O apresentador começa a narrar a notícia dizendo o seguinte:

'a mulher não queria nada com ele, é o que dizem, a mulher não queria se separar do marido, para iniciar uma nova vida e ter uma família com este homem, que a desejava, iaí o homem inconformado com a rejeição, acabou matando a mulher e o marido dela, história trágica né?'

Após o apresentador dizer isto, os corpos das vítimas são mostrados na reportagem, com uma câmera pouco embaçada sendo possível visualizar toda a cena do crime, inclusive sempre a câmera focaliza as manchas de sangue com marcas de dedos expostas na parede e os corpos das vítimas, que encontram-se descobertos. A seguir, o programa retoma a reportagem em outro bloco e o apresentador diz:

'De acordo com as primeiras investigações da Polícia o autor do crime seria amigo do homem assassinado e tinha interesse na mulher dele, mas a mulher casada, não correspondia aos interesses do assassino, e ele revoltado como quem diz assim: se ela não for minha, ela também não vai ser nessa terra nem minha nem do marido dela, vou matar os dois' (programa do dia 25/04/2011) (grifo nosso).

'Foi quando o acusado identificado apenas como Edivaldo veio até aqui o imóvel [...] e efetuou os disparos' (programa do dia 25/04/2011) (grifo nosso).

Observa-se que o apresentador inicialmente noticia os fatos da maneira como se narra uma novela, remetendo aquele delito a um drama de ficção, com a finalidade precípua de atrair a atenção dos telespectadores, acompanhado a isto, são mostradas imagens chocantes da cena do crime repetidas vezes. Após, observa-se que toda a história narrada foi obtida das primeiras informações da polícia e o até então suspeito é mencionado como "assassino", tendo sua identidade revelada pelo apresentador.

Assim, diante de todo esse cenário de manipulação da mídia, observa-se o nítido afronte ao princípio da presunção de inocência quando o apresentador divulga o nome

do suspeito, referindo-se a ele como assassino. Outro princípio violado frequentemente durante o programa é o da integridade moral, pois o apresentador utiliza-se, como anteriormente mencionado, de tons humorísticos e de deboche, ferindo direitos protegidos pela constituição. Tal análise pode ser observada na narração da notícia de um homem que morreu após ter bebido líquido utilizado para limpar painéis de alumínio, quando ele diz:

'ele era daquele jeito que não tinha cachaça, ele bebia desodorante, água sanitária, solução de bateria [...] sem ter cana para tomar, o cara bebeu tiner, bebeu limpador de alumínio e acabou perdendo a vida'

Tais expressões expõem não somente o falecido, como sua família, ignorando-se a sua integridade moral. Outro fato bastante explorado pelo programa são os de violência contra mulher, pois apesar da quantidade deste tipo penal ter sido pouco mencionada, o fato é repetido no mesmo programa várias vezes. Com isso, analisa-se aqui o caso de uma mulher agredida com uma faca pelo ex-companheiro. Na delegacia, filma-se o perfil do rosto da vítima e sua fotografia na carteira de identidade é revelada no vídeo, além do local agredido do seu corpo, que no caso em análise, foi a perna, além disso, o rosto do acusado é filmado com frequência. Após isto, o repórter diz:

'ela prefere não falar sobre o assunto, pelo menos gravando entrevista, mas em 'off', como a gente costuma chamar, ela diz que não foi a primeira agressão, ele já bateu nela outras vezes e agora a situação ficou mais grave'

Diante disso, observa-se nítida violação à proteção da imagem e da intimidade, a primeira ao mostrar a fotografia da vítima na carteira de identidade e a imagem do acusado na delegacia e a segunda por expor que a vítima havia sido agredida outras vezes, sem que esta informação tenha sido consentida por ela.

6 | CONCLUSÕES

Por fim, após a presente análise, observa-se que uma das principais formas de conhecimento se dá através dos meios de comunicação, sendo a notícia o principal elemento na construção da realidade do indivíduo. Nesse contexto, a mídia, influenciando a crescente sensação de insegurança e medo existente nos moradores dos grandes centros urbanos, ávidos por vingança, seja esse um sentimento consciente ou não, ao expressar suas opiniões e constatações, viola direitos fundamentais, presumindo culpas, invadindo privacidades e expondo imagens, sendo proferido algumas vezes veredito sem qualquer base fática ou processual.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. **A arquitetura do medo**. Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade. Editora Renan, nº 12, V. 7, 2º semestre de 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução Eliana Aguiar, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASTELLAR, João Carlos. **Violência, imprensa e mudanças na lei penal**. Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, V.7, nº12, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Coleção pensamento criminológico nº10, Rio de Janeiro: Revan, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FONSÊCA, Mariana Guedes Duarte da. **A mídia e a construção social da criminalidade em Pernambuco: um estudo sobre o programa televisivo “Bronca Pesada”**. Dissertação (Mestre) – Curso de Mestrado em Direito, UFPE, Recife, 2010.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 2006.

MELLO, Carla Gomes de. **Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência**. Revista de Direito Público, Londrina, v.5, n.2, p. 106-122, agosto, 2010.

MELO, Patrícia Bandeira de. **Histórias que a mídia conta: o discurso sobre o crime violento e o trauma cultural do medo**. Recife: Universitária da UFPE, 2010.

MENDONÇA, Kleber. **A punição pela audiência: um estudo da Linha Direta**. Rio de Janeiro: Quarter, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Ver. Atual e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.62, de 9.11.2009, public. em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA TELEVISIVA E DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS NA PERSISTÊNCIA DO FEMINICÍDIO

Data de aceite: 01/08/2020

Data de submissão: 02/06/2020

Carolina de Araújo Oliveira da Silva

Centro universitário UNDB.

São Luís-MA.

https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=2C7FB133C41C-20C373229716BECCBB57

Pedro Amaral de Lima Spindola

Centro universitário UNDB.

São Luís-MA.

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?metodo=apresentar&id=K9737815D5>

RESUMO: Em 2015, houve a criação da lei n.13.104/15, a qual atribuiu ao feminicídio, homicídio motivado por ódio ao gênero feminino, a qualificação de crime hediondo. Entretanto, após quatro anos da proclamação da lei em questão o número de assassinatos de mulheres apenas aumentou, o que comprova que a questão legislativa é insuficiente para o combate desse crime. Desse modo, esse trabalho visa apontar como a influência da mídia televisiva e da omissão estatal contribui para a permanência do feminicídio. Sendo assim, foi realizada uma pesquisa descritiva com procedimento bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio. Mídia. Omissão do Estado

THE MIDIA'S AND PUBLIC AGENCIES' INFLUENCE TO THE PERSISTENCE OF FEMINICIDE

ABSTRACT: In 2015, the law n.13.104/15 was created, which attributed to femicide – the killing of females only because their gender – the qualification of heinous crime. However, after four years since the proclamation of the law in discussion, the number of women's murders only increased, proving that the legislative question is insufficient to the crime fighting. This way, the presente article has the objective of demonstrate the midia's and omission of state's influence to the persistence of the femicide. Therefore, this work will be conducted by a descriptive study with bibliographic procedures.

KEYWORDS: Femicide. Midia. State's Omission.

1 | INTRODUÇÃO

De acordo com Oliveira (2015), os crimes motivados por questões de gênero são um fenômeno global, culminando no assassinato de mulheres diariamente. Desse modo, nos últimos anos, a manutenção do Brasil dentre o ranking países com mais mortes violentas de mulheres obrigou a nação a tomar medidas mais austeras no âmbito criminal. Nesse contexto, em 2015 foi criada a lei do feminicídio, a qual atribui aos homicídios motivados por ódio ao gênero feminino a qualificação de crime hediondo.

Dessa forma, a ação visava, primordialmente, garantir maior segurança às mulheres do país.

Entretanto, ao contrário das previsões, o número de vítimas de feminicídio apresentou consecutivos aumentos desde a promulgação da lei: o Brasil, que antes foi considerado o 7o país com maior número de assassinatos femininos, saltou para a quinta posição. Assim sendo, é inviável a persistência de um cenário que, sobretudo, ameaça à vida de mais de 100 milhões de brasileira, as quais estão sujeitas a assassinatos violentos, os quais geralmente são cometidos pelos próprios parceiros (NEVES, 2016).

Nesse sentido, é fato que desigualdade entre homens e mulheres é um processo histórico ainda intrínseco, o qual é assimilado desde a infância. Desse modo, a mídia televisiva atua como uma “cúmplice do feminicídio”, por utilizar seu status de “quarto poder da sociedade” para a divulgação massiva e desumanizada dos crimes de gênero, contribuindo assim para a amenização e normalização social da morte violenta de mulheres.

Sob essa ótica, a constante romantização dos casos e o processo de atribuição das motivações do crime no comportamento da vítima influem na redução das possibilidades de denúncia e combate. Ademais, a não existência de projetos regulares e eficazes em todas as instituições escolares, os quais objetivem, sobretudo, a diluição de paradigmas e a promoção da igualdade de gênero em todos os âmbitos, culmina na persistência do estigma inferiorizante em relação às mulheres, propiciando cenário favorável para a perpetuação dos crimes de feminicídio (ARAÚJO, 2015).

Por fim, conforme Rodrigues e Gomez (2019), é evidente que a questão legislativa é insuficiente para evitar a morte de mulheres uma vez que esses mecanismos de proteção e defesa muitas vezes permanecem apenas “no papel da lei”. Desse modo, as dificuldades enfrentadas especialmente no ato da denúncia compactuam com a persistência do ideal patriarcalista, e dos consequentes altos índices de morte de mulheres.

Destarte, os autores desse Paper escolheram discutir a persistência do feminicídio por meio dos vieses da mídia e da omissão estatal, para melhor compreender como esses dois importantes componentes da sociedade interferem nos crimes de gênero no país. Nesse sentido, é imprescindível analisar como a influência midiática televisiva, a omissão e a ineficácia da atuação dos órgãos governamentais contribuí para a persistência do feminicídio na nação brasileira.

2 | A INFLUÊNCIA DA MÍDIA PARA A PROPAGAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL

De acordo com Prado e Sanematsu (2017), a mídia, comparada a um verdadeiro quarto poder, é detentora de um indubitável papel na formação de opiniões e do modo de pensar e agir da sociedade. Sendo assim, esse meio de comunicações constitui-se como um importante veículo para a discussão do feminicídio em âmbito contemporâneo,

por atuar como um “sistema informal de justiça”, o qual é capaz de investigar, julgar e até mesmo condenar.

Entretanto, ao invés da condenação cair sob o praticante desses crimes hediondos de gênero, os meios midiáticos constantemente reforçam estereótipos e preconceitos históricos de gênero. Nesse sentido, é notável o tratamento inadequado dos casos de assassinatos de mulheres, nos quais comportamentos e atitudes das próprias vítimas são apontadas como as motivações dos crimes, contribuindo para a amenização da postura do agressor.

Em 2008, por exemplo, o país foi marcado pelo caso de Eloá Pimental, que, aos 15 anos, foi assassinada pelo namorado, após ser mantida em um apartamento por mais de 100 horas pelo próprio autor do homicídio, Lidemerg Alves. De acordo com Lilly (2018), na ocasião, os meios midiáticos fizeram muito mais do que apenas informar a população.

Durante todo o sequestro, termos como “enciumado”, “inconformado com o término” e “jovem apaixonado” eram atribuídos à Lidemerg, o qual chegou até mesmo a fornecer entrevistas ao vivo enquanto Eloá ainda estava privada de liberdade. Inclusive, um dos repórteres chegou ao extremo de brincar que toda a situação deveria acabar em uma união matrimonial (LILLY, 2018).

Nesse momento, não foi apenas Lindemberg que viu Eloá como sua posse. A mídia [...] fizeram a mesma coisa. Eloá nem existia. Ela era apenas 'a apaixonada', 'a namorada' (nem falaram em ex-namorada) daquele bom rapaz, trabalhador, de boa índole, 'meu querido', como repetia o repórter. (LILLY, 2018, p. 2)

O fim trágico desse episódio exemplifica claramente como a mídia corrobora para a normalização da cultura patriarcal ao optar, propositalmente, por caracterizarem esses casos como “crimes passionais”. Ocorre que, com a adoção de termos semelhantes, há uma amenização desses crimes hediondos, os quais passam a ser associados a uma reação legítima à suposta perda da “propriedade feminina”. Nesse sentido, esse modo de divulgação dos crimes corrobora para que muitas mulheres permaneçam em situações de perigos ao encararem excessos de ciúmes ou mesmo posturas mais agressivas como algo natural e inerente aos relacionamentos (VIANNA, 2010).

Além disso, em casos de grande repercussão, como o citado acima, até mesmo os funcionários do judiciário são suscetíveis à influência do modo como as informações são divulgadas pela mídia, comprometendo assim até mesmo os resultados de um processo penal. Uma das mais notáveis ilustrações foi a morte de Amanda Bueno, que foi praticada por seu próprio companheiro após a descoberta de que Amanda já havia sido uma dançarina no passado.

Nesse caso em concreto, perto da cena do crime, Milton foi encontrado com várias armas de fogo e munição. Não obstante, apesar de ter sido condenado por porte ilegal de armas e homicídio triplamente qualificado, a morte de Amanda foi caracterizada como “ocorrida por motivo fútil”, sem qualquer menção à termos como “feminicídio”, “violência contra a mulher” ou “violência de gênero” aparecessem durante a condenação (BRANDINO, 2016).

Assim como confirmou a justiça, para a sociedade Amanda não era uma das muitas vítimas da mais extrema forma de culminação da violência feminina, mas uma dançarina de funk assassinada pelo noivo em um excesso, justificável, de ciúmes. Desse modo, com base nessa imagem divulgada incessantemente pela mídia televisiva, Amanda foi tratada pela sociedade, e pelo próprio sistema de justiça, como cúmplice da própria morte.

Inclusive, fotografias de sua necropsia foram divulgadas ilegalmente na internet, permanecendo acessíveis até então. Por fim, durante a defesa de Milton, mais uma vez a antiga profissão da vítima foi trazida à tona com o intuito de desqualificá-la, retratando Milton como um homem afetuoso que “perdeu a cabeça em um infeliz surto de ciúmes”. (BRANDINO, 2016)

Destarte, é válido ressaltar que o assassinato é a culminação da violência doméstica concebida em um relacionamento abusivo, o qual chega a dar fim a vida de 15 mulheres todos os dias no país. Sendo assim, é perceptível a forma inadequada com que a mídia lida com sua posição de “o quarto poder”. Enquanto os comportamentos das vítimas continuarem sendo objeto de justificativa para crimes hediondos a responsabilidade social continuará não recaindo ao verdadeiro criminoso, o qual, de forma alguma é dono nem da vida nem dos corpos de quaisquer mulheres.

3 | A OMISSÃO DA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS NOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DA MULHER

A lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) é considerada, no exterior, umas das melhores leis de proteção da mulher, porém sua aplicação na realidade brasileira distancia-se daquilo garantido “no papel da lei”. Nesse sentido, de acordo com Souza e Barros (2016), o feminicídio seria uma espécie “continuação” da lei Maria da Penha, por apresentar um caráter evolutivo no combate à violência contra a mulher.

Contudo, tal como a sua “antecessora”, a lei do feminicídio também muitas falhas no âmbito extrapenal, especialmente porque esse tipo de homicídio é o último estágio da violência de gênero, a qual quase nunca começa com a lesão corporal. Tendo isso em vista, apesar dos avanços consideradas, o Brasil ainda é classificado como o 5o país com mais mortes de mulheres no mundo perdendo apenas para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia (NEVES, 2016).

A partir dos pensamentos de Prado e Sanematsu (2017), existem três aspectos para a compactuação do feminicídio, sendo que o principal deles é caracterizado pela omissão do Estado. Nesse sentido, algumas posturas inadequadas disseminadas pelos próprios agentes públicos corroboram para a concretização da morte de mulheres, as quais poderiam ser evitadas:

Alguns mecanismos que atuam para a perpetuação da violência até o desfecho fatal repetem-se em muitos casos, configurando assim o status de mortes 'anunciadas': a tolerância social às diversas formas de violência contra as mulheres, a **insuficiência dos serviços públicos de atendimento, segurança e justiça, a negligência de profissionais que atuam nesses serviços, a impunidade e até proteção de autores de violências por meio da culpabilização da mulher pela violência** sofrida (PRADO; SANEMATSU, 2017, p. 58).

Ainda conforme Prado e Senematsu (2017), no Brasil, muitas mulheres assassinadas ainda poderiam ainda estar vivas visto que a maioria das vítimas são ameaçadas, meses antes do assassinato, por formas de violência psicológica, como agressões verbais. Além disso, não são incomuns casos que a violência doméstica precede o assassinato de mulheres, culminando no chamado feminicídio íntimo.

Há feminicídio quando o Estado não dá garantias para as mulheres e não cria condições de segurança para suas vidas na comunidade, em suas casas, nos espaços de trabalho e de lazer. Mais ainda quando as autoridades não realizam com eficiência suas funções (PRADO; SANEMATSU, 2017, p. 59).

Ademais, de acordo com Thales e Melo (2003) a naturalização de construções sociais que reforçam a histórica “hierarquia de gênero” é determinante para que o Estado atue propositalmente com omissão, optando por zelar por algumas vidas e outras não. Nesse sentido, é visível a presença de mecanismos os quais atuam para a perpetuação da violência até feminicídio como a insuficiência dos serviços públicos de atendimento, segurança, justiça ou mesmo a própria atitude de funcionários públicos desacreditados nos relatos de violência prévia, culminando assim na concretização de verdadeiras “mortes anunciadas”.

Desse modo, é visível que ainda há uma deficiência no entendimento por partes dos órgãos públicos da forma como o feminicídio relaciona-se com outras formas de violência social. Sendo assim, observa-se a necessidade de encarar esse assassinato não somente como um crime hediondo, mas como somente a “ponta do iceberg” da violência de gênero (THALES; MELO, 2003)

Destarte, é indubitável a responsabilidade da omissão estatal na concretização de muitos feminicídios, visto que se os sistemas de segurança e justiça tivessem atuado em algum momento posterior à culminação do assassinato muitas mortes poderiam ter sido evitadas.

4 | AS DEFICIÊNCIAS DO ESTADO EM MEDIDAS PREVENTIVAS NA EDUCAÇÃO, E AS FALHAS NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO EM DEFESA DA MULHER

Em 2016, a ONU criou as “Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres”, as quais consistem em um documento de medidas para aprimorar as ações do Estado em relação ao feminicídio. Desse modo, há o entendimento de que não basta mais apenas criar leis, e sim garantir que a legislação seja cumprida e que futuros crimes não sejam concretizados.

Nesse sentido, uma das melhores formas de prevenir esses possíveis novos homicídios de ódio às mulheres é por meio da não perpetuação das desigualdades de gênero, especialmente como a atribuição de papéis “masculinos” e “femininos” os quais perpetuam hierarquias as quais podem culminar em feminicídios (PRADO; SANEMATSU, 2017).

O feminicídio constitui a ponta de um iceberg. Quando todos os mecanismos de educação, de prevenção e de assistência falham, ele acaba sendo cometido. Não podemos achar que somente a criminalização do feminicídio será suficiente para coibi-lo, é preciso olhar debaixo da ponta do iceberg. Verificando as causas do feminicídio e traçando diretrizes para coibi-lo. Em suma, é necessário o uso do binômio prevenção-punição (PAES, 2019).

De acordo com Verdélio (2018), a violência de gênero é pautada na visão patriarcal de que o homem exerce dominação sob o gênero feminino. Assim, há a necessidade de uma educação de gênero no âmbito escolar, a qual ensine meninas, meninos, família e comunidade que as mulheres acerca da independência feminina, desconstruindo assim a histórica hierarquia de gênero. Com base nisso, órgãos de nível nacional como o MEC começam a desenvolver projetos educacionais pautados na importância dos direitos humanos, incluindo o da mulher, os quais devem ser aplicadas e discutidas desde a educação básica.

Na cidade de São Luís, por exemplo, a Unidade de Educação Básica Artur Azevedo realizou uma semana de campanha contra o feminicídio, envolvendo pais, professores e comunidades. Entretanto, além da prática de ações educativas em proteção da mulher não ser algo constante, a aplicação de projetos semelhantes ainda parece distante da realidade da maioria das crianças brasileiras, as quais ainda não possuem essas medidas preventivas em suas escolas (CAMPANHA ..., 2018)

Por outro lado, embora o número de mortes de mulheres tenha registrado um aumento nos últimos anos, em 2017 ainda haviam três Estados sem nenhum caso apurado. Dentre os principais motivos nessa baixa efetividade na aplicação da legislação está o despreparo das autoridades em como lidar com o feminicídio (SILVESTRE; NATAL, 2018).

Nesse sentido, mesmo nas cidades que possuem um número adequado de delegacias especializadas, a reprodução de comportamentos patriarcais no atendimento e denúncia afasta a vítima do sistema de justiça, culminando assim em mortes que poderiam ser evitadas, caso os funcionários desses locais recebessem uma melhor preparação em como aplicar a legislação em defesa da mulher (SILVESTRE; NATAL, 2018).

Dessa forma, com frequência a mulher não somente é vítima da violência de gênero, como também da incompreensão dessas autoridades jurídicas acerca do “ciclo da violência”, processo caracterizado pelo “arrependimento” do agressor após um período de ataques violentos, proporcionando assim em tentativas da mulher de retomar a relação. Sem a compreensão psicológica acerca desse processo, os próprios encarregados em defender a mulher podem até mesmo concluir erroneamente que a vítima tem desejo em continuar em relacionamentos não saudáveis. Desse modo, o medo do tratamento e do julgamento das autoridade propicia hesitações nas vítimas em comunicar as situações de violência vivenciadas, o que propicia a continuidade do baixo índice de denúncias, 1 para cada 3 vítimas da violência de gênero (SILVESTRE; NATAL, 2018).

Ademais, há ainda a perpetuação de um grande descrédito em relação à defesa da mulher. É comum que, ao realizar a denúncia de violência, a mulher sofra violência em dobro, por meio de questionamentos excessivos, de cunho patriarcal, como a condição de suas roupas, de seu comportamento, do horário que ela estava na rua.

Em uma reportagem da BBC Brasil, uma vítima de estupro no Rio de Janeiro chegou a ter suas fotos íntimas divulgadas nas redes sociais pelos agressores, no entanto nem mesmo essas infelizes evidências foram suficientes para o delegado Alessandro Thiers, responsável pelo seu atendimento. De acordo com a vítima, o delegado a tentou culpar por ter sido estupro, realizando incessantemente perguntas como “Você tem certeza que não queria?” e “Você tem o costume de fazer sexo em grupo?” (MEDONÇA, 2016)

Em uma outra reportagem da BBC Brasil, uma vítima de violência doméstica, que por motivos de segurança não revelou a verdadeira identidade, desistiu de denunciar o namorado violenta por conta da forma que foi tratada na delegacia. Além de ter questionado a veracidade das suas marcas, que estavam supostamente “muito fracas”, o delegado que a atendeu afirmou que caso a garota denunciasse o namorado estaria “acabando com a vida dele” (MEDONÇA, 2016)

Dessa forma, é perceptível que a justiça brasileira apresenta empecilhos em aplicar corretamente a legislação por conta dos próprios estereótipos de gênero, mesmo nos casos que há a presença de provas concretas, como os dois supracitados. Assim sendo, as mulheres, já abaladas pelos crimes que foram vítimas, continuam sendo questionadas,

desacreditadas por aqueles que deveriam protegê-las. Destarte, é notável que uma mera mudança normativa, sem o acompanhamento social é insuficiente tanto para a persistência do feminicídio no Brasil.

5 | CONCLUSÃO

Assim sendo, por meio da análise da postura da mídia televisiva e da omissão do Estado na reversão desse cenário, é evidente o cumprimento dos objetivos principais do presente Paper: o de demonstrar como a ação e a omissão desses dois essenciais institutos do país influenciam na persistência da morte de mulheres mesmo após a proclamação da lei do feminicídio.

Casos de grande repercussão como o de Eloá e de Amanda Bueno são exemplos indubitáveis de que posturas inadequadas dos meios midiáticos na divulgação dos crimes de gênero, não só reproduzem ideias patriarcais, mas também corroboram para a extensão dessas ideologias tanto na sociedade como no âmbito jurídico.

Por outro lado, os resultados após a criação das leis “Maria da Penha” e do próprio feminicídio demonstram que a mera questão legislativa é insuficiente, pois de nada adianta que a lei fique “no papel” se a postura do Estado é omissa nos mecanismos de proteção à mulher.

Por fim, o déficit em medidas preventivas no âmbito educacional e a não preparação adequada dos agentes os quais deveriam defender as mulheres é determinante na reprodução de ideais patriarcalistas.

Portanto, é indubitável que a permanência Brasil como a 5a nação que mais comete assassinato de mulheres é estritamente vinculada como as posturas adotadas tanto pela mídia televisiva quanto pela postura omissa do Estado.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Manoela Maria. **O machismo no ambiente escolar**: A verificação da existência de diferenças de tratamento entre alunas/professoras e alunos/professores no CED 14 de Ceilândia. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14574/1/2015_ManoelaMariadeAraujo_tcc.pdf. Acesso em: 13 de out. 2019

BRANDINO, Géssica. **Caso de Amanda Bueno: feminicídio e revitimização**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/caso-amanda-bueno-feminicidio-e-revitimizacao/>. Acesso em: 25 maio 2019

CAMPANHA contra o feminicídio mobiliza estudantes, pais e professores de escola da rede municipal. **Agência São Luís**. 16 set 2018 p.1. Disponível em: <http://www.agenciaaoluis.com.br/noticia/22261/>. Acesso em: 25 maio 2019

NEVES, Sofia. Feminicídio: o fim da violência de gênero. **Ex aequo**, n. 34, p. 113-29, 2016

LILLY, Isabella. A influência da mídia no Caso Eloá. Disponível em: <https://medium.com/singular-plural/a-influ%C3%AAncia-da-m%C3%ADia-no-caso-elo%C3%A1-3303cec700ed>. Acesso em: 14 maio 2019

MEDONÇA, Renata. **Descrédito e exigências de provas físicas: 5 obstáculos enfrentados por mulheres vítimas de violência**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36414224>. Acesso em: 25 maio 2019

OLIVEIRA, Ana Carolina Godim de A.; COSTA, Mônica Josy Sousa; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. **Feminicídio e violência de gênero**. Revista Tem@, v. 16, n. 24/25, jan./dez. 2015.

PAES, Fabiana. **Criminalização do feminicídio não é suficiente para coibi-lo**. Disponível em: <http://www.mulheres.ba.gov.br/2019/03/2324/Criminalizacao-do-feminicidio-nao-e-suficiente-para-coibi-lo-por-Fabiana-Paes.html>. Acesso em: 25 maio 2019

PRADO, Débora. SANEMATSU, Marisa. **Feminicídio #InvisibilidadeMata**. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

SILVESTRE, Giani; NATAL, Ariadne. Investigação lenta e falta de prioridade levam a subnotificação de feminicídios. Acesso em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/investigacao-lenta-e-falta-de-prioridade-levam-a-subnotificacao-de-feminicidios.ghtml>. Disponível em: 16 maio 2019

SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora de. Questões controversas com relação à lei do feminicídio (lei n. 13.104/2015). Paulo, p.263-279, jan,2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-USP_111.10.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

VERDÉLIO, Andreia. **Educação de gênero nas escolas previne feminicídio**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-09/educacao-de-genero-na-escola-previne-feminicidios-dizem-especialistas>. Acesso em: 16 maio 2019

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. **O caso Eloá: análise da abordagem de feminicídio na mídia**. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278299010_ARQUIVO_semiramis-eloafeminicidio.pdf. Acesso em: 13 de out. 2019

CAPÍTULO 17

A OPRESSÃO E A DISCRIMINAÇÃO DO GÊNERO FEMININO

Data de aceite: 01/09/2020

Filipe Galatti Marchiori

Universidade Paulista (UNIP)
Campus JK em São José do Rio Preto

Priscila Silveira Duarte Pasqual

Universidade Paulista (UNIP)
Campus JK em São José do Rio Preto
Universidade Federal de São Paulo,
UNIFESP

RESUMO: Este trabalho é fruto de uma revisão da literatura do papel da mulher na sociedade desde o início da civilização sedentária até a contemporaneidade brasileira. O objetivo deste estudo é mostrar como a mulher sofreu com a opressão e com a discriminação em razão do seu gênero, além de refletir sobre a forma de como a sociedade machista entende seu papel, relacionando-o aos afazeres domésticos e à procriação, submetendo a mulher à vontade do homem ou “chefe” da família. Muitos preconceitos sobre o papel feminino perpetuam-se devido à falta de indignação e conformismo do ambiente. Diversos aspectos são analisados para entender como e as razões pelas quais esses pensamentos incompatíveis com o século XXI ainda prevalecem e dificultam a vida das pessoas envolvidas, afetando a sociedade como um todo. A sociedade sofreu evoluções, contudo não suficientes para acabar com moldes enraizados e distorcidos sobre a figura feminina que aparece, por exemplo, moldada na literatura e nas cantigas populares.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. Sociedade. História. Patriarcado.

THE OPPRESSION AND DISCRIMINATION OF THE FEMALE GENDER

ABSTRACT: This work is the result of a review of the literature and the role of women in society from the beginning of the sedentary civilization to the Brazilian contemporary. The objective of this study is to show how women have suffered from oppression and discrimination because of their gender, besides reflecting on how the male-dominated society understands their objective, relating it to domestic chores and procreation, submitting the woman to the man will or householder. Many prejudices about the female role perpetuate themselves due to the lack of indignation and conformism of the environment. Several aspects are analyzed to understand how and the reasons why these thoughts incompatible with the 21st century still prevail and make life difficult for the people involved, directly or indirectly, affecting society as a whole. Society has undergone evolutions, however not enough to end rooted and distorted molds on the female figure that appears, for example, molded in literature and popular songs.

KEYWORDS: Woman. Society. History. Patriarchate.

1 | INTRODUÇÃO

O século XXI, auge da civilização humana, apresenta avanços sociais, políticos, tecnológicos, econômicos, nunca antes

imaginados. Contudo, ainda convivemos com notícias e com costumes de desrespeitos ao próximo, que agridem a ideia e a necessidade de convivência em sociedade. Através da história, esses costumes têm sido herdados de nossos ancestrais, remontando ao início da vida em grupo. Deste cenário, questionamos o fato de que *mesmo sendo consideradas atitudes ultrapassadas, por qual o motivo de ainda carregarmos esses comportamentos até hoje?*

A generalização desses costumes atinge diversos níveis da sociedade. Neste artigo, trataremos de um desses costumes que são incompatíveis com o que se preconiza na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), considerada a Constituição Cidadã brasileira. Discutiremos como a personificação da mulher compromete sua vida pessoal e social, e como essa relação interfere na sociedade como um todo. Esse interesse decorre do fato de que durante anos as mulheres vêm lutando pelos seus direitos, por direitos iguais aos dos homens e também por segurança e respeito, visando conquistar, com isso, sua independência e seu espaço no mercado de trabalho.

Durante o período do Estado Novo, Getúlio Vargas (1882-1954), sancionara o Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943, promulgando e aprovando a criação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), possibilitando, desta forma, mais oportunidades trabalhistas ao público feminino (BRASIL, 1943). Ademais, no ano seguinte, esses direitos foram especializados, garantindo (i) trabalho noturno da mulher em algumas atividades desde que maior de 18 anos, (ii) a ampliação do período de descanso, (iii) a melhoria nos cuidados médicos e nos locais de trabalho e, também, (iii) a proteção da maternidade; entre outros.

Exposta essa breve contextualização, objetivamos, neste trabalho, proceder a uma revisão histórica da relação das mulheres na sociedade, discutindo seu papel e questionando a relação de opressão e de submissão por elas sofridas. Para tanto, procedemos a uma revisão da literatura, que aborda o histórico patriarcal de opressão da mulher na vida social e analisa como ela tem se mantido nesse espaço.

2 | PERSPECTIVA HISTÓRICA

Em seu primórdios, a sociedade era formada por famílias nômades. Nesse contexto, não havia uma hierarquia propriamente dita. Entretanto, existia uma “divisão de funções”, em que o homem era responsável por trazer a comida e por defender o clã, enquanto a mulher era responsável por cuidar da sociedade, ou seja, das provisões e das crias.

2.1 Divisão das perspectivas de mundo

Neste cenário, a força física também parecia influenciar nas atividades. O ser humano não é dotado de agilidade, de força ou de resistência, equiparados a outros animais. Contudo, desenvolveu ferramentas artificiais e estratégias de persistência que

o colocou no topo da cadeia alimentar. Quando o homem ia à caça, mantinha-se focado vários dias na missão de conseguir uma presa, ou por meio de armadilha ou por meio do cansaço da mesma. A técnica da caça consistia em perseguir a presa até abatê-la e levá-la para “casa” com a finalidade de aprovisionar alimentação, vestimenta e futuramente auxiliar na construção de abrigos para os membros da “família”.

Enquanto os homens caçavam, as mulheres permaneciam em seus ambientes familiares, com a função de colher frutos, de cuidar dos filhos e de prestar atenção em tudo a sua volta, pois a qualquer momento um predador poderia ser avistado e todas deveriam ser alertadas para proteger seus filhos e a si próprias (ROSSETTI, 2017).

Com essa divisão de tarefas, homens e mulheres desenvolveram diferentes visões de mundos que, na atualidade, e por meio da neurociência, que trouxe importantes descobertas, como a identificação do nível de testosterona recebido no córtex cerebral, uns dos possíveis influenciadores do entendimento e percepção do ambiente (ROMANZOTI, 2012).

2.2 A gênese da submissão patriarcal

Quando o ser humano deixou de ser nômade, a organização das sociedades tomou outro rumo. As primeiras sociedades fixas eram governadas por mulheres, pois associavam a imagem feminina ao divino. Essa visão mítica decorre da fertilidade, uma vez que somente as mulheres são detentoras do processo gestacional. Entretanto, o homem passou a impor-se ante à mulher, em decorrência de sua própria atividade, que girava em torno da dependência do deslocamento da sociedade e assim, o homem começou a prática do ócio.

Na Grécia Antiga, valorizava-se o ócio em detrimento ao trabalho, principalmente entre os atenienses. O ócio era uma condição ou um estado da não necessidade de trabalhar. Aristóteles (séc. 384 a.C.) presava pela vida ociosa em contraposição à vida de ação, entendendo por ação as atividades dirigidas para obtenção de fins materiais. O ócio não era considerado diversão ou recreio, uma vez que essas eram atividades diretamente relacionadas ao descanso do trabalho e à capacidade de viver devidamente. Genericamente, para os gregos, o ócio era a base do homem livre e feliz.

A vida cotidiana dos gregos estava fundamentada nos ginásios esportivos, nas termas, nos fóruns ou em outros lugares de reuniões públicas. Em outras palavras, os nomes dados aos lugares destinados à educação significavam ócio para os gregos. Assim, eles consideravam o ócio como algo a ser alcançado e desfrutado (STORITA, 2009).

Com a evolução da agricultura e da agropecuária, o homem não necessitava mais ir à caça para obter seu sustento. Passou assim a fixar-se em um lugar, desfrutando de mais tempo livre e, conseqüentemente, à prática da filosofia, exercitando o seu pensamento, privilégio esse que cabia somente aos homens, ficando a mulher presa em suas funções limitadas.

Com o passar do tempo ficou subentendido que a mulher não era merecedora

do conhecimento e, por isso, não podia estar à margem do poder. Logo, a sociedade a encarava como se fosse um objeto. Isso ocorreu até o final da Segunda Guerra Mundial, quando a oferta de homens no mercado de trabalho era escassa, necessitando-se empregar mulheres para suprir às necessidades do mercado e da sociedade. Historicamente, no Brasil, as mulheres conseguiram seu direito à cidadania há pouco mais de 40 anos; uma gênese tarde na história nacional.

3 I A PERSONIFICAÇÃO DA MULHER

A mulher brasileira somente conseguiu mostrar sua voz e ser respeitada há 40 anos. Até então, não havia representatividade dela na sociedade. Sua visão estava restrita à imagem da dona-de-casa, tipificada pela Amélia.¹ Nesse cenário, se fosse perguntado a uma menina o que gostaria de ser quando crescer, muito provavelmente ela diria que gostaria de se casar com um marido rico e ser uma ótima mãe. Profissões em cargos públicos, em empresas e em trabalhos braçais, provavelmente, não seriam cogitadas por elas, pois não cabia à mulher o direito de almejar ou assumir atividades de exigência intelectual ou físicas antes reservadas às figuras masculinas.

Como se não bastasse um tipo de “manual” do que fazer, a mulher trouxe consigo um “manual” de como ser, com critérios de exigência como: ser fina, delicada, amorosa, amável, “fitness”, etc. Para livrar-se desse molde é muito difícil, pois é necessário encarar a reprova de boa parte da sociedade e o apoio de poucos, visto que o conceito de “adulto ideal” é introduzido desde a infância.

3.1 Outros tempos?

Na literatura, é importante ter em mente que, boa parte dos contos ou obras literárias foram criadas para o entretenimento dos adultos urbanizados do século 19, é quando começa o romantismo europeu, que busca a retomada dos valores medievais como crítica à realidade industrial em que viviam. Sendo assim, eles poderiam conter cenas, mas bem detalhadas sobre temas maduros e violentos, por exemplo, no conto original da Cinderela, do livro contos infantis e domésticos dos irmãos Grimm, as irmãs se mutilam para caber no sapatinho cristal.

Dado o breve contexto histórico, pode-se encontrar em várias obras do período a figura da mulher desejada sexualmente e incapaz de se manter segura ou fugir do vilão sem a ajuda de alguém para lhe salvar. Tem-se como exemplo na obra *O Corcunda de Notre-Dame* (1831), de Victor Hugo², a cigana Esmeralda, que é cobiçada sexualmente tanto por Claude Frollo (o arcebispo da Catedral) quanto por Febo (capitão da guarda real comprometido), sendo este último personagem o interesse amoroso não correspondido

1 Composição de Ataulfo Alves e Mário Lago. Disponível em <https://www.vagalume.com.br/mario-lago/ai-que-saudades-da-amelia.html>. Acesso em 6 jul 2020.

2 Hugo, V. **O Corcunda de Notre-Dame**, Editora Scipione, 1831, 940p.

de Esmeralda. E, então, é necessário que o Quasímodo (o sinaleiro corcunda), que também apaixonou-se por ela, à proteja da luxúria do arcebispo. A obra original é uma crítica da decadente sociedade francesa da época.

Outra obra que representa uma realidade bem triste é a da *A Bela e a Fera* de Jeanne-Marie LePrince de Beaumont (1756)³, provavelmente a história teve inspiração no caso de Pedro González e Catherine; Pedro fazia parte da corte de Henrique II da França, que era comparado com uma “fera” por ser portador da hipertricose, uma anomalia genética que faz com que os pelos cresçam mais. Na realidade, podemos inferir que houve várias situações em que se concretizou o conto, em que várias mulheres tiveram casamentos estabelecidos por arranjos, sem conhecimentos sobre a pessoa do parceiro, ou mesmo sem nutrir qualquer amor pelo pretendente, que muitas vezes as maltratavam, violentavam e até humilhavam-nas por não acatarem as ordens ou por não serem do seu gosto e, como não existia divórcio, as mulheres eram abandonadas em algum lugar, vendidas ou mortas.

Os clássicos nacionais também não são exceção. A *Iracema* (1865) de José de Alencar⁴ é a personificação da índia perfeita que se apaixona perdidamente pelo “príncipe” europeu às custas de ser banida de sua tribo para viver com o seu amado e seu filho (“o primeiro cearense”). Também o conhecido clássico caso de “traição” de Bentinho e de Capitu, na obra *Dom Casmurro* (1899) de Machado de Assis⁵, é motivo de debate entre acadêmicos até hoje. A história é contada na visão de Bentinho que no começo apresenta desejo por Capitu, mas conforme eles começam a viver juntos outros traços (tanto do narrador-protagonista, quanto de sua amada) começam a “surgir”, como o desejo dele de posse e dela os “olhos de cigana obliqua e dissimulada”. Como é o próprio narrador que conta a história e ela se desdobra com base em suas lembranças, não há como ser confirmado por parte do leitor a veracidade da traição ou não de Capitu com Escobar (amigo do protagonista); essa incógnita é de tamanha controversa que várias adaptações e, até um julgamento feito por estudantes de direito, foram feitos para tentar acabar com esse impasse.

Frisa-se que obras antigas, apesar de não necessariamente refletirem os valores da atualidade, ainda têm um importante papel na compreensão do passado. O objetivo do presente artigo nunca foi menosprezar ou repudiar tais obras, mas sim analisá-los sobre um ponto de vista crítico.

3.2 Implantação da ideia da mulher ideal

Essas ideias são internalizadas desde a infância, através de condicionamentos que se estabelecem quando ainda crianças começam a ouvir histórias de princesas em perigo e à espera de um príncipe encantado, capaz de resolver os problemas, com desfecho

3 LePrince, JM. **A Bela e a Fera**. Magasin des enfants (1756)

4 Alencar, J. **Iracema**. Editora Typ. de Viana & Filhos, 1865, 202p.

5 Assis, M. **Dom Casmurro**. Editora Livraria Garnier, 1899.

marital e promessa de felicidade eterna. Da mesma forma, as cantigas populares trazem em suas melodias a personificação da mulher, como é o caso da música *O Cravo brigou com a Rosa*.

O Cravo brigou com a Rosa

O cravo brigou com a rosa

Debaixo de uma sacada

O cravo saiu ferido

E a rosa despedaçada

O cravo ficou doente

E a rosa foi visitar

O cravo teve um desmaio

E a rosa pôs-se a chorar

A rosa fez serenata

O cravo foi espiar

E as flores fizeram festa

Porque eles vão se casar⁶

A cantiga de Villa Lobos retrata uma briga de casal, uma certa divergência no desejo de ambas as partes, o que pode ter sido o motivo para a discussão. A melodia dá a impressão que ficaram afastados por um tempo, a Rosa, quando soube que o Cravo estava doente, decidiu fazer-lhe uma visita, mesmo que a briga tenha deixado marcas em ambos (a Rosa saiu despetalada e o Cravo saiu ferido). Quando ele a viu, teve um desmaio (fazendo o papel do homem que está sofrendo pela presença da mulher amada depois da briga ou um meio para fazê-la se sentir culpada pelo ocorrido). Ao fazer isso, a Rosa se sensibiliza com o estado do Cravo e com isso se derrama em lágrimas, achando que é culpada. (TERAPIA ZERO, 2008).

A partir de uma outra letra de música popular, aparentemente doce e inocente, podemos formular diversas interpretações.

6 Composição de Villa Lobos. Disponível em <https://www.letras.mus.br/cantigas-populares/631308/>. Acesso em 6 jul 2020.

Terezinha de Jesus

Terezinha de Jesus

De uma queda, foi ao chão

Acudiram três cavalheiros

Todos os três, chapéu na mão

O primeiro foi seu pai

O segundo, seu irmão

O terceiro foi aquele

Que a Tereza deu a mão

Terezinha levantou-se

Levantou-se lá do chão

E sorrindo disse ao noivo

Eu te dou meu coração⁷

A cantiga trata da fragilidade e da fraqueza da Terezinha de Jesus, que “de uma queda foi ao chão” e que precisava de alguém que a cuidasse deixando a mulher em situação de desprestígio ou fragilidade em relação ao homem. A segunda estrofe fala da figura masculina, o primeiro foi seu pai (senhor e chefe da família), onde a mulher tem respeito e obediência incondicional. A segunda figura masculina é a do irmão, uma extensão da figura paterna. Por fim, o “Príncipe Encantado”, o homem que a mulher sempre espera, dando a mão (PEREIRA, 2018).

A figura da mulher é a de um ser frágil, passível de “quedas”, sempre necessitando da presença masculina a seu lado onde estenda a mão para ajudá-las. Destacamos, ainda, uma atenção na estrofe em que Teresinha diz ao noivo “Eu te dou meu coração”: coloca-se em voga o casamento como uma solução para que as mulheres alcancem o destino natural, seguindo o estereótipo da mulher Amélia e do seu marido.

O conteúdo dessa cantiga mostra uma realidade heterossexual com sua perversidade hierárquica, com suas relações de poder e com seu processo de elevação da figura masculina e a servidão da feminina.

⁷ Composição desconhecida. Disponível em <https://www.lettras.mus.br/temas-infantis/462373/>. Acesso em 6 jul 2020.

3.3 As influências infantis modernas

Os filmes clássicos infantis retratam também essa personificação. Contudo, os estúdios responsáveis pelas produções vêm aos poucos adaptando suas produções, quebrando esses estereótipos. Um dos principais exemplos é “Shrek”. O filme remete à mística dos contos clássicos, em que tudo acontece em um reino encantado, mas os personagens principais são ogros, fugindo a esse padrão esperado, fugindo à rotina do gênero conto de fadas, que vivem de uma maneira não muito elegante. Quando Fionna assume seu amor por Shrek, este transforma-se, definitivamente, em um ogro. Percebe-se que a cada nova produção cinematográfica a quebra de estereótipos vem se intensificando.

Outro tipo de moldagem que recebemos na infância são os brinquedos. Além de servirem para diversão da criança, eles também são um dos fatores que podem auxiliar na identidade do indivíduo, uma vez que esse tipo de interação fica estereotipada, quando o desenvolvimento da criança é “manipulado” pela divisão dos brinquedos para meninos e para as meninas.

Se notarmos, é possível perceber que na seção de meninos, encontram-se muito mais brinquedos relacionados à solução de problemas e ao estímulo da criatividade, enquanto o das meninas está relacionada à beleza, à maternidade e à vida doméstica. Também é possível identificarmos um padrão de cores, em que o “azul” e/ou tons escuros seriam para os menino e o “rosa” e/ou tons claros, para as meninas, sendo que nenhum “[...] pode gostar da cor do gênero oposto” (JUNGES, 2014, p. 28). Esquece-se que em um passado não muito distante os príncipes eram retratados com vestimentas rosas, considerada uma cor masculina, e as princesas com o azul, considerada uma cor feminina.

Outro tipo de estereótipo volta-se ao sexismo. No universo dos jogos virtuais, fica fácil perceber isso: uma olhada rápida nos personagens de “Batman Arkham Knight” da WB games, percebe-se para quem os decotes foram reservados (para as personagens femininas), enquanto Batman está cada vez mais forte e equipado. Outro exemplo é a personagem “Lara Croft” da série “Tomb Raider”, que só recentemente teve as curvas reduzidas para agradar o público feminino. Isso acontece porque são personagens femininas feitas por homens e para os homens, já que os vídeos-jogos são considerados “coisa de menino”.

3.4 Propagação da corrente do machismo

Destacamos, também, que, no convívio com crianças, as pessoas que as circundam são grandes influenciadoras para a construção de ideais, uma vez que crianças e adolescentes buscam entender o mundo e, para isso, observam o que acontece a seu redor e imitam os comportamentos dentro do possível. (BANDURA, 1973). Muitas vezes, o questionamento não é feito, já que as pessoas que a tomam como exemplo têm atitudes e comportamentos que serão copiados e adaptados para se integrar ao meio.

O machismo é um comportamento derivado das práticas educacionais e culturais que embutem nos meninos a percepção de que a figura feminina é e está em desvantagem em relação ao papel masculino e, muitas vezes, esse comportamento é ensinado de geração a geração.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA (OSÓRIO & FONTOURA, 2016), mostrou que mais de 58,5% dos entrevistados concordaram totalmente ou parcialmente com a frase “se as mulheres soubessem como se comportar haveria menos estupros”, situação que deixa claro a forma como a sociedade brasileira concebe o papel da mulher.

Embora tenhamos duas legislações importantes na defesa da mulher, como a Lei nº 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha) e a Lei 13.104/2015, que torna o feminicídio crime hediondo, ainda há a necessidade de avanços nas políticas públicas para maior conscientização e maior efetividade no combate às práticas de violência contra a mulher.

4 I O PESO DA LAPIDAÇÃO DA SOCIEDADE

Além disso, é importante considerar o “teto de vidro” imposto sobre as mulheres. Alguns concursos, vestibulares ou empresas, no que diz respeito a sua hierarquia, podem dificultar o ingresso de mulheres, devido ao estereótipo de que elas não têm tempo ou capacidade para tais posições. Simplesmente, pelo fato de serem mulheres. Desse modo, um mesmo currículo enviado com o nome de um homem tem mais propostas, salários melhores do que com o nome de uma mulher (CARDOSO, 2018).

Em 2018, um concurso da Polícia Militar do Paraná (PM/PR) colocou a masculinidade como critério de inclusão na avaliação psicológica. No edital, definia-se a masculinidade como *a capacidade do indivíduo em não se impressionar com cenas violentas, suportar vulgaridades, e não se emocionar facilmente, tampouco demonstrar interesse em histórias românticas e de amor*. Como se a masculinidade fosse fator essencial para se tornar um(a) policial. Levando-se em consideração a seguinte situação imaginária, fica o questionamento: Se esse teste não tivesse sido reformulado, e o critério da “masculinidade” tivesse seguido adiante, a mulher que fosse aprovada neste concurso seria ridicularizada por ser “masculina”?; E o homem que não passasse no concurso também seria ridicularizado pela “falta de masculinidade” necessária?

4.1 A Lei e a Realidade

Do mesmo modo em percebe-se dificuldades de crescimento no ramo empresarial, pois há empregadores que reduzem as mulheres à meras reprodutoras e incapazes de gerar alta produtividade. De acordo com o artigo 7, inciso XVIII e XIX da Constituição de 1988, a mulher tem direito a 120 dias para cuidar da criança e o homem, 5 dias (BRASIL, 1988), e a ilusão de que a mulher custará mais, por ter mais tempo em casa com a criança,

podem levar muitos empresários a calcular que terão prejuízos em sua contratação.

Desconsidera-se o fato de que é necessário, geneticamente, de um gameta masculino associado a um feminino para que comece a vida. A mulher não é, sozinha, responsável por gerar ou por fabricar a vida. O pai tem responsabilidades para com a criança e, também, para com seu processo de formação.

Outra diferenciação presente na Constituição de 1988, está no artigo 201, parágrafo 7, inciso I e II, que trata da aposentadoria. Na aposentadoria por idade, o homem aposenta-se com 65 anos de idade e a mulher, com 62, observando o tempo mínimo de contribuição. No meio rural, tanto o homem quanto a mulher aposentam por idade: ele com 60 e ela com 55. O fato de a mulher aposentar-se antes do que o homem se deve à “dupla jornada de trabalho” que ela teria, ou seja, o emprego formal, fora de casa, e o “emprego informal” em sua residência. Mais uma vez se encontra a ideia de que a função da mulher está relacionada ao ambiente domiciliar (BRASIL, 1988).

O quadro eleitoral apresentado em 2018, demonstra como a mulher ainda é separada da figura política, apesar de ser boa parte da representação da sociedade. No ano de 2016, foi feita uma pesquisa que constata que apenas 10,5% dos assentos da Câmara dos Deputados são ocupados por mulheres (LUIZA, 2018). Cenário esse que faz com que o padrão dos candidatos dessas eleições seja composto de homens, heterossexuais, casados e com idades que em outras profissões estaria próximo ou já aposentado (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2018).

4.2 Problemas em números

Em um cenário predominantemente machista a vida profissional da mulher e a realidade econômica e social do país são deteriorados. No Ensino Médio, a taxa de frequência de mulheres é de 73,5%, a de homens é de 63,2%. No Ensino Superior, 23,5% chegam à conclusão, ao passo que 20,7% de homens concluem a Graduação. Nas gerências de empresas, apenas 37,8% estão nas mãos de mulheres, mesmo que seu percentual de conclusão do Ensino Médio e do Superior seja maior do que o dos homens.

Desse cenário, questionamos para onde essas mulheres vão depois de se formarem? De acordo com a porcentagem de tempo dedicado aos afazeres domésticos, as mulheres dedicam (em horas semanais) cerca de 18,1%, quase o dobro dos homens (LUIZA, 2018).

Em se considerando a Constituição de 1988, vemos tipificado no artigo 7, inciso XXX, a “proibição de diferença de salário, de exercício de função e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (BRASIL, 1988). Também vemos no artigo 3, inciso IV, a indicação de que cabe à Federação “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Dentre esses e outros exemplos, percebemos uma lacuna entre o que está na lei e o que realmente acontece.

Outro exemplo de como o estereótipo prejudica a evolução da nação é em relação

as mulheres que fizeram doutorado na área de *Science, Technology, Engineering, Arts and Mathematics* (STEAM, em português, Ciência, Tecnologia, Engenharia, Artes e Matemática) em todas as universidades públicas de Ohio com dados do projeto UMETRICS⁸, que fornece informações sobre estudantes ajudados por verba federal de pesquisa e que consequentemente aponta quantos alunos desistem do curso: entre as mulheres da sala havia uma probabilidade de 12% de desistirem do curso, sendo elas as únicas na sala. Esse percentual decorre do fato de ser um ambiente cercado por homens, o que diminui a sensação de pertencimento aquele grupo. Constatou-se ainda que a probabilidade da desistência diminui em 2% para cada aumento de 10% no número de alunas (GALILEU, 2018).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel feminino tem sua construção pautada nos valores organizados por uma sociedade que estabeleceu fortemente uma hierarquia de atividades e percepções de competências entre os gêneros, solidificando a imagem de fragilidade e inferioridade da mulher em comparação com a figura masculina.

Essa condição de opressão e discriminação do gênero feminino aparece sutilmente na literatura e nas cantigas populares, assim como no modo de educação desempenhado na parentalidade, tornando o processo de introjeção do que é ser “o feminino”, como objeto de dependência, de tibieza e fracasso.

Lutas e conquistas importantes ao longo dos anos têm sido erguidas por mulheres resilientes, que buscam renovar o olhar da sociedade sobre as potencialidades e habilidades femininas, sem prejuízos dos valores e possibilidades masculinas, intentando firmar a igualdade e o respeito entre os gêneros.

Expressivas mudanças de atitudes e comportamentos se apresentam na mulher do século 21, que assumiu importantes níveis de escolarização, está inserida no mercado de trabalho e ainda coaduna tarefas domésticas e criação dos filhos.

Mesmo assim, parece haver um longo período a percorrer para que a justa igualdade entre os gêneros resista a um milenar conceito da mulher que reflete em ódio e desrespeito, desonra e rebaixamento, o que poderia ser minimizado se a educação e orientações voltadas a ambos os gêneros, desde a infância, contemplasse o que nos une enquanto humanos: a dignidade da pessoa, os direitos humanos.

É necessário ressaltar que obras e fatos históricos muitas vezes são um reflexo dos valores sociais e morais de uma determinada época. Por conseguinte, não é justo avaliá-los fora de seu contexto geográfico-temporal. O passado deve servir de guia para o futuro, repeti-lo ou ignorá-lo é ingenuidade.

8

Disponível em <https://umetrics.com/about-us>. Acesso em 7 jul 2020.

REFERÊNCIAS

BANDURA, A. **Agression: A Social Learning Analysis**. Englewood Clifles, NJ: Prentice Hall, 1973.

BRASIL. **Consolidação das leis Trabalhistas**. Consolidação (das) Leis do Trabalhador. Brasília: Senado Federal, 1943. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 5 nov 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 4 nov 2018.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm.

_____. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Lei do feminicídio, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm.

CARDOSO, V. T. **O fenômeno Teto de Vidro e a ocupação da mulher no mercado de trabalho**. Publicado originalmente em 21 de janeiro de 2018. Disponível em www.administradores.com.br/artigos/carreira/o-fenomeno-teto-de-vidro-e-a-ocupacao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/61094/. Acesso em 20 nov 2018.

GALILEU. Redação da Revista Galileu. **Quanto menos mulheres, mais elas desistem de carreiras nas ciências**. Publicado originalmente em 17 de outubro de 2019. Disponível em <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/09/quanto-menos-mulheres-mais-elas-desistem-de-carreira-nas-ciencias.html>. Acesso em 14 nov 2018.

JUNGES, R. **Meninos que brincam com bonecas viram menina?** Diferenças de gênero nas brincadeiras de crianças de 4 a 5 anos. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Licenciatura em Pedagogia). Centro Universitário UNIVATES, Lajeado, 2014. Disponível em <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/712/1/2014RafaelaJunges.pdf>. Acesso em 24 nov 2018.

LUIZA, C. **A desigualdade de Gênero no Brasil em um Gráfico**. Publicado originalmente em 7 de março de 2018. Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/a-desigualdade-de-genero-no-brasil-em-um-grafico/>. Acesso em 14 nov 2018.

OSÓRIO, R.F.; FONTOURA, N. **Tolerância social à violência contra mulheres**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. 2016.

PEREIRA, R. C. **Teresinha de Jesus**. Interpretação da Cantiga de roda. 2018. Disponível em <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao/terezinha-de-jesus-uma-interpretacao-da-cantiga-de-roda/58299>. Acesso em 17 nov 2018

ROMANZOTI, N. **Homens e mulheres enxergam o mundo de maneira diferente?** Publicado originalmente em 8 de outubro de 2012. Disponível em <https://hypescience.com/homens-e-mulheres-enxergam-o-mundo-de-maneira-diferente/>. Acesso em 23 nov 2018.

ROSSETTI, V. **A estrutura social de caçadores-coletores sob a perspectiva da igualdade entre os sexos**. Publicado originalmente em 8 de março de 2017. Disponível em <https://netnature.wordpress.com/2017/03/08/a-estrutura-social-de-cacadores-coletores-sob-a-perspectiva-da-igualdade-entre-os-sexos/>. Acesso em 29 jun 2020

STORITA. **Os conceitos de trabalho e de ócio**. Publicado originalmente em 4 de março de 2009. Disponível em <https://areaintegracao.blogspot.com/2009/03/os-conceitos-de-trabalho-e-de-ocio.html>. Disponível em 23 nov 2018.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas eleitorais**. 2018. Disponível em <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em 24 nov 2018.

TERAPIA ZERO [Blog Pessoal de Anna V]. **A canção infantil em debate (II)**. Disponível em <http://terapiazero.blogspot.com/2008/02/cano-infantil-em-debate-ii.html>. Acesso em 17 nov 2018.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ANÁLISE DO PERFIL DE ASSASSINATOS E FEMINICÍDIO NO ESTADO DO CEARÁ

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 04/06/2020

Laríssia Cândido Cardoso

Universidade Regional do Cariri
Crato- CE

<http://lattes.cnpq.br/4583741984625136>

Teófilo Silva Primo Correia

Universidade Regional do Cariri
Crato- CE

<http://lattes.cnpq.br/9489169398745934>

Delmair Oliveira Magalhães Luna Filha

Universidade Regional do Cariri
Crato- CE

<http://lattes.cnpq.br/9135348794328718>

Pedro Yan Alexandre Barbosa Kennedy

Universidade Regional do Cariri
Crato- CE

<http://lattes.cnpq.br/3381532509042517>

Grayce Alencar Albuquerque

Universidade Regional do Cariri
Crato- CE

<http://lattes.cnpq.br/7641791864825372>

Defesa Social do Ceará, referente aos crimes violentos letais intencionais contra mulheres ocorridos durante o ano de 2018. Os dados foram coletados por meio de um *checklist*, tabulados em frequências absolutas e relativas e posteriormente analisados com base na literatura pertinente. Logo, em relação a faixa etária das vítimas, a maioria encontrava-se na fase jovem (18-29 anos) com 41% (n=167 casos), e em seguida, 38% (n=154 casos) na fase adulta (30-59 anos). Dentre os meses mais violentos, tem-se o primeiro trimestre com 30% (n=120 casos), seguido pelo quarto trimestre com 27% (n=112), posteriormente terceiro trimestre com o 25% (n=98), por fim o segundo trimestre com 18% (n=75). Os municípios que mais detêm registros de óbitos femininos são Fortaleza, seguida por Caucaia, Maracanaú, Sobral e Maranguape. Os indicadores apontam que as vítimas são atingidas em fases importantes de suas vidas, como as fases reprodutivas e produtivas. Os municípios de maior contingente populacional registram os maiores volumes de óbitos. Diante disso, infere-se que a identificação de tal perfil deve ser utilizada como base norteadora para monitoramento dos assassinatos e feminicídio, fornecendo dados que demonstram carência da atuação estatal com políticas públicas com teor punitivo, preventivo e educacional nas localidades mais vulneráveis a tal violência.

PALAVRAS-CHAVE: Violência. Mulher. Perfil. Feminicídio. Ceará.

RESUMO: A violência contra a mulher é algo que se perpetua pelo tempo e se mantém presente de modo corriqueiro. Diante disso, o presente estudo objetivou identificar o perfil dos assassinatos de mulheres e feminicídio no estado do Ceará, Brasil. Trata-se de um estudo quantitativo e bibliográfico, no qual foram analisados um total de 405 casos por meio dos indicadores criminais divulgados pela Secretaria de Segurança Pública e

VIOLENCE AGAINST WOMEN: ANALYSIS OF THE PROFILE OF MURDERS AND FEMINICIDE IN THE STATE OF CEARÁ

ABSTRACT: The violence against women is something that is perpetuated by time and remains present in a common way. Therefore, the present study aimed to identify the profile of murders of women and feminicide in the state of Ceará, Brazil. This is a quantitative and bibliographic study, in which a total of 405 cases were analyzed, through criminal indicators released by the public secretariat and social defense of Ceará, referring to intentional lethal violent crimes against women that occurred during 2018. The data were collected through a checklist, tabulated at absolute and relative frequencies, and later analyzed based on the relevant literature. Therefore, about the age group of the victims, the majority were in the young phase (18-29 years) with 41%(n=167), then 38%(n=154) in adulthood (30-59 years). Among the most violent months, there was the first trimester with 30%(n=120), followed by the fourth trimester with 27% (n=112), then the third trimester with 25%(n=98), finally the second trimester with 18%(n=75). The municipalities that have the most records of female deaths, the highlight oversees Fortaleza, followed by Caucaia, Maracanaú, Sobral, and Maranguape. The indicators indicate that victims are affected in important phases of their lives, such as reproductive and productive phases. The municipalities with the largest population have the highest volumes of deaths. Therefore, it is inferred that the identification of such a profile should be used as a guiding basis for monitoring of murders and feminicide, providing data that demonstrate a lack of state action with public policies with punitive, preventive, and educational content in the localities most vulnerable to such violence.

KEYWORDS: Violence. Women. Profile. Feminicide. Ceará.

1 | INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher não é algo novo, se perpetua pelo tempo, de tal modo que é extremamente contemporâneo e se faz presente no seio social de forma cotidiana. Nesse seguimento, nos mais antigos relatos de sociedades já existentes, é perceptível a supremacia masculina em face da inferiorização feminina.

As diferenças que acarretam a violência de gênero têm sua concepção no arcabouço da história da humanidade, em que os homens detinham o poder sobre a vida e a morte dos membros de sua família, e a autoridade das mulheres era comparada à das crianças (BOURDIEU, 2002). Passeando pela Idade Média, Moderna e Contemporânea, não se concretizou qualquer esclarecimento para o fim do monopólio masculino sobre a mulher, a qual continuava a ser responsabilizada pelas grandes tragédias da história e, devido a isso, tinha a obrigação moral de permanecer obediente e submissa aos desejos daqueles que detinham, inclusive, a sua posse (BERTOLIN, 2010).

Desse modo, concretizou-se a formação ideológica da superioridade do homem em detrimento da mulher, e conseqüentemente, a subordinação feminina foi enraizada no seio social e o patriarcado firmou-se como sistema de controle e regimento sócio-familiar. Assim, a mulher ao assumir esse papel coadjuvante, tornou-se susceptível a inúmeras formas de violência.

Logo, isso está diretamente associado a desigualdade de gênero na seara social. De tal forma que, a inferiorização feminina vai além das paredes do lar e do convívio familiar, fazendo-se presente em todas as relações sociais. Nesse contexto, a disparidade salarial e a segregação ocupacional são fenômenos característicos das relações de gênero na história da sociedade brasileira e do mundo. Por disparidade salarial, compreende-se a diferença entre a remuneração do trabalho feminino e a remuneração do trabalho masculino. Por segregação ocupacional, entende-se a divisão do mundo do trabalho em ocupações “femininas”, de pouco prestígio e baixa remuneração, e ocupações “masculinas”, reconhecidas socialmente e com melhor remuneração (MINCANTO; DORNELLES; SOARES, 2013).

Outrossim, diversos tipos de violência são praticadas contra tal público, desde agressão psicológica, moral, patrimonial, sexual até as vias de fato, com uso da força bruta, e nos casos mais graves, acarretando na morte da vítima. Assim, caracterizando o crime de feminicídio, que fora estabelecido na legislação brasileira a partir de março de 2015, por meio da Lei 13.104/2015 que alterou o Código Penal Brasileiro e incluiu o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio de mulheres, sendo entendida quando a morte de uma mulher em decorrente de violência doméstica e familiar ou quando instigada por menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).

A implantação da legislação supracitada fez-se necessária devido ao alto número de assassinatos de mulheres em virtude do gênero. De acordo com o Mapa da Violência 2012, nos 30 anos decorridos entre 1980 e 2010 foram assassinadas no país acima de 92 mil mulheres, 43,7 mil só na última década. O número de mortes nesse período passou de 1.353 para 4.465, que representa um aumento de 230%, mais que triplicando o quantitativo de mulheres vítimas de assassinato no país (WAILSEFZ, 2012).

Logo, é notório a necessidade e a efetividade da legislação em questão, ao passo que passa a reger de forma mais severa o homicídio de mulheres, resultando em uma considerável diminuição de casos, entretanto, os dados posteriores a lei ainda são preocupantes e demonstram a alta vulnerabilidade sofrida pela mulher.

Assim, conhecer as peculiaridades de tal delito é indispensável para traçar características e proporcionar uma possível intervenção. Nesse seguimento, o Observatório da Violência e Direitos Humanos da Região do Cariri da Universidade Regional do Cariri (URCA) realiza um monitoramento de dados que abarcam questões de violência contra a mulher em três municípios do interior cearense. Logo, o presente artigo buscou realizar uma análise dos Indicadores Criminais da Secretaria de Segurança Pública do Ceará que versam sobre dados de assassinatos de mulheres, dentre eles o feminicídio, proporcionando a caracterização destes no Estado de Ceará.

2 | METÓDO

Trata-se de um estudo quantitativo e bibliográfico, no qual foram analisados um total de 405 casos, por meio dos indicadores criminais divulgados oficialmente pela Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Ceará, referentes aos crimes violentos letais intencionais ocorridos no curso do ano de 2018.

Diante disso, os dados foram coletados por meio de um *checklist* previamente adotado nas coletas de dados do monitoramento realizado pelo Observatório da Violência na URCA, que engloba informações acerca da faixa etária da vítima, local e mês de ocorrência, como também a natureza do fato delituoso. Foram realizadas análises estatísticas descritivas e de frequência simples para as variáveis de interesse, sendo os resultados obtidos analisados à luz da literatura pertinente.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÕES

A violência doméstica se pendura por séculos no cotidiano social e se faz presente de diferentes formas. Mediante isso, a Lei 11.340/2006 tipifica casos de violência doméstica, assim, o rol do artigo 7º da referida lei faz menção a violência física que é entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal, a violência psicológica caracterizada como qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe. Ademais, a violência sexual, que consiste em qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus bens, por fim, a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL,2015).

Tais tipologias se manifestam no ciclo de violência, que é constituído de três fases: 1) a construção da tensão no relacionamento, caracterizada pelos xingamentos, injúrias, ameaças, insultos, humilhação, provocações mútuas; 2) a explosão da violência, descontrole e destruição, em que o agressor passa a agredir fisicamente a vítima e 3) a lua-de-mel, em que ocorre o arrependimento do(a) agressor(a), que ao se arrepender do que fez, diz que ama a vítima, pede desculpa, diz que não vai mais agredi-la com promessas, ocorrendo assim, uma idealização do parceiro e a negação da vivência de violência (SOARES, 2005).

Devido a estas condições, a violência se pendura por meio de tal ciclo, tornando-se extremamente difícil de ser rompido. Outrossim, grande parte dos casos não chegam a fase da lua-de-mel, ao passo que, encontrando-se na explosão da violência, tomam uma proporção gigantesca e resultam no ápice da agressão, caracterizando o crime de feminicídio.

No Brasil, no período 2011-2013, estima-se que ocorreram 17.581 óbitos de mulheres por agressões, o que corresponde a uma taxa corrigida de mortalidade anual de 5,87 óbitos por 100 mil mulheres. No triênio ocorreram, em média, 5.860 mortes de mulheres por causas violentas a cada ano, 488 a cada mês, 16,06 a cada dia, ou uma a cada uma hora e trinta minutos. O estudo confirmou que a mortalidade de mulheres por agressões é elevada no Brasil e atinge mulheres de todas as faixas etárias, etnias e níveis de escolaridade (IPEA, 2016).

Com base nisso, se faz necessário a analisar e registrar os assassinatos de mulheres de forma mais específica, uma vez que não consiste em um simples homicídio, trata-se também de questões ideológicas de disparidade de gênero.

Logo, a primeira vez que o termo “*Femicide*” foi usado em público, foi no ano de 1976 em Bruxelas, Bélgica, por Diana Russell, no Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, a qual conceituou tal termo como o assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade (PASINATO, 2013). Entretanto, no Brasil, tal terminologia só teve aplicabilidade técnico-jurídica a partir de 2015, com implantação da Lei 13.104, a qual, proporcionou a inclusão do feminicídio no rol de crimes hediondos.

Com base nisso, é necessário mapear quantitativamente os casos de assassinatos de mulheres ocorridos no Estado de Ceará e identificar quais são feminicídios.

Nesse seguimento, o primeiro ponto analisado a partir dos dados obtidos, é que, dos 405 assassinatos de mulheres, no que tange a natureza do fato jurídico engloba um total de 23 casos (6%) registrados como feminicídio. Logo, enquadrando-se penalmente no que rege a tipificadora implantada pela Lei supracitada, cujo enquadra o homicídio de mulheres em decorrência da desigualdade de gênero. Em face de tal dado, é notório que quantitativamente o feminicídio é inferior comparado aos casos de homicídios simples, no entanto, isso se dá possivelmente pela subnotificação de tal qualificadora, visto que a subnotificação já é pertinente nos casos de violência doméstica. Ademais, alguns casos investigativos ainda encontram-se em curso, logo, não se tem uma conclusão da tipologia criminal.

Nesse sentido, a qualidade dos dados é essencial, ao passo que estatísticas revelam a significativa subnotificação da violência contra a mulher e dos óbitos dessa população. De acordo com a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, em 2014, houve 467.646 casos de violência registrados no Brasil, com estimativa de subnotificação de registros de 35% (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012). Logo, torna-se perceptível a pouca efetividade no sistema de notificação e revela falhas nas estratégias sensibilizadoras voltadas para denúncia dos casos.

Além disso, outro ponto analisado na pesquisa é referente a faixa etária das vítimas assassinadas de um modo geral. Registram-se que a maioria das mulheres encontrava-se na fase mulheres na fase jovem, entre os 18 à 29 anos, referentes a 41% (n=167 casos).

Em seguida, tem-se as adulta, entre os 30 até 59 anos, correspondendo ao percentual de 38% (n=154 casos). Além disso, soma-se um quantitativo não muito expressivo de mulheres com mais de 60 anos com 14% (n=56), como também vítimas menores de idade, com 5% (n=20). Outrossim, 2% (n=8) referem-se a casos com a idade ignorada.

Diante disso, tem-se o maior número de óbitos de mulheres na idade biologicamente reprodutora e economicamente produtiva, o que enseja no impacto considerável na economia. Assim, ao deparar-se com a interrupção forçada da vida feminina tem-se afetação de diversos fatores que circundam aquela determinada vítima, dentre eles a atividade laboral a qual é sessada e causa desfalque na economia de modo proporcional em casa caso concreto.

Ademais, por estarem na idade reprodutiva implica diretamente na diminuição da taxa de natalidade, visto que tais vítimas não gerarão filhos. Além disso, acarretam nos impactos familiares, muitas mulheres na idade adulta já possui família, dentre os quais possivelmente encontram-se menores dependentes da mesma, assim, com o homicídio feminino resulta um grande desfalque sociofamiliar que comprometem o modo de vida dos demais entes.

Ademais, outra seara discutida refere-se aos meses de ocorrência dos crimes. No topo do ranking dos meses mais violentos, tem-se o primeiro trimestre, englobando os meses de janeiro, fevereiro e março, com um montante de 30% (n=120 casos). Em seguida, o último trimestre anual, cujo engloba os meses de outubro, novembro e dezembro, logo, correspondendo a 27% (n=112). Posteriormente, terceiro trimestre, abrangendo os meses de julho, agosto e setembro com 25% (n=98) e por fim, o segundo trimestre, referente aos meses de abril, maio e junho com 18% (n=75).

Por fim, fora examinado as localidades de ocorrência das mortes violentas, logo, dentre os municípios que mais detém registros de óbitos femininos, o destaque fica a cargo de Fortaleza, seguida por Caucaia, Maracanaú, Sobral e Maranguape.

Diante disso, a capital cearense e as demais cidades que possuem grande porte detém alto nível de desigualdade social e apresenta grande teor de periculosidade, logo, exemplificam o fenômeno social da violência urbana, o qual é expresso em diversos tipos de agressão que provoca uma gama de lesões e óbitos de pessoas. A agudeza da violência urbana de Fortaleza é multicausal, também podendo ser explicada como resultado da adoção pela sociedade de deturpados valores morais, desigualdades sociais, problemas de desordem urbana e discriminadora divisão étnica das relações sociourbanas. (XAVIER, 2015).

Conforme a Pesquisa Nacional de Vitimização do Ministério da Justiça, mais de 60% da população de Fortaleza teme ser assaltada, 47% sente-se insegura ao andar nas ruas, e 83% afirmou ter notado aumento da criminalidade nos 12 meses anteriores à pesquisa. Dentre 346 grandes municípios brasileiros pesquisados, Fortaleza ficou com a 3ª colocação nacional nos três índices citados, e também como a 4ª cidade com maior número

de pessoas que sofreram ações violentas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013). Logo, o alto índice de homicídio de mulheres na capital é reflexo do cenário violento que já se faz concretizado na localidade.

Mediante isso, é notório que os números de homicídios femininos resultantes de ações violentas e letais são alarmante de modo geral. No entanto, os dados condizentes a caracterização do assassinato em face do gênero ainda não é reflexo da realidade, devido a subnotificação. Ademais, dentre os dados analisados é visível que a disparidade de gênero ainda se faz presente nas relações sociais de forma vívida, de tal forma que nos casos mais gravosos resultam na interrupção da vida, caracterizando o feminicídio.

Assim, se faz necessário a implantação de estratégias de combate a violência contra a mulher de modo geral, com ênfase na conscientização do público masculino, visto que na maioria das vezes são os autores dos crimes de gênero, como também investimento na segurança de forma geral, de tal modo que seja trabalhado a problemática de forma preventiva e consequentemente evitando a ocorrência do feminicídio.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, infere-se que analisar e quantificar tais dados de forma correlatas proporciona a tipificação dos assassinatos de mulheres e a caracterização do feminicídio no estado do Ceará. Logo, a identificação de tal perfil, ainda que não seja feita de forma qualitativa devido a falta de dados fornecidos, deve ser utilizada como base norteadora para monitoramento dos casos de feminicídios, além de contribuir com a delimitação no que se refere as localidades e períodos mais violentos, como também, do público alvo de possíveis intervenções com a finalidade de cessar e principalmente, prevenir a violência contra a mulher e consequentemente, o feminicídio.

Logo, é indiscutível que tal violência é algo que está enraizado na sociedade e é produto de uma formação cultural machista. Então, estudar tal estatística é indispensável para entender a problemática e proporcionar base científica para implementação de mecanismos no combate a violência doméstica, não apenas na seara legislativa, mas principalmente no campo prático, atuando preventivamente. Desse modo, a ação efetiva do Estado é indispensável para a quebra do paradigma discutido e do ciclo vicioso de impunidade que pendura na sociedade, devendo atuar com políticas públicas de caráter punitivo, preventivo, e educacional nas localidades mais vulneráveis a tal violência, de modo que tais medidas toram-se inadiáveis para cessar a ocorrência de tantos óbitos femininos.

REFERÊNCIAS

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kuhner. 11. ed. Rio de Janeiro. 2002. 160 p.

BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006**. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher*. Diário oficial da união. Brasília. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em : 05 de jun. 2018.

BRASIL. **LEI Nº 13.104, DE 9 DE MARÇO DE 2015**. *Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos*. 2015. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 07 de jun 2018.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Mapa de violência contra a mulher 2018**. 55º legislatura; 4º sessão legislativa. Brasília. 2018.

CAVALCANTE, Viviane Albuquerque Pereira; LELIS, Acácia Gardênia Santos. **Pornografia de vingança: uma análise sobre a violência de gênero através das mídias sociais**. Trabalho de conclusão de curso; Faculdade Pio Décimo. Aracaju. 2016. Disponível em <https://editorarealize.com.br/revistas/ebook_redor/trabalhos/gt04.pdf>. Acesso em: 26 de mai. 2020.

EVANGELISTA, Inara Silva. **Mulheres em situação de violência doméstica e familiar sob riscos de morte: reflexões sobre o processo de ruptura do ciclo de violência em Teresina-PI**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress. Anais Eletrônicos ISSN 2179-510X. Florianópolis. 2017. Disponível em <http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499460941_ARQUIVO_ArtigoCompleto_lanaraEvangelista.pdf>. Acesso em: 29 de mai. 2020.

IPEA. **Mortalidade de mulheres por agressões no Brasil: perfil e estimativas corrigidas (2011-2013)**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília. 2016. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27250&Itemid=406#:~:text=A%20viol%C3%Aancia%20contra%20a%20mulher,forma%20mais%20extrema%20a%20morte.&text=No%20Brasil%2C%20no%20per%C3%ADodo%202011,%C3%B3bitos%20por%20100%20mil%20mulheres>. Acesso em : 20 de mai. 2020.

MINCANTO, Ramone; DORNELLES, Adalberto; SOARES, Lodonha. **Desigualdades de gênero: disparidade salarial e segregação ocupacional**. XII Encontro sobre os aspectos econômicos e sociais da região nordeste do RS. Caxias do Sul/RS. 2013. Disponível em < https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/TEC_09_XII_EAESRNE_Desigualdade_de_genero.pdf>. Acesso em 01 de jun. 2020.

Ministério da Justiça. **Pesquisa nacional de Vitimização**. Datafolha instituto de pesquisa. São Paulo. 2013. Disponível em: https://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf.

Ministério da Saúde. **Comitê sobre a Eliminação de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW)**. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. Quinquagésima-primeira sessão. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania; 2012.

PASSINATO, Wânia. **Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil**. Dossiê: violência e outros olhares. Campinas. 2011. Disponível em < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008>. Acesso em : 23 de mai. 2020.

Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social. **Indicadores criminais: Crimes violentos e letais e intencionais**. Fortaleza. 2018. Disponível em <<https://www.sspds.ce.gov.br/estatisticas-2018/>>. Acesso em set. de 2018.

SOARES, Bárbara. **Enfrentando a violência contra a Mulher**. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Presidência da República: Brasília, 2005.

WASELFIZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2012: homicídio de mulheres no Brasil**. Centro brasileiro de estudos latino-americanos.2012. Disponível em < https://www.mprj.mp.br/documents/20184/227960/Mapa_Violencia_2012_Mulheres_Instituto_Sangari.pdf >. Acesso em 22 de mai. 2020.

XAVIER, Laecio Noronha. **Fortaleza da desigualdade e violência: geopolítica do medo e anomia social como fator de produção da violência concentrada e da sensação de insegurança**. Oñati/Espanha. Conpedi Law Review. 2016. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/viewFile/3598/3103>>. Acesso em : 20 de set. 2018.

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEIO DE EMPODERAMENTO DE MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 05/06/2020

Bruna de Carvalho Fagundes de Lima

Faculdades Integradas de Taquara,
Graduanda em Direito
Taquara - RS

<http://lattes.cnpq.br/1528928879593042>

Juliana de Sousa Barbosa

Faculdades Integradas de Taquara,
Graduanda em Direito
Taquara - RS

<http://lattes.cnpq.br/5875777240670072>

Jones Mariel Kehl

Faculdades Integradas de Taquara,
Professor de Direito Penal
Taquara - RS

<http://lattes.cnpq.br/9074878700656968>

Tatiana Martins do Amaral

Faculdades Integradas de Taquara,
Professora de Processo Civil
Taquara - RS

<http://lattes.cnpq.br/3254404983482196>

Daniele Weber da Silva Leal

Faculdades Integradas de Taquara,
Professora de Ética e Metodologia
Taquara - RS

<http://lattes.cnpq.br/5340038791083384>

RESUMO: Com o progressivo aumento de crimes praticados contra mulheres no âmbito das relações domésticas, fato que está diretamente ligado à questão de gênero e apresenta-se altamente complexo, uma vez que exige diversas medidas para a sua

contenção, não só no âmbito penal para a resolução do conflito, objetiva-se, com o presente trabalho, demonstrar a importância da Justiça Restaurativa. Esse instituto auxilia no empoderamento de mulheres vítimas de violência doméstica, também será exposta a importância da criação de grupos de reflexão de agressores, sem que isso implique na desresponsabilização pelos atos praticados sob o viés tradicional. A pesquisa, que será qualitativa e exploratória, utilizará o método indutivo, sendo o procedimento monográfico, por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Desse modo, o estudo realizado atenta para a formação da sociedade, ainda permeada de resquícios patriarcais, que busca enfrentar a violência de gênero através da aplicação de penas privativas de liberdade, as quais notadamente tem gerado um ciclo de reprodução e retribuição de violência contra as vítimas de violência doméstica e seus agressores. Destarte, o modelo retributivo não atinge os fins propostos pela pena, como a ressocialização do condenado e também pelo fato de colocar a vítima em segundo plano. Já a Justiça Restaurativa permite enxergar o crime com outro olhar, bem como passa a centralizar o foco de atuação nas vítimas, restaurando, por meio do diálogo, os danos causados em razão do conflito social subjacente à prática delitiva, possibilitando que elas assumam posição de protagonistas.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa. Violência Contra a Mulher. Lei 11.340/2006. Justiça Consensual. Maria da Penha.

RESTORATIVE JUSTICE AS A WAY OF EMPOWERING WOMEN IN SITUATION OF DOMESTIC VIOLENCE

ABSTRACT: With the progressive increase in crimes committed against women in domestic relationship, which is directly connected in gender questions and presents a very complex situation, what requires several measures to contain it, not just a penalty resolution for the conflict. Therefore, the objective of this project is demonstrate the importance of Restorative Justice. That institute helps to empower women's victims of domestic violence, also will be exposed the importance in the formation of reflection groups for offenders, without involves the unaccountability by acts practiced through the traditional slant. The research, which will be qualitative and exploratory, will use inductive method, procedure monograph, by means of bibliographic and documental research. Therefore, the study accomplished stresses for the social formation, still permeated by patriarchal remnant, that seek to combat the gender based violence through the application of custodial sentences, those wich clearly has caused a cycle of reproduction and retribution of violence against women's victims of domestic violence. Thus, the retributive model does not reach the purposes of the sentence, for example, the resocialization of the condemned, also putting the victim in secondary plan. The Restorative Justice allow to see the crime with another look, as well as start to centralize the focus of action on the victims, restoring, through dialogue, the damage caused by virtue of social conflict derive from criminal action, enabling they to become protagonist.

KEYWORDS: Restorative Justice. Violence Against Women. Law 11.340/2006. Consensual Justice. Maria da Pena.

1 | INTRODUÇÃO

As violências - no plural, porque não apenas a física - que atingem especificamente as mulheres em razão de seu gênero mostram-se como uma assombrosa realidade na sociedade brasileira. Embora hodiernamente essa pauta tenha obtido mais espaço, fato é que não se trata de um novo problema social, mas, ao revés, seu germe pode ser encontrado na forja da uma sociedade patriarcal e machista.

Nessa perspectiva, o Poder Público brasileiro viu-se obrigado, após uma necessária denúncia levada ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), a editar lei com vistas a tutelar especificamente as vítimas dessas violências, surgindo, nesse contexto, a Lei nº 11.340, de 2006, conhecida como Lei Maria da Pena, porque fora seu o caso - dada a omissão estatal - levado à Comissão.

Nesse sentido, muito antes da promulgação da Lei Maria da Pena, a Constituição Federal já consagra(va) - no inciso I do art. 5º - a igualdade entre homens e mulheres. Entretanto, entre o enunciado constitucional e a dura realidade social há ainda um abismo - até porque a lei, per si, não muda a realidade.

A violência contra mulher é um fenômeno que perpassa por toda a sociedade, seus segmentos, classes, faixas etárias. Em tempos de guerra ou de paz, a violência contra a

mulher ocorria - e ainda ocorre - com a tolerância das sociedades e governos, encobertos por costumes e tradições, revestidos de naturalidade.

Pouco se sabe sobre essas situações, inclusive sobre o número exato de sua ocorrência, visto que somente a partir da promulgação da Lei Maria da Penha foi possível dar visibilidade à violência doméstica. Contudo, apesar dos avanços quanto a proteção das mulheres trazidas pela Lei nº 11.340/06, é possível afirmar que, ano após ano, muitas mulheres são vitimadas em razão de seu gênero, ou seja, em decorrência da desigualdade de poder que coloca mulheres em situação de maior vulnerabilidade e risco social nas diferentes relações de que participam nos espaços públicos e privados.

O ordenamento jurídico - como reflexo histórico-cultural de sua sociedade - ainda padece de resquícios patriarcais, enfrentando o problema da violência de gênero através da aplicação de penas privativas de liberdade, as quais - notadamente - tem gerado um ciclo de reprodução e retribuição de violência contra as vítimas de violência doméstica e seus agressores.

Com efeito, verifica-se que uma das alternativas de combate à violência de gênero é a justiça restaurativa, uma vez que o modelo retributivo não atinge os fins propostos pela pena, como a ressocialização do agressor, além de colocar a vítima em segundo plano, a Justiça Restaurativa permite enxergar o fenômeno criminal com outro olhar, bem como passa a centralizar o foco de atuação nas vítimas, possibilitando que essas assumam posição de protagonistas.

Dessa forma, torna-se imprescindível investigar os fatores históricos, sociais e legais determinantes para inclusão dos crimes de violência de gênero no ordenamento jurídico brasileiro para poder aliá-los à justiça restaurativa. Portanto, o presente artigo versa sobre a importância da Justiça Restaurativa no empoderamento de mulheres vítimas de violência doméstica, bem como a importância da criação de grupos de reflexão de agressores, sem que isso implique na desresponsabilização pelos atos praticados sob o viés tradicional.

Este breve esforço, aqui delineado, desenvolveu-se no bojo do projeto de pesquisa "*Os meios autocompositivos de resolução de conflitos e seus reflexos no desenvolvimento regional do Vale do Paranhana*", desenvolvido e financiado pelas Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT), cujos professores que subscrevem são seus coordenadores; e as alunas, bolsistas.

2 | JUSTIÇA RESTAURATIVA X JUSTIÇA RETRIBUTIVA

Praticado um ilícito penal, surge para o Estado o dever-poder de punir aquele que cometeu a infração penal. Ao longo dos anos, existiu uma ênfase no caráter retributivo do sistema penal. A privação da liberdade, como sanção penal, tornou-se consequência comum em casos de condenação. Todavia, a justiça unicamente retributiva, nos atuais moldes, não contribui para a ressocialização do réu, nem mesmo restaura a situação

jurídica da vítima à situação em que se encontrava antes de sofrer com a prática do crime.

Diante de um novo paradigma de justiça penal, é imprescindível a busca pela amenização da fragilidade da vítima e retificação das falhas cometidas pelos ofensores, o que não é tarefa fácil. É nesse contexto que surge a Justiça Restaurativa, como um novo modelo de solução de conflitos e cuja implantação não implica na supressão do modelo atual.

Acerca da diferenciação simbólica entre os institutos, assevera Zehr (2012, p. 18):

Tanto a retribuição como a restituição dizem respeito à restauração de um equilíbrio. Embora a retribuição e a restauração tenham importante valor simbólico, a restituição é uma forma mais concreta de restaurar a equidade. Também a retribuição busca o equilíbrio baixando o ofensor ao nível onde foi parar a vítima. É uma tentativa de vencer o malfeitor anulando sua alegação de superioridade e confirmando o senso de valor da vítima. A restituição, por outro lado, busca elevar a vítima a seu nível original. Para tanto, reconhece o valor ético da vítima, percebendo ainda o papel do ofensor e as possibilidades de arrependimento – assim reconhecendo também o valor do ofensor.

Caracterizado pela adversariedade, o processo litigioso exige que o ofensor defenda somente os interesses próprios e, na maioria das vezes, não percebe o dano e a dor que causou à vítima.

Se, por um lado, a Justiça Retributiva tem um viés de merecimento, ou seja, faz justiça através da punição Estatal. Nela, trata-se o crime trata-se como um ato contra a sociedade, representada pelo Estado, sendo que o interesse público deve ser priorizado no momento da punição/julgamento como consequência do delito. Há certa indiferença do ente Estatal quanto às necessidades do infrator, vítima, comunidade e afetados, pois o enfoque é direcionado à culpabilidade individual, voltada para o passado. Utiliza-se de forma dogmática do Direito Penal Positivo.

Por outro, a Justiça Restaurativa pode ser conceituada como um processo em que as partes envolvidas no conflito juntam-se a fim de discutir coletivamente as consequências a médio e longo prazo do crime cometido, com a finalidade de encontrar soluções para o conflito instalado. Há, ainda, a utilização do Direito Penal de forma crítica e alternativa. Nesse sentido, Howard Zehr diferencia a Justiça Retributiva da Justiça Restaurativa (2012, p. 174/175):

Formas de ver o Crime

Lente Retributiva	Lente Restaurativa
1. O crime é definido pela violação da lei	1. O crime é definido pelo dano à pessoa e ao relacionamento (violação do relacionamento)
2. Os danos são definidos em abstrato	2. Os danos são definidos concretamente
3. O crime está numa categoria distinta dos outros danos	3. O crime está reconhecidamente ligado a outros danos e conflitos
4. O estado é a vítima	4. As pessoas e os relacionamentos são as vítimas
5. O estado e o ofensor são as partes no processo	5. A vítima e o ofensor são as partes no processo
6. As necessidades e direitos das vítimas são ignorados	6. As necessidades e direitos das vítimas são a preocupação central
7. As dimensões inter-pessoais são irrelevantes	7. As dimensões inter-pessoais são centrais
8. A natureza conflituosa do crime é velada	8. A natureza conflituosa do crime é reconhecida
9. O dano causado ao ofensor é periférico	9. O dano causado ao ofensor é importante
10. A ofensa é definida em termos técnicos, jurídicos	10. A ofensa é compreendida em seu contexto total: ético, social, econômico e político

Desta maneira, verifica-se que, na Justiça Retributiva, impera a culpa, perseguição, imposição, castigo, verticalidade e coerção; enquanto na Justiça Restaurativa, os pilares basilares estão firmados na responsabilidade, no encontro, no diálogo, na reparação do dano, na horizontalidade e na coesão (ZEHR 2008, p. 174).

Essas características desencadeiam um realinhamento ético e um processo reflexivo, através do qual são produzidas transformações pessoais e mudanças culturais no agressor e não apenas uma forma de “retribuir” o mal causado. Portanto, a Justiça Restaurativa não interfere só no conflito, mas também gera uma mudança social do indivíduo infrator, na medida em que percebe o dano que causou.

Gize-se que a mudança social é de inegável necessidade nos crimes de gênero, principalmente pelos fatores históricos e sociais, que desencadeiam o comportamento machista e violento dos homens nas relações domésticas.

Não por acaso, a reincidência em crimes de violência doméstica tem sido recorrente. Isso ocorre porque a Justiça Retributiva não gera efeitos nos aspectos culturais envolvidos no crime, pois as violências - físicas, psicológicas e morais - contra as mulheres decorrem, também, de uma construção social, de um comportamento cultural, por isso, é imprescindível a ressocialização do agressor, para que, vendo-se como igual, restaure laços ou construa vínculos.

3 I VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O AMPARO LEGAL

Embora a Lei Maria da Penha tenha introduzido no ordenamento jurídico tupiniquim regras e sanções para coibir a violência doméstica ou familiar, tal fato, como nunca o é, foi suficiente para a diminuição dos números de relatos de agressões contra às mulheres e, em situações mais graves, de suas mortes.

Atualmente, de acordo com pesquisas do Mapa de Violência 2015 (WASELFSZ, 2015, p. 27), o Brasil ocupa a quinta posição entre os países com mais homicídios femininos do mundo.

Tais números podem ser de fato bem maiores, pois a pesquisa ainda não aponta as dimensões reais dos feminicídios no país. Isso se dá, principalmente, pela dificuldade encontrada de acesso a estatísticas reais dos homicídios, quando apresentados pela segurança pública e pelos serviços de saúde. Em razão da ausência de estatísticas oficiais quanto aos casos de violência contra a mulher, e com as frequentes reclamações da falta de aplicação dos instrumentos instituídos na Lei Maria da Penha para a proteção dessas pessoas pelo poder público, através do Requerimento nº 4 de 2011-CN, o Senado Federal criou a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher (CPMI), com o objetivo de, no prazo de 180 dias, “Investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar as denúncias de omissão por parte do poder público[...]”.

A CPMI visitou diversos Estados e logo de início constatou a gravidade da maneira como a violência contra a mulher é manifestada, na maioria dos casos, por seus namorados, ex-namorados ou companheiros. Evidenciou, também, o aumento dos casos de feminicídios nos últimos 30 anos.

Sobre o assunto, concluíram, empós audiências públicas, pela urgência na tipificação do feminicídio como meio de diminuir a impunidade desses crimes, encaminhando, assim, Projeto de Lei para a inclusão de qualificadora no Código Penal.

Sobreleva destacar a importância de criminalizar o feminicídio, pois, com isso, reconhece-se que mulheres são mortas pelo simples fato de serem mulheres, o que expõe a fratura da desigualdade de gênero (MELLO, 2016, p. 29).

Com isso, envia mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade, impedindo a odiosa desqualificação midiática das mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas (MELLO, 2016, p.30).

Diante desse contexto, diversos debates a respeito do reconhecimento da questão do homicídio das mulheres na legislação penal como feminicídio começaram a ocorrer, até que, em 9 de março de 2015, fora promulgada Lei que altera o Código Penal incluindo o feminicídio como homicídio qualificado.

Embora, sob certo aspecto, louvável, percebe-se que apenas sanções mais severas para os agressores não manifestam suficiência para coibir a prática de crimes em razão do gênero, principalmente no âmbito familiar.

A fim de cicatrizar a fratura, importante pensar alternativas, destacando-se, nesse contexto, a construção de espaços para produção de consensos, permitindo aos interlocutores não apenas sua fala, mas sua escuta: para que os agressores tenham consciência de seus atos e do sofrimento que causaram; para que as vítimas sejam (re) incluídas na sociedade, e afastando a situação de extrema vulnerabilidade em que as ofendidas normalmente se encontram após essas vivências traumáticas.

3.1 A atuação da Justiça restaurativa no empoderamento de mulheres vítimas de violência doméstica

Inicialmente, pensar a justiça restaurativa como uma ferramenta de empoderamento é atentar-se para os efeitos danosos causados às vítimas em decorrência da violência sofrida. Conforme elucida Howard Zehr, que o crime destrói o sentido de autonomia da vítima, sendo que estas sentem-se como se alguém de fora assumisse o controle de suas vidas. É neste ponto que reflete um dos problemas mais severos do crime contra a mulher, uma vez que sua autonomia pessoal lhes foi tirada e essa necessita ser restituída para que assim a vítima possa voltar a reconstruir sua vida.

De acordo com a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, são eixos estruturantes da política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres: a prevenção, que institui ações educativas e culturais que interfiram nos padrões sexistas; o enfrentamento e combate, que consiste em ações punitivas e cumprimento da lei maria da penha; assistência, que fomenta o fortalecimento da rede de atendimento e capacitação de agentes públicos; e acesso e garantia de direitos, que visa assegurar o cumprimento da legislação nacional e internacional, bem como, iniciativas para o empoderamento das mulheres (SENADO, 2011).

Nessa perspectiva, salienta-se que a justiça restaurativa atua no empoderamento de mulheres vítimas de violência doméstica, por meio do acolhimento, permitindo que essas mulheres possam enxergar que a violência que lhes foi empregada é algo imerecido e tal fato não pode ser naturalizado. Além disso, esses espaços permitem que as vítimas falem a verdade sobre o que lhes aconteceu, inclusive o seu sofrimento, o qual, frisa-se, não tem grande relevância para a justiça retributiva.

Sobre a necessidade de tratamento de forma equitativa, Habermas dispõe em sua obra (HABERMAS, 1997, p. 153):

Esta consequência se expressa juridicamente através da exigência da igualdade de tratamento, a qual inclui a igualdade da aplicação do direito, isto é, a igualdade das pessoas perante a lei; mas equivale também ao princípio amplo da igualdade do conteúdo do direito, segundo a qual aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual e aquilo que não é igual deve ser tratado de modo não-igual.

Deste modo, é possível inferir que, para que o propósito da lei seja cumprido, é fundamental que sejam tratados os iguais de forma igualitária e os desiguais de forma não igual, a fim de que estejam em um patamar igualitário, observadas suas diferenças.

É neste exato contexto que se enquadra a violência doméstica, pois a vítima se sente extremamente abalada, não sendo o ordenamento jurídico suficiente para restabelecer seu estado inicial com a simples penalização do infrator, mesmo que com sanções severas. Na justiça retributiva, as vítimas ficam em segundo plano, servindo apenas como testemunha para o expediente que responsabiliza o agressor.

As vítimas precisam de apoio após passarem por situações de violência, seja essa psicológica, sexual, física, moral, ou patrimonial, bem como, precisam de atenção os infratores que possivelmente terão outras interações com as vítimas, para que esses não voltem a reincidir no delito. A partir disso, percebemos que a ofendida não pode ser tratada de forma “igual”, na medida que suas necessidades são desiguais, haja vista que situada em extrema vulnerabilidade, devendo ser tratada de forma não igual, para que possa estar em um patamar igualitário ao agressor ou à sociedade em geral.

A ausência de escuta das vítimas sobre as suas dores, deixam nessas mulheres um imenso legado de medo, suspeita, raiva e culpas, conduzindo-as ao que o autor Howard Zehr refere como “segunda vitimização” (2008, p. 30):

[...] a ‘segunda vitimização’ é perpetrada pelos profissionais do judiciário e pelo processo. A questão do poder pessoal é de importância vital nesse contexto. Parte da natureza desumanizadora da vitimização criminosa é seu poder de roubar à vítima seu poder pessoal. Em vez de devolver-lhes o poder permitindo-lhes participar do processo da Justiça, o Sistema judicial reforça o dano negando às vítimas esse poder. Em vez de ajudar, o processo lesa.

Ademais, ressalta-se que aplicação da justiça restaurativa no combate a violência doméstica não exclui a justiça retributiva, sendo possível aliá-los, uma vez que utilizar os princípios da justiça restaurativa e correlaciona-los como ferramenta de enfrentamento à violência contra a mulher apresenta-se com uma importante ferramenta que demonstra à possibilidade de o Estado criar uma política sustentável de prevenção à violência contra mulher por meio do empoderamento feminino.

Na perspectiva do empoderamento da vítima e da comunidade, essas passam a enxergar o crime como uma violação contra pessoas “reais” no lugar de uma violação dos interesses abstratos do Estado, passando assim a resolverem elas mesmas os próprios conflitos, conforme ressalta (ROSENBLATT; MELLO, 2015):

[...] com efeito, para romper com a mentalidade de que os profissionais são os mais aptos a decidir como é que as pessoas diretamente afetadas por um crime devem ser ajudadas ou tratadas, as vítimas precisam de empoderamento para “assumir” o seu próprio conflito – quer dizer, elas devem ser empoderadas para opinar sobre o destino do seu próprio caso. Por outro lado, a fim de superar uma longa tradição em que o condenado “recebe”, passivamente, uma punição, os infratores devem ser empoderados para “assumir” o seu comportamento desviante, para realmente enfrentar as consequências de suas ações, reparando os danos provocados a indivíduos e relacionamentos, e aproveitando toda e qualquer oportunidade para demonstrar confiabilidade e buscar a sua reintegração na comunidade. Por fim, os membros da comunidade vitimizada (incluindo os familiares e amigos afetados) devem ser empoderados para resolver os seus próprios conflitos comunitários, e para ajudar a traçar um plano de ação por meio do qual os infratores arrependidos possam ser (re)inseridos naquela comunidade.

Desse modo, conclui-se que o empoderamento por meio da justiça restaurativa a vítima da violência de gênero visa romper paradigmas perante uma sociedade que ainda sofre com resquícios patriarcais de dominação do homem sobre a mulher, permitindo que essa ao ter as suas necessidades atendidas, advindas dos danos causados pelo crime, possa resgatar a autonomia anteriormente perdida e passe a ocupar espaços na sociedade de forma equânime e igualitária.

3.2 O papel da justiça restaurativa na ressocialização do agressor

Compreender a atuação da justiça restaurativa como foco principal no atendimento das necessidades das vítimas que tiveram a sua integridade corporal ofendida, também demanda compreender as necessidades do agressor e a partir disso ressocializá-lo por meio da auto responsabilização, como veremos a seguir.

Primeiramente, ressalta-se que não existe um fator principal que leva um homem a torna-se agressor, visto que um fator sozinho não significa nada. Contudo, é necessário refletir acerca de como a cultura do patriarcado influenciou e ainda influencia na criação e formação da personalidade de homens, os quais aprendem desde muito cedo a reproduzir o machismo, bem como a resolver os seus conflitos por intermédio da violência e assim passam a naturalizá-la.

Nesse sentido, atentar-se para as necessidades dos agressores é identificar que muitos desses nasceram de um histórico de abuso e violência, de modo que a ofensa cometida contra a integridade de uma mulher foi realizada por uma pessoa que, por sua vez, também foi violado. Dito isso, tornar-se necessário compreender que é possível existir duas vítimas quando falamos sobre as razões que levaram homens a adotar um comportamento agressivo, e o fato desses sentir-se violentados os incentiva a olhar unicamente para a sua própria condição ao invés de atentar-se para a condição da vítima dos seus atos.

Dessa forma, entendemos que somente a aplicação de uma pena corporal não permite que o agressor compreenda os danos que causou a vítima, a ponto de não voltar a reincidir. A realidade identificada através de reincidência é de que o agressor afasta-se cada vez mais da compreensão dos danos que causou, bem como impede a sua autorresponsabilização, visto que este constrói justificativas elaboradas para o seu comportamento ilícito, conforme elucida Howard Zehr na perspectiva de quando o ofensor ingressa no sistema prisional, ZEHR (2008, p. 40):

Para cometer ofensas e conviver com seu comportamento, os ofensores freqüentemente constroem racionalizações bastante elaboradas para os atos que cometeram, e a prisão lhes oferece tempo e incentivo de sobra para tanto. Eles acabam acreditando que o que fizeram não é tão grave assim, que a vítima "mereceu", que todos estão fazendo a mesma coisa, que o seguro pagará pelos danos. Encontram maneiras de colocar a culpa em outras pessoas e situações. Também adotam estereótipos sobre as vítimas de fato, e sobre vítimas em potencial.

É neste ponto que reside um dos problemas mais severos da violência contra a mulher, qual seja, a ausência de autorresponsabilização pelo agressor, sendo esse é o fator essencial para a ressocialização de agressores. A partir disso, destaca-se o papel da Justiça Restaurativa na ressocialização desses, permitindo que os agressores sejam estimulados a olharem para os verdadeiros custos humanos dos atos que cometeram, uma vez que, tendo esses o pleno entendimento da dor que causaram, poderá desestimular um comportamento semelhante no futuro.

Nessa senda, é imprescindível discorrer acerca do trabalho desenvolvido por grupos de reflexão de agressores, previsto no art. 35, inciso V, da Lei n. 11.340/06¹, o qual tem como objetivo a adesão voluntária de homens que praticaram algum tipo de violência doméstica. Esses grupos permitem que agressores questionem, bem como sejam questionados acerca dos seus estereótipos e racionalizações, os quais normalmente estão muito atrelados a divisão de papéis imposta culturalmente pela sociedade, uma vez que, por muito tempo, coube aos homens o exercício do poder e da dominação.

A experiência retratada no Rio Grande do Sul, especificamente no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDF), coordenado pela Juíza Madgéli Frantz Machado, de Porto Alegre-RS, com a implementação do Projeto Borboleta, atende tanto as vítimas como seus agressores e aponta dados significativos no tocante à reincidência, onde dos 500 homens que participaram do projeto, cerca de 3% vieram a reincidir (PRÊMIO INNOVARE, 2018).

1 Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências: [...] V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Diante disso, constata-se que a atuação da justiça restaurativa na criação de grupos reflexivos de agressores permite que esses homens adquiram um senso de responsabilização pelos danos que causaram, bem como atende às necessidades de muitas das vítimas, que há muito tempo não vislumbram em uma sentença condenatória uma mudança comportamental e psicológica do agressor, restaurando, por meio do diálogo, os danos causados em razão do conflito social adjacente à prática delitiva.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou evidenciar a necessidade de adotar medidas mais efetivas para combater a violência doméstica, uma vez que, apesar da criação da lei 11.340/2006, ainda não se observa a redução dos casos de crime contra a mulher, eis que é perceptível que as agressões contra as mulheres acontecem a todo o momento em várias partes do mundo, sejam essas de ordem cultural, sejam por questões religiosas.

Nesse sentido, vale ressaltar que constitucionalmente, homens e mulheres são considerados iguais, contudo, muitas mulheres ainda sofrem violência pelo mundo todo, em razão da cultura do patriarcado, machista e opressora. Conforme demonstrado na presente pesquisa, as penas privativas de liberdade, notadamente tem gerado um ciclo de reprodução e retribuição de violência contra as vítimas de violência doméstica, bem como seus agressores.

Ao longo da pesquisa, evidenciou-se a possibilidade da utilização da Justiça Restaurativa em situações de violência doméstica contra a mulher em relações íntimas de afeto, que, conforme debatido, objetiva empoderar a vítima e responsabilizar o agressor, mediante sua transformação e conscientização, o que coincide com o desejo das vítimas, visto que um percentual significativo delas não se separa de seus agressores mesmo no curso das ações penais públicas incondicionadas.

Portanto, defende-se a ideia que a mulher é pessoa livre para decidir seus atos e reivindicar seus próprios interesses, sendo capaz de formulá-los e fazer prevalece-los, restaurando por meio do diálogo os danos causados em razão da violência doméstica. Desse modo, a justiça restaurativa busca instaurar objetivos e premissas contrárias a qualquer intenção de subvalorizar ou privar mulheres de sua capacidade de autodeterminação, ou submetê-las ao poder da decisão estatal que notadamente não atende as necessidades de mulheres vítimas da violência de gênero.

Conforme demonstrado, a mera punição do agressor é uma alternativa engessada e com mínima eficiência para prevenir que esse reincida em casos de violência doméstica. Em razão disso, a Justiça Restaurativa deve ser implementada com a finalidade de desempenhar ações afirmativas para o exercício da cidadania e direitos fundamentais em parceria com o Estado, para a adequada prestação dos serviços socioassistenciais, no fomento da mudança cultural e de quebra de paradigmas machistas e opressores.

Nesse sentido, o implemento do modelo restaurativo visa trabalhar em conjunto e garantir a eficiência do atendimento da rede judiciária, com o intuito de, dessa forma, colaborar para a mudança e transformação da forma de como lidar com os conflitos, preservando a dignidade das partes e atuando na prevenção criminal no fomento de uma sociedade mais justa, baseada na responsabilidade, no diálogo, na reparação do dano, na coesão, na cultura de paz, na emancipação da sociedade, no empoderamento da vítima, responsabilização e ressocialização do agressor.

REFERÊNCIAS

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER (CLADEM). **Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do feminicídio/femicídio**. Lima: 2012. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2013/10/CLADEM_TipificacaoFemicidio2012.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2020.

HABERMAS, Jürgen; **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

MELLO, Adriana Ramos De. **Feminicídio: Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no brasil**. [S.L.]: Gz Editora, 2016. 214 p.

MENÉNDEZ, Fernando Mariño; SANTIDRIÁN, Emilio Ginés; PASTOR., Juan Manuel Cartagena; LAPORTA, Emilio Donat; TENA, Eduardo Andreu; ALBA, Raquel Barrero; SEOANE, Álvaro Miró. **Guia De Recomendaciones Para La Investigacion Eficaz Del Crimen de Feminicidio**. Madri, fev. 2013. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/10/GUIAPARAINVESTIGACIONEFICAZDELFEMINICIDIO_febrero2013.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2020.

MIRANDA, Maria Bernadete. Homens e Mulheres - A Isonomia Conquistada. **Direito Justiça e Cidadania**, v. 2, n. 1, p. 1-31, 2011. Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/bernadete_drt_20111.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2020.

OLIVEIRA, Luciano; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca (org). **Para além do código de Hamurabi: estudos sociojurídicos [e-book]** - Recife : ALID, 2015. 267 p. : il.

PRÊMIO INNOVARE. **Projeto Borboleta** - intervenções com autores de violência doméstica e familiar contra a mulher, vítimas e dependentes. ed. XV - 2018. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/pratica/7597/print>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SENADO FEDERAL. **Política Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência: homicídio contra mulheres. 2018**. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php>. Acesso em: 29 jan. 2020.

WANDSCHEER, Lucelaine dos Santos Weiss. **Da Lei Maria Da Penha ao Femicídio**: análise da violência doméstica e familiar e dos homicídios de mulheres no Brasil. XXV CONGRESSO DO CONPEDI: GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO III, Curitiba, PR, v. 1, n. 1, p. XX-YY, dez./2005. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/02q8agmu/01018151/9Lj245Zmr39YSWZt.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2020.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS AMBIENTAIS E DIFUSOS E O AMBIENTE QUE VIVEMOS

Data de aceite: 01/09/2020

Armando Luciano Carvalho Agostini

CMCJ/ Universidade do Vale do Itajaí
(Univali)

Universidade de Alicante (ES) - Instituto
Universitário del Agua y las Ciencias
Ambientais – IUACA,
<http://lattes.cnpq.br/6977931008689438>

RESUMO: O presente artigo tem por escopo apresentar uma breve reflexão sobre os direitos ambientais e difusos. De início, pretende-se tratar a respeito dos preceitos sobre ecologia e meio ambiente, considerando algumas questões relativa aos recursos naturais e a legislação ambiental. Aborda-se os aspectos relacionados aos direitos difusos, sem deixar de investigar a vigilância na preservação dos recursos naturais. Por fim, descreve-se a problemática envolvida em âmbito ambiental pertinente as legislações internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: ecologia meio ambiente direito difuso legislação

A BRIEF REFLECTION ON ENVIRONMENTAL AND DIFFUSED RIGHTS AND THE ENVIRONMENT THAT WE LIVE

ABSTRACT: The purpose of this article is to present a brief reflection on environmental and diffuse rights. At first, it is intended to deal with the precepts on ecology and the environment, considering aspects related to natural resources and environmental legislation. Some aspects related to diffuse rights are

addressed while investigating surveillance in the preservation of natural resources. Finally, are described some environmental issues related to international legislation.

KEYWORDS: ecology environmental diffuse rights legislation.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo apresentar uma breve reflexão sobre os direitos ambientais e difusos. De início, pretende-se tratar a respeito dos preceitos sobre ecologia e meio ambiente, considerando algumas questões relativa aos recursos naturais e a legislação ambiental.

Aborda-se os aspectos relacionados aos direitos difusos, sem deixar de investigar a vigilância na preservação dos recursos naturais. Por fim, descreve-se a problemática envolvida em âmbito ambiental pertinente as legislações internacionais.

Quanto à metodologia empregada, anota-se que, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, enquanto na fase de tratamento de dados o método cartesiano.

Assim, desde os primórdios a sobrevivência humana no planeta esteve condicionada a sua interação com o meio ambiente. Historicamente, essa percepção nem sempre se deu de forma tão nítida, como a que temos nos dias de hoje, já que a primeira ideia de proteção da natureza foi

concebida não pela consciência de sua necessidade e utilidade na vida do homem, mas sim, pelo temor a Deus.

Ao longo do tempo, com as descobertas e revoluções tecnológicas, compreende-se que a preservação do meio ambiente como um todo é questão primordial para a manutenção da vida na Terra.

Entretanto, nos deparamos com algumas decisões espantosas, como é o caso do teor da Lei Federal nº 2.126/60 que definia padrões para o lançamento de esgotos domésticos e industriais nos cursos d'água, estabelecendo o prazo de um ano para que as prefeituras com mais de 10 mil habitantes e indústrias se adequassem as absurdas exigências. Mesmo assim, alguns passos importantes foram dados como a edição do Código Florestal abordando conceitos utilizados ainda hoje.

A relação homem-natureza foi consagrada em 1972 na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente, que reuniu representantes de diversos países para discutirem a responsabilidade de cada um na busca da implementação de um modelo que levasse em conta a grave crise ambiental, econômica e social pelo qual a humanidade passava. No entanto, os representantes brasileiros, na contramão daquela tendência afirmaram que em nosso território a poluição era bem-vinda, por gerar o tão almejado desenvolvimento industrial, fato que foi amplamente criticado pela comunidade internacional.

No Brasil, algumas medidas foram tomadas para mitigar a postura adotada, mas é certo que o marco inicial se deu com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente de 1981, ainda vigente, substituindo a antiga legislação antes setorizada. A referida lei instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama, visando harmonizar o desenvolvimento socioeconômico e o meio ambiente, mediante a adoção de condições para o desenvolvimento sustentável, ou seja, explorando os recursos naturais conscientemente, de acordo com os interesses da segurança nacional, garantindo principalmente a proteção da dignidade da vida humana.

Posteriormente, a Constituição da República consagra esse entendimento, ao dedicar pela primeira vez um capítulo ao meio ambiente. E mais, busca nossa Lei Maior preservar não só o bem jurídica "vida", como também a sadia qualidade de vida em um ambiente ecologicamente equilibrado, minimizando os riscos para as presentes e futuras gerações.

A Conferência das Nações Unidas para o meio ambiente e o Desenvolvimento de 1992, põe fim a qualquer questionamento externo sobre a posição adotada pelo Brasil, já que sediou o evento popularmente conhecido como ECO – 92, naquela oportunidade, foi debatido o paradigma de desenvolvimento sustentável direcionado para o crescimento com responsabilidade, cujo alicerce é o fortalecimento das ações integradas da sociedade, fazendo com que as decisões contemplem aspectos ambientais, sociais e econômicos.

O Direito Ambiental, como o meio ambiente, não possui um conceito preciso acerca de sua definição. Contudo, pode-se afirmar que o Direito Ambiental trabalha as normas jurídicas dos vários ramos do direito, bem como se relaciona com outras áreas do saber humano como a biologia, a física, a engenharia, o serviço social, entre outras.

Portanto, o Direito Ambiental é uma matéria multidisciplinar que busca adequar o comportamento humano com o meio ambiente que o rodeia.

Outra importante constatação é o fato de ser um direito difuso, ou seja, pertence a todos os cidadãos e não a uma ou outra pessoa ou conjunto de pessoas determinadas.

2 | ECOLOGIA E MEIO AMBIENTE

Segundo o Professor Edis Milaré¹ nos países desenvolvidos, “a deterioração da qualidade de vida, tanto no meio urbano quanto no rural, colocou o problema da conservação ambiental como fato político, extravasando-o das consciências mais sensíveis e fluindo para os meios de comunicação de massa”.

O referido autor² assevera que no Brasil, com um declínio de atraso sobre a conferência de Estocolmo (1972), os representantes oficiais defenderam a poluição como sinônimo de desenvolvimento e crescimento, quando a onda ecológica chegou nas asas da abertura política. Ainda, hoje, “o meio ambiente e ecologia continuam expressões da moda”.

A rigor, ecologia é a ciência que estuda as relações dos seres vivos entre si e com o seu meio físico. Este, por sua vez, deve ser entendido, no contexto da definição, como o cenário natural em que esses seres se desenvolvem. Por meio físico entendem-se notadamente seus elementos abióticos, como o solo, relevo, recursos hídricos, ar e clima.

O termo ecologia foi cunhado em 1866 pelo biólogo e médico alemão Ernest Heinrich Haeckel (1834-1917), em sua obra *Morfologia geral dos seres vivos*, como proposta de uma nova disciplina científica, a partir dos radicais gregos *oikos* (casa) e *logia* (estudo). Ecologia, assim, o “estudo da casa”, compreendida em sentido lato como o local de existência, o entorno, o meio. É, na verdade, um ramo da moderna Biologia, com foros da ciência, e dado como sinônimo de Mesologia³.

Na linguagem corrente, porém, além de equivalente de natureza, paisagismo, moda com temática das plantas e animais, e sabe-se lá mais o quê, a palavra passou a denotar o movimento ativista voltando para a proteção ambiental, inclusive, com conotações intelectuais e artísticas, sociais e políticas.

É claro que, mesmo neste sentido, o vocábulo abrange amplo espectro de outras conotações, que vão desde a crítica séria, opções econômicas e políticas de nossa civilização, até o ideologismo radical e estéril, passando por uma visão poética e *light* do mundo, por vezes simpática, mas inconsequente.

1 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 5 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 109

2 MILARÉ, Édis, *Direito do Ambiente*. 2007. p. 110

3 MILARÉ, Édis, *Direito do Ambiente*. 2007. p. 111

Cabe notar que, dada a interação com as demais ciências, a Ecologia foi escapando dos limites escritos das Biociências para ganhar novos parâmetros científicos, em intercâmbio com outros saberes teóricos e práticos, de modo que hoje ela comporta especializações multidisciplinares.

Surgiram, assim, denominações como Ecologia Humana, Ecologia Social, Ecologia Urbana e outras. Essas ramificações denotam cada vez mais o papel ativo do ser humano no ordenamento do planeta Terra. Elas tendem a exemplificar melhor o papel consciente do homem em relação tanto aos ambientes naturais e construídos quanto a esfera da vida em sociedade.

Neste sentido, Nelson Mello e Souza⁴, em *Educação Ambiental* propõe uma nova definição da Ecologia, no intuito de contornar as imprecisões conceituais que surgiram no decorrer do século XX:

Ecologia é a ciência que estuda as relações entre o sistema social, o produtivo e o de valores que lhe serve de legitimação, características da sociedade industrial de massas, bem como o elenco de consequentes que este sistema gera para se manter, usando o estoque de recursos naturais finitos, dele se valendo para lograr seu objetivo econômico. O campo de ação da ecologia, como ciência, é o estudo das distorções geradas na natureza pela ação social deste sistema; seu objetivo maior é identificar as causas, no sentido de colaborar com as políticas encaminhamento das soluções possíveis a nossa época.

Realmente, tal definição, aplicada a Ecologia tradicional, naturalmente suscitará estranheza e compreensíveis reações. Não obstante, no que concerne as atuais relações existentes no ecossistema planetário, seu conteúdo é bastante objetivo e abrangente, pois supera os âmbitos restritos da visão haeckeliana, de um século e meio atrás, para pensar numa Ecologia holística em que as relações são fortemente perturbadas pela espécie humana em detrimento do equilíbrio de toda a Terra.

Fugindo as formulações mais ortodoxas, tal definição apela para a contribuição de outras ciências, e isso explica sua densidade de conteúdo.

Segundo Nelson Mello e Souza⁵:

4 SOUZA, Nelson Mello. *Educação Ambiental*. Dilemas da Prática Contemporânea. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá. 2000. p. 53

5 SOUZA, Nelson Mello. *Educação Ambiental*. Dilemas da Prática Contemporânea. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá. 2000. p. 54

[...]

a “Ciência Ecologia” deve versar sobre as relações entre a sociedade moderna e a natureza; explicitar com precisão as consequências das várias ações dos agentes sociais sobre a base natural do meio ambiente; e, per fim, analisando as relações causa-efeito, colaborar na busca de soluções corretivas. Em tal contexto, e a luz desta nova visão da Ecologia, os projetos educativos deverão ser ajustados a realidade analisada, de modo a contribuir para a transformação radical da consciência e das práticas relacionadas com a preservação do mundo natural.

Por outro lado, a expressão “meio ambiente” (*milieu ambient*) foi ao que parece, utilizada pela primeira vez pelo naturalista franco Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d’un naturaliste*, de 1835 tendo sido perfilhada por Augusto Comte em seu Curso de Filosofia Positiva⁶.

O meio ambiente pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra. Não há acordo entre os especialistas sobre o que seja meio ambiente. Trata-se de uma noção “camaleão”, que exprime, queiramos ou não, as paixões, as expectativas e as incompreensões daqueles que dela cuidam. Mas o jurista, por mais próximo que esteja dos sentimentos que o informam como ser humano, necessita precisar as noções que se relacionam com sua tarefa de formular e aplicar normas jurídicas. Assim, e precise examinar a expressão em suas diferentes acepções, de acordo com Nelson Mello e Souza⁷.

Tanto a palavra meio como o vocábulo ambiente passam por conotações diferentes, quer na linguagem científica quer na linguagem popular. Nenhum destes termos é unívoco (detentor de um significado único). Meio pode significar: aritmeticamente, a metade de um inteiro; um dado contexto físico ou social; um recurso ou insumo para alcançar ou produzir algo. Já ambiente pode representar um espaço geográfico ou social, físico ou psicológico, natural ou artificial.

Não chega, pois a ser redundante a expressão meio ambiente, embora no sentido vulgar a palavra ambiente indique o lugar, o sítio, o recinto, o espaço que envolve os seres vivos e as coisas. De qualquer forma, trata-se de expressão consagrada na língua portuguesa, pacificamente usada pela doutrina, lei e jurisprudência de nosso país, que, amiúde, falam em meio ambiente, em vez de ambiente apenas.

Em outra vertente, José Carlos Barbieri entende que Meio Ambiente é tudo o que envolve ou cerca os seres vivos⁸.

6 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2007. p. 113

7 SOUZA, Nelson Mello. *Educação Ambiental*. Dilemas da Prática Contemporânea. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá. 2000. p. 54

8 BARBIERI, José Carlos. *Gestão ambiental empresarial*. Conceitos, modelos e instrumentos. São Paulo: Saraiva, 2011. A palavra ambiente vem do latim e o prefixo *ambi* dá a ideia de “ao redor de algo” ou de “ambos os lados”. O verbo latino *ambio*, *ambie* significa “andar em volta ou em torno de alguma coisa”. Cabe anotar que as palavras meio

Em linguagem técnica, meio ambiente é “a combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão”. Mais exatamente, é constituído por seres bióticos e abióticos e suas relações e interações. Não é mero espaço circunscrito, é realidade complexa e marcada por múltiplas variáveis⁹.

No conceito jurídico mais em uso de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla.

Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, como o meio ambiente natural, ou físico constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, com o meio ambiente artificial (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções¹⁰.

Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a “ecossistemas sociais” e “ecossistemas naturais”. Esta distinção está sendo, cada vez mais, pacificamente aceita, quer na teoria, quer na prática.

Nessa perspectiva ampla, o meio ambiente nas palavras de Silva¹¹ é “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Fora dos conceitos jurídicos e biológicos, se deve considerar também as implicações da relação da sociedade humana com tudo que está em sua volta. Assim, Milaré¹² diz:

Meio ambiente é o conjunto dos elementos abióticos (físicos e químicos) e biológicos (flora e fauna), organizados em diferentes ecossistemas naturais e sociais em que se insere o Homem, individual e socialmente, num processo de interação que atenda ao desenvolvimento das atividades humanas, a preservação dos recursos naturais e das características essenciais do entorno, dentro das leis da natureza e de padrões de qualidade a definidos.

Como o próprio autor reconhece, trata-se de uma “definição descritiva”, uma vez que a definição pela essência da coisa e ambiental. Essa formulação, de certo modo, inova ao falar de “ecossistemas sociais”, expressão cunhada a partir da interação da Ecologia com outras ciências, e antecipa-se ao conceito de desenvolvimento sustentável.

e ambiente trazem per se a ideia de entrono e envoltório, de modo que a expressão meio ambiente encerra uma redundância. Essa é a expressão consagrada no Brasil, na Espanha e nos demais países que falam o castelhano (médio ambiente); em Portugal utilizam apenas a palavra ambiente, da mesma forma que no Italiano (p. 5)

9 MILARÉ, Édis, *Direito do Ambiente*. 2007. p. 113

10 CUSTÓDIO, H. B. *A avaliação de impacto ambiental no direito brasileiro*. Revista do direito Civil. São Paulo, 1988.

11 SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

12 MILARÉ, Édis, *Direito do Ambiente*. 2007. p. 112

Além disso, enfatiza o fator relações, que é essencial na constituição do meio ambiente, diferenciando-o do conceito de ecossistemas naturais. Aliás, com maior rigor, o meio ambiente é precisamente o resultado de tais relações. Nestas, com efeito, se encontra a matéria para o Direito e também para a Ética, além do tratamento que devem dar-lhe as Ciências Humanas e outras ciências, que é o fator humano.

Não coube ao Direito a primazia do estudo do meio ambiente, não obstante ser sua a responsabilidade pela elevação do meio ambiente a categoria dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento.

Ao contrário, nessa matéria, vem o Direito a reboque de outras ciências e disciplinas. Fala-se, atualmente, numa visão holística do meio ambiente, querendo-se com isso significar o caráter abrangente e multidisciplinar que a problemática ambiental necessariamente requer. Tão grande é a importância do meio ambiente que, para seu estudo, surgiu uma disciplina específica, sobre as bases do trabalho de E. Haeckel. Cabe, neste sentido, à Ecologia (do grego *oikos* = casa, conjugado com *logos* = estudo) considerar e investigar o mundo como “nossa casa”, sendo conhecida, por isso mesmo, como “ciência do habitat”, na medida em que se propõe estudar as relações dos seres vivos entre si e deles com o seu meio¹³.

Em outro enfoque, Tiago FENSTERSEIFER¹⁴ disserta sobre as condições mínimas necessárias existências em relação a qualidade ambiental, que entendo ser uma forma interessante e inovadora na aplicação do âmbito de proteção da dignidade humana na perspectiva ecológica.

3 | MEIO AMBIENTE NORMATIVO

A problemática do meio ambiente insculpiu-se em nossa legislação - e ganhou status constitucional - como decorrência de sua crescente interferência do habitat natural e em todo o planeta Terra, fruto de inevitável atividade industrial e da exploração demográfica.

O conceito legal é importantíssimo, pois, além de dar contornos mais precisos a expressão - alvo de controvérsias em campo doutrinário – também, caracteriza o objeto do Direito Ambiental.

13 MILARÉ, Édis, *Direito do Ambiente*. 2007. p. 113

14 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. “As condições mínimas existenciais necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade passam necessariamente pela qualidade do ambiente (ou habitat natural) em que a vida humana se desenvolve, caracterizando um elo vital entre a proteção do ambiente e os direitos da personalidade (como projeções diretas da dignidade humana). Todavia, as necessidades existenciais, para uma tutela integral da dignidade humana, não se esgotam à luz de tal “encontro de direitos”, necessitando ampliar o âmbito de proteção da dignidade humana na sua perspectiva ecológica também em face dos direitos fundamentais sociais, de modo a dar o conteúdo do tecido normativo elementar a uma existência humana digna de ser vivida, o que se fará de agora em diante”. (P. 72-73).

Já o conceito de meio ambiente, no Direito brasileiro, foi concebido pela Lei Federal nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), que o considera “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A definição despreocupa-se de rigores e eventual controvérsia científica para servir aos objetivos da Lei, é a delimitação do conceito ao campo jurídico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em seu art. 225, *caput*, não chega a definir meio ambiente; apenas esboça uma conceituação, bem ao espírito da Constituição da República Federativa do Brasil, ao afirmar que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem do uso comum do povo a essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”¹⁵.

Acentua o caráter patrimonial do meio ambiente e, por suposto, parte de uma conceituação fisiográfica ao fundamentá-lo sobre o equilíbrio ecológico e a sadia de vida, de acordo com Rodrigues¹⁶.

Numa escalada, pode-se dizer que se protegem os elementos bióticos e abióticos e sua respectiva interação, para se alcançar à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, porque este bem é responsável pela conservação de todas as formas de vida. Possui importância fundamental a identificação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como sendo um bem autônomo e juridicamente protegido, de fruição comum (dos elementos que o formam), porque, em última análise, o dano ao meio ambiente é aquele que agride o equilíbrio ecológico, e uma eventual reparação deve ter em conta a recuperação desse mesmo equilíbrio ecológico.

Ademais, está subjacente uma fundamentação claramente antropocêntrica, segundo o qual o mundo natural tem valor apenas enquanto atende aos interesses da espécie humana, concepção esta, aliás, muito presente no pensamento ocidental.

Assim, aduz Rodrigues¹⁷:

[...]

Bem se vê que o legislador teve preocupação específica com o homem quando disse, ao definir a atividade poluente (sic) numa visão antropocêntrica, como sendo aquela que afete o bem-estar, a segurança, as atividades sociais e econômicas da população. Enfim, essa definição de poluição levou em consideração o aspecto finalístico do meio ambiente (prótese da vida) e, mais especificamente ainda, reservou-o para a proteção da vida humana (meio ambiente artificial), numa visão inegavelmente antropocêntrica. Não sendo assim entendido, não seria mais vago do que o referido enunciado.

[...]

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

16 RODRIGUES, M. A. *Instituições de direito ambiental* São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 123

17 RODRIGUES, M. A. *Instituições de direito ambiental*. 2002. p. 123

Desse modo, tanto a Lei nº 6.938, de 1981, quanto a CRFB, omitem-se sobre a consideração essencial de que o ser humano, como indivíduo ou como coletividade, é parte integrante do mundo natural e, por conseguinte, do meio ambiente. Esta omissão pode levar facilmente à ideia de que o ambiente é algo extrínseco e exterior à sociedade humana, confundindo-o, então, com seus componentes físicos bióticos e abióticos, ou com recursos naturais e ecossistemas. É de observar que esse equívoco passou para as Constituições Estaduais e, posteriormente, para as Leis Orgânicas de grande parte dos Municípios.

Por outro lado, pondera Milaré, que a legislação se constitui em vista de objetivos específicos. “A lei é instrumento para atender a uma precisão da sociedade, e neste intuito ela é pensada e redigida. Ora, nem sempre a redação das leis pretende, ou pode, atender rigorosas definições ou distinções”. Parece ser este o caso da conceituação de meio ambiente que no momento se busca.

Desse modo, completa Milaré¹⁸:

[...] mesmo com necessárias ressalvas conceituais, as prescrições legais devem ser respeitadas e observadas. Caberá ao Poder Público e a sociedade, corresponsáveis na gestão ambiental, sondar melhor o espírito da lei, aquilo que vai mais além da letra escrita num determinado contexto histórico.

Este é, com efeito, o caso da legislação brasileira que tem sido objeto destas as considerações. Tanto a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) como as disposições constitucionais anteriormente lembradas forma elaboradas, evidentemente, numa época em que a preocupação com a qualidade e a quantidade dos recursos naturais era predominante, ao passo que o aprofundamento científico, filosófico e social do conceito de meio ambiente não havia alcançado, ainda, o nível do final dos anos 90, ou seja, no término do século XX.

A concepção antropocentrada que fundamenta a lei deve-se, em última análise, ao fato de apenas os seres humanos se qualificarem como sujeito de direitos e deveres. Na caracterização de um fato jurídico, os demais seres naturais, bióticos e abióticos, estão referidos ao homem, assim, o mundo natural, como patrimônio da coletividade, é objeto da tutela da lei e do poder público, bem como da solicitude da sociedade, na visão de Milaré¹⁹.

Ainda, interessante destacar das lições do referido autor, o seguinte pensamento:

O Direito não atribui nem poderia atribuir autonomia aos seres irracionais, porém ocupa-se deles, protege-os os dispõe sobre suas boas condições e o seu correto uso e, desta forma, direta ou indiretamente ocupa-se da preservação do planeta terra. É o nosso Direito que se aplica aos “direitos” dos demais seres, especialmente os vivos, a fim de garantir a harmonia na convivência planetária [...].

18 MILARÉ, Édís, *Direito do Ambiente*. 2007. p. 113

19 MILARÉ, Édís, *Direito do Ambiente*. 2007. p. 116

Sem embargo, o saber jurídico pode e deve ser iluminado pela luz de outros saberes que contribuem para a consolidação do respeito ao mundo natural e para a limitação das atitudes antropocêntricas, sabidamente danosas ao equilíbrio ecológico.

É assim que deve ser encarada a definição de meio ambiente na Lei nº 6.938/81, que acentua os escopos específicos daquele instrumento legal, sem ocupar-se de outras finalidades e de outras possíveis formulações filosóficas ou científicas. Diz o *caput* do seu art. 3º: “Para os fins previstos nesta lei, entende-se por: - meio ambiente - o conjunto de condições [...]”,

Não é qualquer fim que está sendo levado em conta, mas apenas os fins almejados naquela lei e que serão, posteriormente, explicados no próprio diploma legal.

Não obstante, os deveres e os direitos fundamentais de indivíduos e da coletividade da espécie humana ficam explicitados e definidos no que se refere ao meio ambiente, segundo a letra e o propósito da lei. Bem se vê que nosso legislador adotou um conceito amplo e relacional de meio ambiente, o que, em consequência, dá ao Direito Ambiental brasileiro um campo de aplicação mais extenso que aquele de outros países. Extrai-se de Leme Machado²⁰ que: “A definição é ampla, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que abriga e que rege”.

4 | OS RECURSOS AMBIENTAIS

É importante destacar que o conceito de meio ambiente está conjugado com aquele de recursos ambientais, que, segundo a Lei nº 6.938/81, compreendem “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”. Trata-se, na verdade, de uma listagem apropriada ao escopo da lei.

A Constituição brasileira de 1988, em vários de seus dispositivos, cuidou dos recursos ambientais, tais como: a água, as ilhas, os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, o mar territorial, as cavidades naturais subterrâneas, as florestas, a flora e a fauna, as praias, os sítios arqueológicos, os espaços territoriais especialmente protegidos.

A PNMA, ao abrigar na definição de recursos ambientais os elementos da biosfera, ampliou acertadamente o conceito de meio ambiente, não o atando exclusivamente aos meros recursos naturais, levando em conta, ao revés, inclusive, o ecossistema humano.

Em rigor, poderíamos dizer que a categoria dos recursos naturais é parte de um conjunto mais amplo, os recursos ambientais. Em outros termos, todo recurso natural é ambiental, mas nem todo recurso ambiental é natural. Esta percepção é essencial para o administrador e o legislador, porque as políticas ambientais e a legislação abarcam muito mais seres e relações do que os ecossistemas naturais, por si são, podem apresentar.

20 LEME MACHADO, P. A. *Direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Para o Direito brasileiro, portanto, são elementos do meio ambiente, além daqueles tradicionais, como o ar, a água e o solo, também a biosfera, está com claro conteúdo relacional (e, por isso mesmo, flexível). Temos, em todos eles, a representação do meio ambiente natural. Além disso, vamos encontrar uma série de bens culturais e históricos, que também se inserem entre os recursos ambientais, como meio ambiente artificial ou humano, integrado ou associado ao patrimônio natural ²¹.

O Direito Ambiental se preocupa com todos esses bens, sejam eles naturais ou não. Abarca-o não só o meio ambiente natural, a saber, as condições físicas da terra, da água e do ar, mas também o meio ambiente humano, isto é, as condições produzidas pelo homem e que afetam sua existência no Planeta.

A precária implementação das leis ambientais no Brasil se deve, no dizer de BENJAMIN²², não a uma causa única, mas a um conjunto de fatores, entre os quais, e resumidamente, aponta-se:

a) A falta de consciência e educação dos cidadãos, que leva a considerar como "normais" as inconsequentes e ilegais violações do ambiente.

b) A pouca credibilidade dos órgãos ambientais, muitos deles inseguros no caminho a seguir, alguns até à deriva e largados a própria sorte sem um mínimo compatível de recursos, principalmente humanos e técnicos, para cumprirem suas funções;

c) O próprio Poder Judiciário padece dessa pouca credibilidade, pois é visto, corretamente, como inacessível, lento, caro e sem qualquer especialização para o trato da questão.

d) A desconsideração do meio ambiente como prioridade política efetiva e a aberrante repartição de recursos orçamentários.

e) A inadequação do sistema fiscalizatório e de controle das agressões ambientais, nos quais, além do desaparecimento das instituições, estão sempre presentes riscos e até - infelizmente! - ocorrências de corrupção e suborno;

f) A superposição de funções de órgãos públicos de controle e gestão, em razão de falta de clareza no critério da repartição de competência entre os diversos níveis e esferas de governo, sem querer omitir o conhecidíssimo espírito corporativo, que inibe ou destrói as ações interdisciplinares e interinstitucionais;

21 MILARÉ, Édis, *Direito do Ambiente*. 2007. p. 116

22 BENJAMIN, Antonio Herman. *A implementação da Legislação Ambiental: o papel do Ministério Público*. São Paulo: Justitia. 1993. p. 23

g) A concentração exagerada da implementação ambiental nas mãos do Estado, tido, muitas vezes, como o maior ou um dos maiores poluidores ou degradados do meio ambiente.

h) O obsoletismo do sistema jurídico como um todo e a atecnicidade da legislação ambiental.

Destarte, não basta apenas um bom aparato legal se, paralelamente, não se dispuser de meios adequados e ações concretas de implementações. Os aparatos políticos, se, por um lado, não são montados para simplesmente justificar a posição ambiental de governos perante a opinião pública, por outro lado padecem de males endêmicos da Administração Pública. Somente uma ação consciente da comunidade, guiada pelas luzes dos interesses sociais e do Direito do Ambiente, poderá constituir um salutar impulso ao Poder Público. E não se poderá descartar a hipótese de a questão ambiental torna-se aguda a ponto de pressionar uma verdadeira reforma do Estado, modernizando-o²³.

5 I LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS

Em 1972, governantes e representantes de 114 países se reuniram em Estocolmo, na Suécia, para discutir como preservar o planeta Terra, após séculos de exploração e devastação irracional dos recursos naturais, brotando então a hoje cristalizada consciência universal da necessidade de proteção do patrimônio ambiental da Terra, em favor das presentes e futuras gerações do planeta.

A partir desse importante conclave internacional a questão ambiental e colocada ao alcance da opinião pública.

Na reunião mundial que aconteceu 20 anos depois, em 1992, aqui no Brasil, conferência que passou a ser conhecida por RIO-92 e que produziu vários documentos oficiais (Agenda 21, Convenção de Mudanças Climáticas, Convenção sobre Biodiversidade, etc.) destinados a viabilizar uma verdadeira limpeza na Terra. Documento de grande importância e de destaque, produzido nesse grande encontro internacional, foi a Declaração do Rio (Carta da Terra) que proclamou para todos os povos diversos princípios ecológicos destinados a erradicação do ciclo da miséria; à conciliação das ideias de progresso e ecologia; desenvolvimento sustentável e produtiva em harmonia com a natureza.

A RIO-92, a despeito de ter gerado candentes e até hoje insuperáveis divergências temáticas entre as comunidades internacionais (v.g. questão da convenção sobre a biodiversidade), representou um grande avanço e verdadeiro voto de confiança no futuro do planeta, servindo principalmente para esmaltar a ideia de que sem a ação conjunta dos povos a grande “faxina” da terra não será “possível e a humanidade estará fadada a grandes sacrifícios em um futuro muito próximo. Com muita lucidez e acerto, diz o articulista Carlos Heitor CONY²⁴:

23 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

24 CONY, Carlos Heitor. Reflexões sobre meio ambiente. Disponível: <http://www.carlosheitorcony.com.br/biografia/texto.asp?id=88> <acesso dia 29/08/2008>

“[...] uma das conquistas mais importantes de nossa época foi a tomada de consciência de que vivemos em um universo finito, que os recursos naturais que sustentam a humanidade não são eternos. A própria água e o próprio ar, que fundamentam nossa existência, tendem a se deteriorar de tal forma que, mesmo sem acabarem, de pouco ou nada nos servirão (...)”.

Inúmeras outras reuniões internacionais também já ocorreram: Vancouver, Istambul, Montreal, Kioto, Johannesburgo, entre outras, e continuam a discutir como resolver o saneamento na Terra, como é o caso da que ocorreu em janeiro de 2007, na cidade de Paris, na França. Fomenta a produção de documentos oficiais, bem como fontes para a formulação de diplomas legais destinados a garantir idônea tutela ao meio ambiente que, elevado hoje à categoria de bem jurídico. Objeto de proteção legal significa qualidade de vida e estão incluídas entre os direitos fundamentais da sociedade e do homem.

Fato é que, 27 anos após a RIO 92, de lá para cá houve avanços significativos do ponto de vista do conhecimento científico. Hoje não há mais dúvidas – exceto, talvez, para o Presidente do E.U.A. (Donald Trump) – dos efeitos da ação humana e do uso de combustível fóssil no clima da Terra. Também, o fato de que a temperatura global já aumentou 1,3 grau Celsius desde a Revolução Industrial e que seguirá aumentando em velocidade inédita se nada for feito, segundo os cientistas da Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC) da Organização das Nações Unidas (ONU)²⁵.

É público e notório que homem contribui majoritariamente para as alterações climáticas. Hoje, tem-se dados científicos, mais resultados robustos de pesquisa e modelos melhores. Sabemos que a elevação da temperatura tem um impacto muito desigual nas diferentes regiões do planeta e que os países têm capacidades desiguais de responder ao problema. Além disso, já sabemos que é necessário para combater o problema.

É necessário fomentar discussões sobre novas metas de desenvolvimento sustentável. Os governos e as sociedades devem se qualificar para observar melhor dados sobre saúde, educação, meio ambiente. Isso gera uma consciência maior sobre os problemas e as deficiências.

Por isso, mais do que nunca é importante refletir a questão sobre o direito ambiental internacional, no qual as leis dos tratados devem reconhecer os valores intrínsecos do mundo natural, conforme BOSSELMANN²⁶ aponta.

25 Disponível em: <https://projetcocolabora.com.br/ods13/rio-92-25-anos-de-avancos-e-incertezas/>

26 BOSSELMANN, Klaus. O Princípio da Sustentabilidade. Transformando direito e governança. Editora Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo: 2015. “As abordagens ecossistêmicas da legislação também são conhecidas no direito internacional. A leis dos tratados reconhecem os valores intrínsecos do mundo natural, por exemplo, com relação à diversidade biológica. Até certo ponto, a Convenção da Diversidade Biológica alargou fronteiras do direito ambiental internacional, incorporando expressamente o princípio da precaução, da preocupação com a humanidade e das responsabilidades comuns, mas diferenciadas, indicando valores intrínseco”.

Complementa o referido autor: “Para a nossa sorte, é importante reconhecer que para a humanidade o direito ambiental internacional está cada vez mais próximo dos aspectos da justiça interespécies, e, nesse norte, o antropocentrismo puro já está sendo comprometido ao longo das linhas ecológicas”.

Portanto, é necessário, desenvolver o direito à sustentabilidade ao longo das linhas da justiça ecológica.

6 | DIREITOS DIFUSOS

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil preceitua que todos tem direito ao meio ambiente hígido e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, impondo-se à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo (art. 225, CF).

Infere-se claramente tal comando constitucional que o meio ambiente restou incluído na categoria dos denominados direitos difusos, em que a titularidade do direito é impessoal, meta ou supra ou transindividual e que tem por titular toda a coletividade ou grupo social ou parcela considerável deste, não sendo possível individualizar o sujeito do interesse.

Quem tem direito, senão a coletividade, de respirar o ar indene de poluição? Todos os frequentadores de uma praia, indistintamente, têm o direito e se banhar em águas límpidas, livres de sujeira e contaminação.

Genericamente do interesse público (valores transcendentais de toda a sociedade), o meio ambiente e especificamente incluído no rol dos interesses difusos (pertencente a um grupo indeterminado ou indeterminável de pessoas), não se confundindo com os interesses coletivos (pertencem a um grupo determinado ou determinável de pessoas) e tampouco com os chamados interesses individuais indisponíveis (direitos de natureza indispensável, como o estado civil, a vida, a propriedade do incapaz).

Assim, a coletividade deve buscar o interesse público em relação a qualidade de vida e o bem-estar social das pessoas. Nesse foco, sobre qualidade de vida, Cristiane Derani²⁷ apresenta dois aspectos importantes no que tange ao bem-estar, citando Aristóteles na aproximação da ética do “bem viver”, conforme segue:

[...] qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta estes dois aspectos concomitantemente: o do nível de vida material e o do bem-estar físico e espiritual. Uma sadia qualidade de vida abrange esta globalidade, acatando o fato de que um mínimo material é sempre necessário para o deleite espiritual. Não é possível conceber, tanto na realização das normas de direito econômico como nas normas de direito ambiental, qualquer rompimento desta globalidade que compõe a expressão “qualidade de vida”, muitas vezes referida por sua expressão sinônima “bem-estar”. Acrescento a estas duas expressões sinônimas - qualidade de vida e bem-estar - a expressão de Aristóteles “bem viver”, encontrada na Política, quando trata do dinheiro

e da insuficiência da sua conquista para a realização de um “bem viver”. Este “bem viver” traduziria a possibilidade efetiva de o cidadão desenvolver suas potencialidades. Pode-se afirmar, em suma, que o conjunto de normas voltadas à consecução do bem-estar ou da melhoria da qualidade de vida atualmente procura uma aproximação da ética do “bem viver” de Aristóteles.”

Portanto, o meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo. O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo “transindividual”. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espalhando para uma coletividade indeterminada. Enquadra-se o direito ao meio ambiente na “problemática dos novos direitos, sobretudo a sua característica de “direito de maior dimensão”, que contém seja uma dimensão subjetiva como coletiva, que tem relação com um conjunto de atividades – assevera Paulo Affonso Leme Machado²⁸.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante destacar que na atualidade, um elenco significativo e instigante de problemas ambientais aparece com destaque entre os temas que mais interessam estudiosos e lideranças de diferentes áreas.

O cuidado encontra respaldo na tese de que tanto o crescimento econômico, como a simples sobrevivência da espécie humana não podem ser pensados, sem o saneamento da “ideia global” e na ausência da administração inteligente dos recursos ambientais. Esse ideário inspirou o legislador brasileiro, ao tratar da matéria na CRFB/88, como instrumento que viabiliza a participação dos diferentes agentes na transição para o desenvolvimento sustentável. A esse respeito, cumpre ressaltar que a Carta Maior brasileira incluiu o meio ambiente como bem jurídico autônomo, erigiu-o à categoria de valor ideal da ordem social, dedicando-lhe, ao lado de uma constelação de regras esparsas, um capítulo próprio que, definitivamente, institucionalizou o direito ao ambiente sadio como direito fundamental do indivíduo.

Diante disso, definiu o meio ambiente como bem de uso comum do povo e determinou ao Poder Público, bem como a toda a população, o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações.

Alguns anos se passaram, e, apesar da conferência RIO 92 ser considerado um marco em prol do “Meio Ambiente”, percebemos que os problemas que enfrentamos nesse mundo globalizado é muito mais complexo do que imaginávamos. Assim, no último – e mais importante – acordo firmado, o Acordo de Paris, em 2015, estabeleceu metas de redução de CO₂ (o principal gás do efeito estufa) voluntárias e não determina punições. Mesmo

28 MACHADO, Paulo Affonso Leme. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

assim, acaba de ser abandonado pelos Estados Unidos. O gesto tem um impacto direto na redução das emissões – uma vez que o país é um dos maiores emissores -, e abre um precedente ruim do ponto de vista geopolítico.

Segundo a mídia mundial, os cientistas, no entanto, se mostram otimistas. Para eles, a situação chegou a um ponto em que mesmo o afastamento dos EUA seria incapaz de deter o processo. De fato, muitos governadores americanos e empresas já declararam que não pretendem deixar de cumprir suas metas. O problema é que ainda que o Acordo de Paris seja inteiramente cumprido a temperatura do planeta ainda aumentaria em 2 graus Celsius, com consequências graves.

Desse modo, sabemos que a elevação da temperatura tem um impacto muito desigual nas diferentes regiões do planeta e que os países têm capacidades desiguais de responder ao problema. Além disso, já sabemos que é necessário para combater o problema.

É necessário fomentar discussões sobre novas metas de desenvolvimento sustentável. Os governos e as sociedades devem se qualificar para observar melhor dados sobre saúde, educação, meio ambiente. Isso gera uma consciência maior sobre os problemas e as deficiências.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial**. Conceitos, modelos e instrumentos. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman. **A implementação da Legislação Ambiental: o papel do Ministério Público**. São Paulo: *Justitia*. 1993.

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

_____. Legislações ambientais. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.

BOSELTMANN Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade**. Transformando direito e governança. Editora Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo: 2015.

CONY, Carlos Heitor. Reflexões sobre meio ambiente. Disponível: <http://www.carlosheitorcony.com.br/biografia/texto.asp?id=88> <acesso dia 29/08/2008>

CUSTÓDIO, H. B. A avaliação de impacto ambiental no direito brasileiro. Revista do direito Civil. São Paulo, 1988.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito.**

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 9 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LEME MACHADO, P. A. **Direito ambiental brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. A. **Direito Ambiental Brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MILARÉ, Édís, **Direito do Ambiente.** 5 ed. São Paulo: RT, 2007.

NETTO, A. L. 3. **Competências Legislativas dos Estados-membros.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIO DE JANEIRO. **25 anos de avanços e incertezas.** Disponível em: <https://projeto colabora.com.br/ods13/rio-92-25-anos-de-avancos-e-incertezas/>

RODRIGUES, M. A. **Instituições de direito ambiental** São Paulo: Max Limonad, 2002.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Nelson Mello. **Educação Ambiental.** Dilemas da Prática Contemporânea. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá. 2000.

A TRÍPLICE RESPONSABILIZAÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 25/05/2020

Aprígio Teles Mascarenhas Neto

Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA)
Sobral – Ceará
<http://lattes.cnpq.br/9972594154626090>

Francisco Sávio Ponte

Universidade Federal do Ceará (UFC)
Sobral – Ceará
<http://lattes.cnpq.br/4979377439510554>

Mario Antônio Macedo de Sousa

Universidade Federal do Ceará (UFC)
Sobral – Ceará
<http://lattes.cnpq.br/3942716403613805>

Maria Celina Lemos Macedo

Centro Universitário Uninta (UNINTA)
Sobral – Ceará
<http://lattes.cnpq.br/4570989486992608>

RESUMO: Este artigo tem o propósito de estudar a responsabilidade na seara ambiental, com ênfase nas três formas de responsabilização, a saber: a administrativa, a civil e a penal. Isso será possível a partir de uma análise da legislação pátria que versa sobre Direito Ambiental, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como nas leis infraconstitucionais. O ordenamento jurídico brasileiro é muito vasto de normas ambientais, sendo a Constituição a principal delas, pois estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de todos, mas também há leis – como o Código Florestal e a leis

dos crimes ambientais – que são de muita relevância. Todo esse arcabouço jurídico fundamenta a responsabilidade em três esferas, sendo que o causador de dano ambiental pode ser responsabilizado administrativa, civil e penalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Responsabilidade. Administrativa. Civil. Penal

THE TRIPLE ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY IN BRAZILIAN LAW: ADMINISTRATIVE, CIVIC AND CRIMINAL

ABSTRACT: The purpose of this article is to study responsibility in the environmental field, with an emphasis on the three forms of accountability, namely: administrative, civic and criminal. This will be possible from an analysis of the national legislation that deals with Environmental Law, both in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and in the infra-constitutional laws. The Brazilian legal system is very wide of environmental norms, the Constitution being the main one, since it establishes that the ecologically balanced environment is a fundamental right of all, but there are also laws - such as the Forest Code and the laws of environmental crimes - that are very relevant. All of this legal framework underlies responsibility in three spheres, and the cause of environmental damage can be held responsible, civilly and criminally.

KEYWORDS: Environmental Law. Responsibility. Administrative. Civil. Penal.

1 | INTRODUÇÃO

Este estudo tem o propósito de estudar as responsabilidades no âmbito do Direito Ambiental no Brasil, o que se denomina como tríplice responsabilidades, a administrativa, a civil e a penal. Esse estudo se faz de muita relevância não somente acadêmica como também social, uma vez que nos últimos anos aconteceram alguns desastres ambientais de forte impacto no país.

Trata-se de um artigo situado na categoria de artigo de revisão bibliográfica, onde serão analisadas, revisadas e discutidas informações e publicações que não são inéditas. Para isso será adotada a metodologia de pesquisa bibliográfica em livros, artigos, páginas conceituadas na internet, dentre outras fontes.

Inicialmente, nas considerações preliminares, é mostrado uma breve abordagem do Direito Ambiental no Brasil, com destaque as normas domésticas que regulam este ramo do Direito Público. Destaca-se que nossa Constituição eleva o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de direito fundamental de terceira dimensão.

A seguir passe-se a analisar mais detalhadamente as formas de responsabilidade ambiental, que a doutrina denomina de tríplice responsabilidade ambiental, a administrativa, a civil e a penal.

Administrativamente falando, este trabalho tem o propósito de estudar as infrações administrativas sem tratar especificamente de cada uma de forma individualizada, mas sim de traçar conceituação geral sobre elas.

No âmbito civil, a responsabilidade é expressa como obrigação de reparar o dano causados ao meio ambiente, com previsão na Constituição, na lei dos Crimes Ambientais e também no Código Civil. Analisa-se que essa obrigação abrange as pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas.

Quando a responsabilidade penal, busca-se analisar as diversas e inovadores formas de responsabilidade penal tanto das pessoas físicas com das jurídicas, essa última representa uma vanguarda no Direito Brasileiro. Esse estudo tem como principal base a Lei dos Crimes Ambientais, lei nº 9.605/98.

Dessa forma, é procurado produzir um artigo que posso levar o leitor a ter uma ampla visão da responsabilização ambiental no Brasil, sem deixar de falar de alguns aspectos mais detalhado que entendemos seres fundamentais para essa compreensão geral.

2 | RESPONSABILIDADES AMBIENTAIS

O ramo do Direito Ambiental é relativamente novo se comparado com outros ramos do Direito com Civil e Penal, por exemplo. No entanto, atualmente ele se encontra muito bem desenvolvido pelo direito internacional, o denominado direito internacional ambiental, e também no direito doméstico brasileiro.

O conceito de meio ambiente está delineado no art. 3º, I, da lei nº 6.938/81 - a lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – como sendo o o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, vejamos:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Andreucci (2017, p. 629) assevera que o meio ambiente “abrange o meio ambiente natural (..), cultural (...), artificial (...) e do trabalho”. Assim, esse conceito engloba aspectos naturais – como a fauna e flora -, artificiais – como os equipamentos urbanos - e culturais – como o patrimônio paisagístico.

Essas normas ficaram situação em capítulo próprio e com status de direitos e garantias fundamentais de terceira dimensão. Nesse sentido Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 343) asseveram que “dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão mais citados, cumpre referir os direitos (...) ao meio ambiente e qualidade de vida”. Também nesse sentido leciona Júnior (2012, p. 33) “abrigando uma terceira dimensão de direitos fundamentais, passou a tutelar o direito à paz, à preservação do meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável”.

O art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (este um direito de todos) para as futuras gerações.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A partir desse comando constitucional muitas leis foram editadas – outras foram recepcionadas por ter compatibilidade com a norma maior – visando atender da melhor forma possível esse direito de todos: meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Deste diapasão, o §3º do mesmo art. 225 da CF/88 estabelece a denominada pela doutrina de tríplex responsabilidade ambiental, ou seja, ele preceitua que as atividades nocivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, a sanções de natureza administrativa, penal (até para as pessoas jurídicas) e civil. Podendo essas sanções serem cumuladas ou alternativas.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A seguir analisaremos mais detalhadamente as peculiaridades de cada uma dessas responsabilidades.

2.1 A Responsabilidade Administrativa

As sanções administrativas ambientais decorrem do exercício do poder de polícia de que dispõe o Estado Brasileiro (nos termos do art. 225, *caput*, da CF/88), e competem aos órgãos ambientais da União, dos Estados Membros e dos Municípios fiscalizar e aplicar tais sanções. Isso decorre da competência material comum prevista na Constituição.

Importante frisar que no exercício do poder de polícia ambiental os órgãos estatais também atuam em outros procedimentos como o licenciamento ambiental. Isso sempre pautado pelo princípio da estrita legalidade, ou seja, sempre observando os limites e imposições legais, nesse sentido Romeu Thomé afirma que

no exercício do poder de polícia ambiental, o Poder Público, através de seu órgão ambiental competente, deve atuar nos limites da lei, com observância do devido processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. São essas as condições para que o Estado exerça regularmente o seu poder de polícia. (THOMÉ, 2013, p. 583-584).

2.1.1 Infrações Ambientais Administrativas

As infrações ambientais de natureza administrativa estão reguladas na lei nº 9.605/98 e no Decreto nº 6.514/08. Nesses termos, entende-se por infração administrativa ambiental – prevista no art. 70, *caput*, da lei nº 9.605/98 – toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Assim, segundo THOMÉ (2013, p. 584), para quem a tutela administrativa ambiental “não visa, portanto, apenas a repressão dos efetivos prejuízos ao meio ambiente, mas também tem o intuito de coibir condutas potencialmente danosas aos recursos ambientais ou que violem às normas ambientais em vigor”.

Quanto a natureza jurídica da responsabilidade ambiental, assevera que Meireles (2009), embora haja algumas divergências doutrinário em razão da responsabilidade subjetiva penal (que trataremos em tópico próprio), a doutrina majoritária se filia a tese de que se trata de uma responsabilidade objetiva, ou seja, é devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do agente causador.

Nosso objetivo maior não é analisar cada uma das infrações administrativas ambientais detalhadamente, mas sim apontar a possibilidade de responsabilização administrativa.

Frisa-se que algumas infrações administrativas estão também tipificadas como crimes, e outras são considerados crimes e não estão elencas como infrações administrativas. Estas últimas, podem ser objeto de sanção administrativas por clara violação de uma regra geral de proteção ambiental, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Passaremos a analisar as sanções decorrentes dessas infrações administrativas ambientais.

2.1.2 Sanções Ambientais Administrativas

Mais uma vez não constitui objeto primeiro a análise pormenorizada de cada uma dessas sanções, não somente pela sua extensão, mas notadamente porque o não se trata do foco deste estudo. O art. 72 da lei nº 9.605/98 – conquanto essa lei seja denominada de lei dos crimes ambientais, ela também traz normas administrativas – estabelece as sanções administrativas a serem aplicadas quando do cometimento das acima estudadas infrações.

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X – (VETADO)

XI - restritiva de direitos.

Continuando no art. 72, supracitado, seu § 8º estabelece as espécies de sanções restritivas de direito, a saber:

8º As sanções restritivas de direito são:

I - suspensão de registro, licença ou autorização;

II - cancelamento de registro, licença ou autorização;

III - perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;

IV - perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

Essas sanções administrativas ambientais são constituídas a partir da lavratura de um auto de infração ambiental, o art. 70, § 1º da lei nº 9.605/98 estabelece que as autoridades competentes para confeccionar esses autos são os funcionários do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA).

O art. 70 da lei acima citada trouxe, Segundo HABIB (2018, p. 217), “possibilidade de representação às autoridades a constatação de alguma infração ambiental e a obrigatoriedade de a autoridade promover imediatamente a apuração da infração ambiental que tiver conhecimento”.

2.2 A Responsabilidade Civil

A Constituição do Brasil em vigor não fala textualmente em responsabilidade civil no art. 225, § 3º, mas sim em “obrigação de reparar os danos causados”. Assim, a responsabilidade civil ambiental experimentou muitos avanços nos tribunais superiores brasileiros, nos ensinamentos de Frederico Amado (2017)

a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente é certamente um dos temas mais controvertidos no âmbito do Direito Ambiental, sendo curial destacar a importante contribuição do superior Tribunal de Justiça na evolução da proteção ambiental, pois a interpretação dada à legislação ambiental brasileira pela referida Corte vem ampliando as possibilidades de reparação dos danos ao ambiente. (AMADO, 2017, p. 281).

Dessa forma, não há de se falar em *bis in idem* na aplicação de sanções penais e administrativas cumuladas com a civil, pois há total independência entre tais instâncias, salvo quando houver lei em sentido diverso. A responsabilidade civil ambiental está prevista expressamente no art. 4º, VII da lei 6.938/81 quando estipula a “imposição ao poluidor da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados”.

Neste sentido é o posicionamento do STJ:

DANO AMBIENTAL. CORTE DE ÁRVORES NATIVAS EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

1. Controvérsia adstrita à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, consubstanciada no corte de árvores nativas.

7. Recurso especial provido.

(STJ. REsp 578797 / RS; Min. Lux Fux (1122) Primeira Turma. Data de Julgamento 05/08/2004. Data de Publicação: 20/09/2004)

Afirma a doutrina de THOMÉ (2013, p. 674) que “no caso de dano ambiental não remanescem dúvidas sobre a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva”. Porém, o entendimento majoritário e no sentido que no caso de danos ambiental deverá ser aplicada a teoria do risco integral, segundo a qual não é admitida as excludentes denexo causal. Defendem essa teoria nomes de peso no direito brasileiro como SILVA (2003), dentre outros.

Não somente as pessoas físicas e jurídicas privadas, mas também o Estado tem a responsabilidade por danos ambientais causados a terceiros no desempenho de suas funções a pretexto de exercê-las. Trata-se da regra prevista no art. 37, §6º da CF/88:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Essa responsabilidade estatal também tem natureza objetiva e se fundamenta na teoria do risco administrativo, porém, excepcionalmente, quando há ocorrência de omissão dos entes estatais a responsabilidade é subjetiva. Nesse diapasão,

o Poder Público responderá por danos causados ao meio ambiente decorrente de ato comissivo seu (art. 37, §6º c/c art. 225, *caput*, da CF/88; art. 3º, inciso IV, LPNMA), aplicando-se, nesse caso, a teoria do risco administrativo, que admite as causas excludentes do nexo causal.

Entretanto, nos casos de dano ambiental decorrente de ato omissivo do Estado, este responde subjetivamente, devendo os interessados comprovar que houve dolo ou culpa do Poder Público em situação em que se omitiu, quando deveria ter agido. (THOMÉ, 2013, p. 581).

Dessa forma, os causados de danos ambientais têm a obrigação de repará-los civilmente, sejam eles pessoas físicas, jurídicas, públicas ou privadas.

2.3 A Responsabilidade Penal

Nesta seção abordaremos os principais aspectos relacionados à responsabilidade penal em decorrência de dano ambiental. Na seara penal vige a lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, a denominada Lei dos Crimes Ambientais (LCA). Essa lei foi editada obedecendo os ditames constitucionais, que obrigam a sanção penal ambiental.

2.3.1 Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Física.

Segundo HABIB (2018, p. 164) “o Direito Penal Ambiental é o ramo do Direito Público que estuda as condutas humanas ilícitas que causam dano ou que exponham a perigo o meio ambiente”. O art. 2º da LCA estabelece a responsabilidade penal ambiental da pessoa física quando preleciona que:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Esse dispositivo estabelece dois requisitos para que o diretor, o administrador, os membros de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário da pessoa jurídica respondam por crimes ambientais, isso porque não há no Brasil a responsabilização penal objetiva. Nos termos o art. 29 do Código Penal – aplicado aqui subsidiariamente – “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, ou seja, faz-se necessário analisar a culpabilidade do agente.

É nesse sentido que tem se posicionado o STJ, vejamos:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME AMBIENTAL. ART. 40 DA LEI 9.605/98.

INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA CONDUTA DO PACIENTE QUE TERIA CONTRIBUÍDO PARA CAUSAR DANO DIRETO OU INDIRETO À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. MERA ALUSÃO AO FATO DE SER PROPRIETÁRIO DO TERRENO. INAMISSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

(STJ, HC 86259/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Dje 18/08/2008)

A Lei dos Crimes Ambientais, supracitada, estabelece em seu capítulo V (arts. 29 a 69-A) os Crimes Contra o Meio Ambiente, este se divide em cinco seções. Estas seções tipificam Crimes Contra a Fauna, seção I; Crimes Contra a Flora, seção II; Crimes de Poluição e outros Crimes Ambientais, seção III; Crimes Contra o Ordenamento Urbano e Patrimônio Cultural, seção IV; e Crimes Contra a Administração Ambiental, seção V.

De modo geral, esses crimes tutelam a existência, o equilíbrio e a manutenção do meio ambiente, em sua maioria têm como sujeito passivo a sociedade e trata-se de norma penal em branco, uma vez que necessita de outra norma para complementação.

O STJ assim se posicionou sobre a aplicabilidade da insignificância, ressaltando que nos crimes contra a administração ambiental não cabe, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO. (REsp 1409051 / SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgamento 20/04/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DO MEIO AMBIENTE (ART. 68 DA LEI N. 9.605/98). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MORAL ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE MERO DESCUMPRIMENTO ADMINISTRATIVO. ACOLHIMENTO INVIÁVEL DA TESE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (AgRg no AREsp 962776 / RS, Rel. Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgamento 17/10/2017)

Esse também é o entendimento de STF, ao reconhecer a insignificância na Ação Penal 439 a carte suprema absolveu um deputado federal da acusação de causar dano ao meio ambiente em uma Unidade de Conservação do Parque Estadual da Serra do Mar.

2.3.2 Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Jurídica

Tema inovador no Direito Brasileiro é a possibilidade da pessoa jurídica figurar como sujeito ativo de crimes ambientais, isso está previsto, inclusive, na Constituição Federal de 1988 em seu art. 225, §3^a:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou *jurídicas*, a *sanções penais* e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A lei dos crimes ambientais, lei nº 9.605/98 também estabelece regra semelhante em seu art. 3º, trazendo também norma expressa estabelecendo que as responsabilidades das pessoas físicas e jurídicas ocorrem independentemente uma das outras, ou seja, é possível que haja a responsabilização penal das duas ou somente de uma.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Gonçalves (2017) e Júnior (2017) elencam asseveram que a reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica será admitido somente quando a infração penal for cometida por decisão do seu representante legal ou contratual e no interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Nesse sentido tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal (STF):

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. (RE 548181 / PR , Rel. Min. ROSA WEBER, Julgamento: 06/08/2013)

Nesse diapasão, é o entendimento do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA

Os crimes que que as pessoas jurídicas podem cometer, em tese, são os mesmos que as pessoas físicas, ressalvadas as situações que naturalmente não podem ser atribuídas as pessoas jurídicas. Já no que diz respeito às penas, a situação é um pouco diferente, mas vez que não é possível, obviamente, ser atribuídas a essas pessoas penas de reclusão ou de detenção.

Atento a isso o legislador tratou de estabelecer nos arts. 21, 22 e 23 as penas para as pessoas jurídicas, sendo elas as pena de multa, restritivas de direitos e prestação de serviço a comunidade. Vejamos:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

A pena de multa, pela aplicação subsidiária do Código Penal (CP) aos crimes ambientais, será é fixada nos termos estabelecidos no art. 49 do CP, segundo HABIB (2018).

No que concerne às penas restritivas de direitos das pessoas jurídicas, o art. 22 estabelece três espécies, a saber:

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

A respeito da pena estabelecida no inciso I, a suspensão total ou parcial não pode configurar a extinção da pessoa jurídica, para isso “ela deverá ter o mesmo prazo de duração da pena privativa de liberdade aplicada” (HABIB, 2018, p.156).

A pena do inciso II não deverá ser confundida com a regra do art. 24, onde estabelece a liquidação forçada da pessoa jurídica constituída ou utilizada preponderantemente com a finalidade de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crimes ambientais. É o que a doutrina denomina de pessoa jurídica com objeto ilícito.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Já a pena do art. III, o prazo será o mesmo da duração da pena privativa de liberdade, porém, com limite total de dez anos, nos termos do §3º do supracitado artigo. No que concerne a pena de prestação de serviços à comunidade pelas pessoas jurídicas, o art. 23 estabelece quatro espécies, a saber:

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Segundo Habib (2018),

não se trata de pena autônoma, mas sim de espécie de pena restritiva de direitos. Os incisos, autoexplicativos, trazem as espécies de prestação de serviços. Contudo, deve ser observado que o inciso II a degradação da área deve ser oriunda ou ter alguma conexão com a conduta delituosa praticada pela pessoa jurídica.

Os crimes em espécies que as pessoas jurídicas podem figurar como sujeito ativo, frisa-se, apenas me matéria de crimes ambientais, estão dispostos entre os arts. 29 a 69-A da LCA.

31 CONCLUSÃO

Este artigo teve o propósito de estudar as responsabilidades ambientais segundo as normas do Direito Brasileiro, para tal foi necessário analisar o que a doutrina tradicionalmente denominou de tríplice responsabilidade ambiental, isto é, a possibilidade de infratores ambientais serem responsabilizados em três esferas: administrativa, civil e penal.

Primeiramente constatou-se a necessidade de escrever algumas linhas gerais sobre direito ambiental, momento em que foi possível constatar vasta normatização nessa área em nosso direito doméstico. Inicialmente é possível constatar que ao meio ambiente ecologicamente equilibrada é um direito de todos e um dever do Estado e da coletividade.

Isso, por si só, já faz com que o Estado regule e edite normas protecionista, mas faz também nascer a obrigação de todos observarem essas normas. Nossa CF/88 também eleva esse direito ao patamar de Direitos Fundamentais de terceira dimensão.

Dessa obrigação estatal vem a edição da lei nº 9.605/98 que estabelece as responsabilidades dos causadores de danos ambientais. Embora essa lei seja denominada de Lei dos Crimes Ambientais, ela traz regras de natureza cível e administrativa. Constatou-se que a responsabilidade ambiental administrativa é de todos, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, de natureza objetiva e fundamentada na teoria do risco administrativo.

Na seara cível, tal responsabilidade consiste na obrigação de reparar o dano ambiental causado, tem natureza jurídica de responsabilidade objetiva, ou seja, não há necessidade de demonstrar a culpa ou dolo, mas admite excludentes de responsabilidades. Havendo, ainda, a possibilidade de essa responsabilidade ter fulcro na teoria do risco integral, em caso de danos nucleares e radiativos, isto é, não admite sequer excludente de responsabilidade.

No âmbito penal, é cristalino na lei, na jurisprudência e na doutrina que tanto a pessoa física quanto a jurídica podem ser sujeitos ativo de crimes ambientais, as jurídicas abrangem as públicas e privadas. A outrora citada Lei dos Crimes Ambientais tipifica os crimes ambientais e comina as penas, essas são diferenciadas quando aplicadas às pessoas físicas e jurídicas.

Por derradeiro, cumpre frisar que essa tripla responsabilidade não configura *bis in idem*, pois trata-se de esferas diversas de responsabilizações. Podendo, assim, uma pessoa jurídica, por exemplo, ser responsabilizada por crimes ambientais, seus sócios também sofrerem sanções penais, ser multada administrativamente e ser condenada na vara cível a reparar os danos.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. Direito Ambiental. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação Penal Especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. *Legislação Penal Especial Esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

JÚNIOR, André Puccinelli. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Jusbrasil. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4164715/recurso-especial-resp-1091486-ro-2008-0213060-6?ref=juris-tabs>>. Acesso em 17 de jul. 2019.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Portal do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea>>. Acesso em 17 de jul. 2019.

Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 18 de jul. 2019.

Portal Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 16 jul. 2019.

Portal Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em 17 jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

AGROBIODIVERSIDADE E PRESERVAÇÃO DAS SEMENTES: A IMPORTÂNCIA DA SOCIEDADE EM REDE NA EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 26/05/2020

Francieli lung Izolani

Universidade Federal de Santa Maria,
Programa de Pós-Graduação em Direito
Santa Maria – RS
<http://lattes.cnpq.br/9027530784430798>

Jrônimo Siqueira Tybusch

Universidade Federal de Santa Maria,
Programa de Pós-Graduação em Direito
Santa Maria – RS
<http://lattes.cnpq.br/6477064173761427>

RESUMO: O Brasil, localizado no Sul social, é o país com enorme riqueza em biodiversidade e necessita de mecanismos distintos do sistema jurídico na ajuda da preservação desses recursos naturais, em especial, a proteção das sementes. Nesse sentido, a sociedade em rede pode ser utilizada como um instrumento relevante, considerando que o Brasil também é um dos países com o maior número de usuários da Internet no mundo. Assim, o presente estudo pretendeu investigar em que medida a sociedade em rede no cenário brasileiro pode exercer um papel relevante na luta para a preservação das sementes, que são o pilar da agrobiodiversidade, adotando como teoria de base Vandana Shiva e Juliana Ferraz da Rocha Santilli e Manuel Castells para a sociedade em rede, utilizando a abordagem dedutiva e método de pesquisa bibliográfica e de análise documental sobre o tema. Para tanto, optou-se por estruturar este artigo em três partes, abordando-

se o panorama da atividade agrícola no Brasil no primeiro capítulo; no segundo, compreendendo a agrobiodiversidade e a preservação das sementes e; no último capítulo, averiguando a sociedade em rede brasileira e suas possibilidades na contribuição dessa preservação. Ao fim, verificou-se que a sociedade em rede pode ser um instrumento com alto potencial, com destaque para as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) para efetivar o acesso à informação e, assim, divulgar e disseminar à população brasileira, através da Internet, o conhecimento sobre a agrobiodiversidade e a necessária preservação das sementes como condição sine qua non para a sobrevivência humana na Terra.

PALAVRAS-CHAVE: Agrobiodiversidade. Sementes. Sociedade em rede. TIC.

AGROBIODIVERSITY AND FEED PRESERVATION: THE IMPORTANCE OF NETWORK SOCIETY ON EFFECTUATING THAT RIGHT

ABSTRACT: Brazil, located in Social South, is the country with an enormous wealth in biodiversity and needs different mechanisms from the law system to help in preservation of these natural resources, specially, the seed protection. This way, the network society can be used as a relevant instrument, considering that Brazil is also one of the countries with the highest number of Internet users in the world. Therefore, the present study aimed to investigate in what way the network society in Brazilian scenario can make a relevant role in

the fight for the feed preservation, which are the agrobiodiversity basis, taking as base theory Vandana Shiva and Juliana Ferraz da Rocha Santilli and Manuel Castells for the network society, using the deductive research approach through bibliographic and documental analysis method about the matter. For that, it was chosen to structure this paper in three chapters, bringing the agriculture activity panorama in Brazil in the first chapter; in the second one, understanding the agrobiodiversity and the feed preservation and; in the last one, verifying the Brazilian network society and its possibilities to contribute this preservation. In the end, it was checked the network society can be an instrument with a high potential, marking the Information and Communication Technologies (ICT) for the information access effectivity and, so, to divulgate and disseminate to the Brazilian population, through the Internet, the knowledge about the agrobiodiversity and the necessary feed preservation as sine qua non condition for the human surviving on Earth.

KEYWORDS: Agrobiodiversity. Feeds. Network society. ICT.

1 | INTRODUÇÃO

O Brasil, localizado no Sul social, é o país com enorme riqueza em biodiversidade e necessita de mecanismos distintos do sistema jurídico na ajuda da preservação desses recursos naturais, em especial, a proteção das sementes. Isso porque, em que pese existir a Lei 10.711/2003 (Lei de Sementes), dentre outros instrumentos legais, por si só não são suficientes na proteção da agrobiodiversidade. Ademais, a sociedade em rede pode ser utilizada como um instrumento relevante, considerando que o Brasil, além de ser o país com a maior riqueza de espécies do planeta¹, também é um dos países com o maior número de usuários da Internet no mundo, com cerca de 70,4% da população, dos quais 66,1% são usuários ativos das mídias sociais².

Assim, o presente estudo pretende investigar em que medida a sociedade em rede no cenário brasileiro pode exercer um papel relevante na luta para a preservação das sementes, que são a base da agrobiodiversidade, adotando como teoria de base Vandana Shiva e Juliana Ferraz da Rocha Santilli e Manuel Castells para a dimensão da sociedade em rede, utilizando o método dedutivo como abordagem e procedimentos de pesquisa bibliográfica e de análise documental sobre o tema. Para tanto, optou-se por estruturar este artigo em três partes, abordando-se o panorama da atividade agrícola no Brasil no primeiro capítulo; no segundo, compreendendo a agrobiodiversidade e a preservação das sementes e; no último capítulo, averiguando a sociedade em rede brasileira e suas possibilidades na contribuição dessa preservação.

1 MARTINS, Marcio; SANO, Paulo Takeo. **Biodiversidade tropical**. São Paulo: Unesp, 2009. p. 57.

2 WE ARE SOCIAL. **Digital in 2019**. Disponível em: https://datareportal.com/reports/digital-2019-global-digital-yearbook?utm_source=Reports&utm_medium=PDF&utm_campaign=Digital_2019&utm_content=Global_Overview_Promo_Slide. Acesso em: 28 jun. 2019.

21 A AGRICULTURA NO BRASIL: PANORAMA GERAL SOBRE A ATIVIDADE AGRÍCOLA

Desde o surgimento da agricultura, o homem transformou a sua relação com a natureza, passando a desenvolver verdadeiro processo de dominação e de modificação artificial sobre ela, seja pela seleção de grãos desde os tempos mais remotos à modificação genética na atualidade.

Remonta-se que há cerca de doze mil anos teria ocorrido a Revolução Agrícola Neolítica, e arqueólogos acordam que a origem da agricultura é resultado da transição do Pleistoceno para o Holoceno, este é o período geológico da atualidade³ e deu-se de forma independente em diversas regiões do planeta⁴.

A agricultura constitui uma das formas de utilização da biodiversidade ao lado da alimentação e da saúde⁵. Todavia, em que pese a palavra cultura ter origem do latim *colere*, de culto, cultivo, de fato, a maior parte dos profissionais da área não a considera como uma cultura do campo⁶.

Segundo Clement, à época do “descobrimento” das Américas em 1492, estima-se que das 257 espécies cultivadas, 138 eram encontradas na Amazônia devido à diversidade genética, manejo e cultivo dos povos pré-colombianos e após a dizimação dos povos tradicionais que lá se encontravam, foi noticiada uma redução acentuada de recursos que já dependiam da intervenção do homem⁷.

Desde o Brasil Colônia, o modelo estabelecido pelos portugueses foi baseado em grandes latifúndios monocultores escravocratas do tipo exportação. O pau-brasil foi a primeira cultura abundante encontrada na faixa litorânea que ia do Rio de Janeiro a Pernambuco e foi utilizada para tingir tecidos, produzir remédios, construções navais e fabricação de violinos, tendo sido quase extinta pela exploração predatória à qual foi submetida pelo homem. Depois, veio o açúcar nos engenhos e as cachaças nos alambiques, cultura concentrada nos senhores de engenho, a *plantation*, que propiciava consequentemente um modo de trabalho familiar dos camponeses que, sem as terras, aguardavam a derrubada e a queimada de parcelas da mata para, então poderem produzir até esgotarem a fertilidade e o húmus da floresta abatida e então proceder a uma espécie de rotatividade⁸.

3 SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. **Agrobiodiversidade e o Direito dos Agricultores**. Orientador: Carlos Frederico Marés de Souza Filho. 2009. 409 f. Tese de Doutorado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Paraná, 2009.

4 PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 208.

5 INOUE, Cristina Yumie Aoki. **Regime global de biodiversidade: o caso Mamirauá**. Brasília: Universidade de Brasília, 2007. p. 60.

6 PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *op. cit.*, p. 208.

7 CLEMENT, Charles Roland. 1492 and the loss of Amazonian crop genetic resources. I. The relation between domestication and human population decline {1492 e a perda dos recursos genéticos agrícolas da Amazônia. I. A relação entre domesticação e o declínio da população humana}. In: **Economic Botany**. New York: The New York Botanical Garden, v. 53, p. 188-202, 1999. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF02866498>. Acesso em: 04 jul. 2019.

8 SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. *op. cit.*, p. 55.

Com o declínio do açúcar devido à concorrência das Antilhas, no fim do século XVII, os bandeirantes começaram a atividade mineradora de ouro, com notoriedade na região que hoje corresponde a Minas Gerais. No ápice dessa economia, no século XVIII, houve uma intensificação da imigração e a abolição dos escravos, culminando no crescimento dos agricultores que abasteciam as vilas e se mantinham com o culturas como as de feijão, arroz e milho, e frutas como a banana e a laranja⁹, que ainda hodiernamente são observadas como majoritárias na comercialização. Mais ao Sul do país, havia o extrativismo de erva-mate e, além disso, a pecuária foi fomentada e estruturou a base da economia colonial daquela região, sendo necessário recordar que, junto à domesticação das plantas, o homem também o fez com os animais na tentativa de obter uma maior segurança alimentar¹⁰.

No atual Estado do Maranhão, ocorreu o cultivo de algodão, chegando a ser o segundo produto mais exportado entre 1796 e 1811, além do arroz, do cacau e do tabaco e, no atual Sudeste, iniciava-se o ciclo do café a partir do século XIX, culminando com a proclamação da independência do Brasil em 1822 e sendo mais rentável que o açúcar. Com a expansão do mercado cafeeiro, mais uma vez, a imigração foi intensificada e os pequenos agricultores foram expulsos de suas localidades de plantio, passando as fazendas de café a substituírem as matas¹¹.

Avançando um pouco na história do Brasil, ocorreu a Primeira Guerra Mundial, passando a preocupação a ser o combate à fome e, anos mais tarde, com o término da Segunda Guerra Mundial, a implementação da Revolução Verde chega ao país em 1960, com o discurso do combate à fome no futuro, pelo crescimento acelerado das populações, fundamentando a necessidade deste combate pelas técnicas científicas dos agrotóxicos, dos insumos e da produção de alimentos em larga escala, com a facilitação da mecanização da agricultura.

Fato é que, ao longo de toda a história da agricultura no Brasil, a sua produção foi e ainda é edificada em dois modelos: a dos camponeses, que se baseavam/baseiam na produção familiar e na subsistência e; a patronal, o chamado agronegócio nos dias atuais, direcionado para a exportação de *commodities* com a finalidade exclusiva de lucratividade para incrementar o produto interno bruto brasileiro e tendo por base a repetição do modelo colonial, a monocultura de produtos demandados pelo mercado internacional.

A produção agrícola responde, destarte, a interesses econômicos globalizados, pouco se importando com os agricultores, com sua autonomia, impossibilitando o uso de suas próprias sementes, ocasionando uma total dependência às corporações/multinacionais das sementes “adequadas”, produzidas pelo monopólio econômico dos transgênicos¹².

9 RIBEIRO, Ricardo Ferreira. **Florestas anãs do sertão**: o cerrado na história de Minas Gerais. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

10 PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *op. cit.*, p. 209.

11 PÁDUA, José Augusto. **Cultura esgotadora**: agricultura e destruição ambiental nas últimas décadas do Brasil Império. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro: UFRJ, v. 11, p. 134-163, out. 1998.

12 JUNGES, José Roque. **(Bio) Ética ambiental**. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 57

Ao contrário do que se possa imaginar, o agronegócio, com a sua alta produtividade não propiciou mais abundância de alimentos à população brasileira, mas uma alimentação de baixa qualidade, justamente, pela falta de diversidade das culturas e do corporativismo que implementou o uso dos insumos e agrotóxicos, além da transgenia como alternativa falaciosa a justificar a tendência do mercado do lucro em detrimento da biodiversidade. Pela simples observação, verifica-se que são poucas as opções oferecidas pelo mercado interno provenientes da agricultura diante da grande biodiversidade que o Brasil possui, assim como os preços variam e são barateados ou encarecidos de acordo com os interesses do agronegócio, que segue o mercado externo, o global. De cerca de 220 mil espécies de angiospermas, o homem utiliza no máximo 45 na alimentação, sendo que 20 são grãos e cereais e correspondem a 90% da base alimentar, sendo que 70% estão baseados no trigo, milho e arroz¹³.

Assim, no capítulo seguinte, passará ao estudo dos impactos desse modelo sobre a agrobiodiversidade.

3 I AGROBIODIVERSIDADE: A NECESSIDADE DA PRESERVAÇÃO DAS SEMENTES

O modelo de agricultura implementado no Brasil Colônia denota os problemas enfrentados hoje em questão da biodiversidade e da sociobiodiversidade, conceitos que devem ser compreendidos para então se chegar à questão da agrobiodiversidade.

Por biodiversidade, entende-se a “relação entre o ser humano e o seu entorno”¹⁴, “a exuberância da vida na Terra – num ciclo aparentemente interminável de vida, morte e transformação”¹⁵, tendo esse termo sido incorporado rapidamente pela mídia do Brasil na preparação da Rio 92, podendo-se tratar na atualidade sob três vertentes: a genética, dentro das espécies; a de organismos, entre espécies ou outro nível mais elevado de classificação e; a ecológica, tratando de comunidades ecológicas¹⁶. Verdadeiramente, a biodiversidade tem sido ao longo da história utilizada como instrumento utilitário aos interesses do homem, ao passo que o primordial e inerente à biodiversidade deveria ser a geração e o desenvolvimento de culturas diversas¹⁷.

13 MARTINS, Marcio; SANO, Paulo Takeo. *op. cit.*, p. 75.

14 ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. O direito da sociobiodiversidade. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Org.). **Direitos Emergentes na Sociedade Global: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM**. Ijuí: Unijuí, 2013, pp. 269-291.

15 MMA, Ministério do Meio Ambiente. **Biodiversidade Brasileira**. s.a. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>. Acesso em: 06 jul. 2019.

16 MATINS, Marcio; SANO, Paulo Takeo. *op. cit.*, p. 18.

17 *Ibidem*. p. 77.

Avançando no estudo, apresenta-se o conceito de sociobiodiversidade, que é a vinculação entre biodiversidade e as diferentes culturas, a partir de implicações ecológico-sociais, vale dizer, as interações culturais do homem com a natureza¹⁸, “o resultado da soma de natureza mais sociedade”¹⁹.

Entretanto, em que pese o Brasil ser um dos países com abundante biodiversidade, ter uma Carta Magna que atenta para a questão da sociobiodiversidade aproximando-se da sustentabilidade, devido à estrutura de desenvolvimento do país conforme demonstrado no capítulo anterior, por si só não corrobora para uma mudança de paradigma na questão da agricultura. A questão é mais delicada, pois sob o viés ambiental, deve-se compreender questões sociais, culturais e econômicas, esta última que dificulta todo o restante nessa integração complexa.

Em termos de diversidade cultural, o Brasil abriga quilombolas, indígenas, ribeirinhos e tantas outras comunidades tradicionais, estimando-se em 5,2 milhões de pessoas que se inserem no grupo chamado Povos e Comunidades Tradicionais e Agricultores Familiares (PCTAFs), que possuem seus próprios conhecimentos e ligações com a terra, vinculando-se intimamente aos recursos naturais e à sua própria identidade. Além do que, considerando que a agricultura é a base de sua subsistência e que os produtos da sociobiodiversidade são os bens e serviços enquanto produtos finais, matérias primas ou benefícios gerados a partir dos recursos advindos da biodiversidade, deve existir mais que um interesse legal na proteção das cadeias produtivas, promovendo a manutenção e a valorização dos conhecimentos tradicionais, práticas e saberes²⁰, mas um mecanismo de cidadania nesse sentido, eis que a preservação do meio ambiente é condição de existência do homem, pois “o futuro da biodiversidade dependerá também da diversidade cultural no modo de se relacionar com a natureza”²¹.

Com a mecanização agrícola promovida em especial pela Revolução Verde, a elevada utilização de insumos, fertilizantes e agrotóxicos, além da transgenia, não apenas a agricultura familiar está ameaçada, mas o próprio agronegócio, na medida em que esse conjunto de “benefícios falaciosos” acarreta a perda da biodiversidade agrícola. Acrescente-se a isso que, na agricultura, a afetação da própria base de produção advém dos impactos ambientais dela decorrentes, gerando por sua vez, os impactos socioambientais, dentre os quais, a erosão dos solos, a poluição das águas, a contaminação por agrotóxicos, o êxodo rural²², fruto da monocultura intensiva em agrotóxicos.

18 CAVALHEIRO, Larissa Nunes; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Direito ambiental e as diversidades natural e cultural no Brasil: direitos da sociobiodiversidade e sustentabilidade na Constituição brasileira. **Revista Faculdade de Direito UFG**, v. 41, n.1, p. 125-141, jan./jun. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-UFG_41-01.07.pdf. Acesso em: 22 jun. 2019.

19 ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. *op. cit.*, p. 8.

20 MMA, Ministério do Meio Ambiente. **Sociobiodiversidade no Brasil**. 2011. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sds_dads_agroextra/_arquivos/apresentaosociobiodiversidade2011_65.pdf. Acesso em: 05 jul. 2019.

21 JUNGES, José Roque. *op. cit.*, p. 53.

22 SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. *op. cit.*, p. 66.

Nesse diapasão, está inserido o interesse em se proteger a agrobiodiversidade, na tentativa de se trilhar um panorama protecionista sem comprometer a questão econômica, visto que a redução da biodiversidade agrícola, da diversidade genética das culturas, comprometerá a sustentabilidade da agricultura familiar e do próprio agronegócio.

Assim, por agrobiodiversidade, conceito emergente a partir dos anos 2000, pode-se compreender como

as dinâmicas e complexas relações entre as sociedades humanas, as plantas cultivadas e os ambientes em que convivem, repercutindo sobre as políticas de conservação dos ecossistemas cultivados, de promoção da segurança alimentar e nutricional, das populações humanas, de inclusão social e de desenvolvimento local sustentável²³.

Como pode ser aferido do acima mencionado, a agrobiodiversidade é um conceito amplo, mas essencialmente advindo da interação entre homem e ecossistemas, estando a prática da agricultura inclusa nesse conceito, sendo que a diversidade agrícola dependerá da simbiose entre fatores naturais e culturais, com destaque para o impacto que a questão genética pode impor a ambos os fatores nesse modelo de agronegócio da economia atual.

Observa-se ao longo dos anos uma diminuição acentuada de variedades vegetais nativas ao redor do mundo, assim como no Brasil, fato decorrente da mentalidade reducionista instituída pela Revolução Verde e as chamadas sementes milagrosas como Variedades de Alto Rendimento²⁴, substituindo safras inteiras, implantando a mentalidade de que as sementes das comunidades locais eram primitivas, inferiores, de má qualidade, fato que não corresponde à realidade, pois são, na verdade, “as safras mais produtivas da natureza em termos de nutrição”²⁵.

Ao se modificar geneticamente as sementes e defender a introdução de safras resistentes a herbicidas as consequências serão a eliminação de plantas úteis ao meio ambiente e à economia, a impossibilidade de rotação de culturas e a destruição de outras espécies, além da possibilidade de criação de superervas-daninhas em um futuro próximo.

É necessário, portanto, a preservação da agricultura nativa, cuja simbiose entre solo, água, plantas e animais domésticos mantém a verdadeira produtividade, ao contrário do pacote da Revolução Verde com as monoculturas cuja base genética é limitadíssima, já que as variedades de alto rendimento aumentam a produção do grão, aumentam os insumos ao preço de impactos destrutivos ao meio ambiente como os anteriormente referidos²⁶.

23 *Ibidem*, p. 67.

24 SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente**: Perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003. p. 56.

25 *Ibidem*, p. 39.

26 SHIVA, Vandana. *op. cit.*, p. 66.

A manutenção da biodiversidade agrícola mostra-se, portanto, muito relevante, considerando que apenas “os sistemas agrícolas agrobiodiversos favorecem dietas mais nutritivas e equilibradas”²⁷, garantem a preservação das culturas e promovem proteção das sementes, um dos vieses da agrobiodiversidade.

No sentido de proteção das sementes, “todo material de propagação vegetal”²⁸, há todo um arcabouço jurídico constitucional e infraconstitucional. A Carta Magna prevê a questão do patrimônio genético como condição de salvaguardar o patrimônio sociocultural brasileiro, através das variedades agrícolas e dos saberes dos agricultores, conforme preconizam seu art. 216 e o parágrafo 1º, inciso II do art. 225. Já, na esfera legal, a Lei n.º 10.711/2003 (Lei de Sementes) dispõe sobre o Sistema Nacional de Sementes e Mudas com o escopo de proteger a questão do patrimônio genético. Todavia, os pesquisadores incumbidos no melhoramento vegetal acabaram por subjugar os agricultores tradicionais à condição de produtores agrícolas que compravam as sementes e os insumos adequados impostos pelo modelo agrícola industrial advindo do passado e ainda permanente seguindo a mesma perspectiva linear. A lei, dessa forma, não consegue efetivar e proteger os conhecimentos dos povos tradicionais e a agrobiodiversidade, pois repete o modelo de exclusão e afeta a real preservação das sementes e dá preferência ao sistema do agronegócio, impondo restrições, condições e ônus excessivos para que os agricultores locais produzam suas próprias sementes.

Nos sistemas locais, são os próprios agricultores que selecionam e protegem as sementes, já que o manejo, produção e difusão das sementes são por eles realizados, combinando processos naturais e promovendo a diversidade genética adaptando as condições locais. Cada vez mais, deve ser incentivado no Brasil esse sistema agrícola local que fornece aos agricultores culturas realmente seguras à alimentação e à manutenção da agrobiodiversidade e que podem suprir o mercado sem a utilização de transgenia, insumos e demais artificialidades imposta pela lógica do agronegócio, seguindo tendências que já são sucesso em outros países latino-americanos, como o México, que possui um centro de diversidade genética do milho em Oaxaca.

A Lei de Sementes do Brasil não considera que as pequenas empresas de sementes têm melhores condições de atender a demandas específicas, de conservar a agrobiodiversidade, pelo simples estabelecimento de critérios hegemônicos que desrespeita a valorização do saber local. Além da burocracia supramencionada, há outras, como a necessidade de se comprovar o valor de cultivo e uso para se inscrever uma nova cultura, da manutenção de um estoque mínimo para que a inscrição continue permanente, a dificuldade de acesso a programas de financiamento e também da perda de acesso dos agricultores locais quando as culturas caem no domínio público, visto que a partir daí não há mais interesse das empresas em mantê-las no mercado porque não rendem os *royalties*.

27 SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. *op. cit.*, p. 77.

28 *Ibidem*, p. 96.

Em termos de impactos à agrobiodiversidade, com as enormes dificuldades que os produtores locais enfrentam, acabam por deixar de produzir suas próprias sementes, o que, conseqüentemente, acaba por reduzir as variedades disponíveis e adequadas às condições socioambientais para serem substituídas pelas transgênicas que utilizam agrotóxicos e atendem aos interesses das corporações.

A Lei de Sementes que deveria proteger a agrobiodiversidade pela manutenção da diversidade das sementes e dos conhecimentos dos povos tradicionais, com o seu cultivo local, acaba por dificultar essa proteção. Ademais, referida lei prevê o uso das sementes, limitando a quantidade e restringindo à safra posterior, desconsiderando o conhecimento do agricultor que plantou, colheu e selecionou.

As sementes representam escolhas que além de serem agrônômicas, são socioculturais, ambientais e econômicas²⁹ e a forma legal imposta acaba por desrespeitar o estabelecido em sede constitucional na preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético brasileiro.

Dessa feita, o que poderia ser feito para fortalecer esses saberes locais? Na medida em que a lei que deveria proteger sobrepesa o direito das minorias, mecanismos além dos jurídicos devem ser investigados na busca da real efetividade e guarida desses saberes, da agrobiodiversidade. Uma alternativa plausível pode ser através da utilização das mídias sociais, das tecnologias da informação e comunicação, aproveitando a vivência da sociedade em rede.

O próximo e último capítulo procura averiguar o papel da sociedade em rede na promoção da agrobiodiversidade.

4 | SOCIEDADE EM REDE E O ACESSO À INFORMAÇÃO: UM INSTRUMENTO RELEVANTE NO CENÁRIO BRASILEIRO EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA AGROBIODIVERSIDADE

Mecanismos alternativos aos jurídicos brasileiros estabelecidos, especialmente, no que se refere à preservação da agrobiodiversidade pela proteção das sementes, devem ser buscados.

As organizações da sociedade civil brasileira já realizaram iniciativas há alguns anos como o Mapa das Expressões da Agroecologia no Brasil, elaborado em 2006 em Recife durante o Encontro Nacional de Agroecologia e também o caderno Uso e Conservação da Biodiversidade. Na esfera governamental, foi instituído em 2003 o Programa de Aquisição de Alimentos por meio do qual a Companhia Nacional de Abastecimento adquire sementes dos agricultores locais para doação em bancos comunitários. Os exemplos mencionados refletem a chamada responsabilidade socioambiental, pois são ações que promovem a preservação ambiental, que é de responsabilidade dos governos, empresas e de cada

29 SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. *op. cit.*, p. 124.

cidadão³⁰. Ainda podem ser mencionados o melhoramento participativo, pelo qual os países devem favorecer o fitomelhoramento com a participação dos agricultores com o escopo de desenvolver variedades adaptadas às condições locais, e a Comissão Nacional da Biodiversidade, que busca a discussão e implantação de políticas sobre a biodiversidade, além da identificação de ações prioritárias para pesquisa, conservação e uso sustentável para a melhoria da conservação brasileira. Há também a possibilidade de criação de comissões de sementes e mudas devendo ter a representação dos agricultores familiares e demais atores das comunidades tradicionais, outras comissões para a elaboração do zoneamento agrícola para identificar em cada localidade as melhores condições para as culturas. Essas são algumas das alternativas que poderiam dar maior visibilidade aos conhecimentos tradicionais para a preservação da agrobiodiversidade. Todavia, a maioria dessas atividades e ideias continuam restritas a um seletivo grupo ou a minorias, pois não há a disseminação e o conhecimento dessas atividades pela grande parte dos agricultores locais.

Conforme leciona Manuel Castells, “a Internet é de fato uma tecnologia da liberdade”³¹ e, nesse aspecto, o papel da sociedade em rede mostra-se de grande relevância na disseminação de programas, atividades e ações com a finalidade de propiciar a proteção da agrobiodiversidade, em especial através das sementes e na difusão desses conhecimentos tradicionais milenares às culturas, já que as redes propiciam a comunicação livre e global.

Como já houve em outros momentos da história, com o movimento *software* livre entre os anos 70 e 80 em reação às restrições impostas por *copyrights* efetivadas pelos *hackers*, a sociedade em rede pode ajudar nessa empreitada de reação dos agricultores locais contra a imposição de leis que visam tão somente a proteger os interesses das corporações. Um dos líderes daquele movimento foi Richard Stallman, dos Estados Unidos, que, em 1984 lançou um manifesto dirigido a outros *hackers* pedindo apoio e participação no projeto de desenvolvimento desse *software* livre pelo compartilhamento de códigos-fontes de seus programas de computador, pela defesa da liberdade de usar, copiar, distribuir e modificar os *softwares*, embasando-se, portanto, na divulgação. Qualquer semelhança com a questão dos agricultores locais é não é mera coincidência, pois devido a leis impostas pelas políticas dos poderosos, esses agricultores veem-se impedidos da sua liberdade de usar, copiar, distribuir, modificar as suas próprias sementes, utilizando-se de seus conhecimentos tradicionais e milenares, passados de geração em geração.

É o que biólogos defendem, uma aproximação da biotecnologia com o código aberto, a *open source biology*³², por considerarem o atual sistema de propriedade intelectual criador de dificuldades, de desincentivos, de restrições, de onerosidades e de empecilhos à promoção da agrobiodiversidade.

30 MMA, Ministério do Meio Ambiente. **Responsabilidade socioambiental**. 2011. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental.html>. Acesso em: 05 jul. 2019.

31 CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 225.

32 SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. *op. cit.*, p. 280.

Existe também a licença Bios, que protege os *protected commons*, baseados no modelo *open source* evitando que o uso de ferramentas científicas seja restringido por direitos de propriedade intelectual. A internet, nesse aspecto, é o mecanismo pelo qual ao serem divulgadas as ações voltadas à preservação das sementes, pode ser usada ao mesmo tempo por milhares de pessoas, impulsionando a disseminação das informações que demorariam demasiadamente ou que nem chegariam àqueles interessados na causa da agrobiodiversidade.

No Brasil, há ainda, o *creative commons*, em parceria com a Universidade de Stanford dos Estados Unidos, que é uma forma de permitir a divulgação de trabalhos, obras e textos, fazendo com que o autor possa autorizar a livre cópia, distribuição e utilização.

Alguns cientistas, como Jack Kloppenburg e Margareth Kipp, propõem a criação do *Biolinux* com uma licença *copyleft* e, assim, os agricultores poderiam utilizar livremente as sementes, guardá-las, trocá-las³³, conseguindo superar o sistema legal atual imposto de apropriação que impede a livre circulação das sementes e dos conhecimentos tradicionais.

Nesse diapasão, qual a relevância da sociedade em rede? Toda. Através da sociedade em rede e da sua relação com o mundo baseado na Internet, pode ser aumentado substancialmente o conhecimento sobre questões ambientais³⁴, e no que toca à questão da agrobiodiversidade, a sociedade informada e consciente pode enfrentar os desafios que a globalização impõe e participar qualitativamente enquanto cidadão que luta por governos mais responsáveis e preocupados com as questões advindas da sociobiodiversidade, como a em estudo no presente artigo.

Na sociedade em rede³⁵, pode se organizar o sistema de mídias e ocorrer o empoderamento social, pois “é pela forma como atribuímos papéis sociais de informação, entretenimento, ação e organização a cada mídia que desenhamos as redes de interdependências entre elas”³⁶. Assim, o sistema de mídia possibilita uma articulação em rede, dentre elas a Internet, um modo de apropriação flexível, interativa e independente de poderes, que pode mobilizar socialmente projetos ligados às questões ambientais.

A sociedade em rede, portanto, transforma a comunicação em espaço público, coletivo no qual as pessoas podem receber informações e se tornarem atores no exercício da cidadania e na influência de decisões políticas. Com a expansão das TIC, ferramentas computacionais e meios telecomunicativos³⁷, a comunicação ganha níveis horizontais, independentes de governos, permitindo o que Castells chamou de comunicação de massa autocomandada, eis que pode ser difundida em toda a Internet e ultrapassar a dimensão

33 SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. *op. cit.*, p. 285.

34 CASTELLS, Manuel. *op. cit.*, p. 228.

35 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.

36 CARDOSO, Gustavo. **A mídia na sociedade em rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 16.

37 CARDOSO, Tatiana Medeiros. A Aplicação das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) no Ambiente Escolar. **Revista ITEC**, v. 3, n. 3, dez. 2011.

local para se tornar global e pode ser iniciada por grupos de interesses, como os agricultores e comunidades locais na divulgação das sementes e de seus conhecimentos tradicionais em prol da agrobiodiversidade, a partir das mídias, como as redes sociais, blogues, vlogues e outras formas de interatividade.

Portanto, a sociedade em rede, através da Internet e das mídias tendem a concretizar uma verdadeira forma de organização social na luta pela manutenção das sementes pelos agricultores e, assim, preservar a agrobiodiversidade, sendo uma opção de dimensões poderosas contra a hegemonia corporativista.

5 | CONCLUSÃO

O modelo estruturado desde o Brasil Colônia, qual seja o de grandes latifúndios monocultores voltados à exportação para o abastecimento de mercados internacionais não contribuiu para a manutenção dos saberes dos povos tradicionais e ao tipo de agricultura local que desenvolviam, tampouco, havia uma preocupação com a agrobiodiversidade, tendo sempre atendido aos interesses da minoria detentora do poder político. Com o advento da mecanização da agricultura, a partir da Revolução Verde, o referido modelo foi agravado, impondo-se o modelo de monocultura, a partir da transgenia e da grande e necessária utilização de insumos agrícolas sob a excusa de alta produtividade de alimentos.

Ademais, com relação às leis de proteção do patrimônio genético brasileiro, restou evidenciado que a Lei de Sementes apenas serve para proteger os interesses políticos e econômicos das corporações, uma vez que dificulta e torna quase impossível a manutenção da diversidade de culturas e dos povos tradicionais, que detêm o conhecimento imprescindível para uma produção de alimentos com alto valor nutricional, independente de agrotóxicos e baseado numa rotatividade de culturas, selecionando as melhores sementes e adaptando-as às condições específicas em nível local.

Desse modo, pela falta de efetividade política e jurídica na proteção da agrobiodiversidade, em especial no que tange à manutenção da diversidade de sementes, mecanismos sociais devem ser buscados, sendo a sociedade em rede uma dessas possibilidades, considerando que ela fornece, mecanismos facilitadores de divulgação de conhecimento pela rede mundial e na disseminação necessária do acesso à informação para que a população enquanto no exercício da sua cidadania tenha amplo acesso e possa ajudar a divulgar experiências de resgate, produção e distribuição de sementes locais, além de programas nos quais os agricultores possam participar e propagar seus conhecimentos, considerando principalmente as ferramentas das TIC.

Assim, pode-se concluir que a sociedade em rede desempenha um papel importante para ajudar na preservação das sementes, base da agrobiodiversidade, podendo fazê-lo principalmente através de sites, mídias sociais e demais mecanismos disponíveis pelo acesso à rede, incentivando-se os cidadãos, os próprios agricultores e familiares para

desenvolverem programas comunitários, experiências compartilhadas em blogs, divulgação de feiras, de bancos de sementes através da internet para atingirem mais pessoas, informando a imprescindibilidade da manutenção das sementes para a agrobiodiversidade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. O direito da sociobiodiversidade. *In*: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Org.). **Direitos Emergentes na Sociedade Global: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM**. Ijuí: Unijuí, 2013, pp. 269-291.

CARDOSO, Gustavo. **A mídia na sociedade em rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CARDOSO, Tatiana Medeiros. A Aplicação das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) no Ambiente Escolar. **Revista ITEC**, v. 3, n. 3, dez. 2011.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.

CAVALHEIRO, Larissa Nunes; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Direito ambiental e as diversidades natural e cultural no Brasil: direitos da sociobiodiversidade e sustentabilidade na Constituição brasileira. **Revista Faculdade de Direito UFG**, v. 41, n.1, p. 125-141, jan./jun. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-UFG_41-01.07.pdf. Acesso em: 22 jun. 2019.

CLEMENT, Charles Roland. 1492 and the loss of Amazonian crop genetic resources. I. The relation between domestication and human population decline {1492 e a perda dos recursos genéticos agrícolas da Amazônia. I. A relação entre domesticação e o declínio da população humana}. *In*: **Economic Botany**. New York: The New York Botanical Garden, v. 53, p. 188-202, 1999. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF02866498>. Acesso em: 04 jul. 2019.
Horizonte: Autêntica, 2005.

INOUE, Cristina Yumie Aoki. **Regime global de biodiversidade**: o caso Mamirauá. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

JUNGES, José Roque. **(Bio) Ética ambiental**. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

MARTINS, Marcio; SANO, Paulo Takeo. **Biodiversidade tropical**. São Paulo: Unesp, 2009.

MMA, Ministério do Meio Ambiente. **Biodiversidade Brasileira**. s.a. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>. Acesso em: 06 jul. 2019.

MMA, Ministério do Meio Ambiente. **Responsabilidade socioambiental**. 2011. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental.html>. Acesso em: 05 jul. 2019.

MMA, Ministério do Meio Ambiente. **Sociobiodiversidade no Brasil**. 2011. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sds_dads_agroextra/_arquivos/apresentaosociobiodiversidade2011_65.pdf. Acesso em: 05 jul. 2019.

PÁDUA, José Augusto. **Cultura esgotadora**: agricultura e destruição ambiental nas últimas décadas do Brasil Império. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro: UFRJ, v. 11, p. 134-163, out. 1998.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

RIBEIRO, Ricardo Ferreira. **Florestas anãs do sertão**: o cerrado na história de Minas Gerais. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. **Agrobiodiversidade e o Direito dos Agricultores**. Orientador: Carlos Frederico Marés de Souza Filho. 2009. 409 f. Tese de Doutorado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Paraná, 2009.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente**: Perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

WE ARE SOCIAL. **Digital in 2019**. Disponível em: https://datareportal.com/reports/digital-2019-global-digital-yearbook?utm_source=Reports&utm_medium=PDF&utm_campaign=Digital_2019&utm_content=Global_Overview_Promo_Slide. Acesso em: 28 jun. 2019.

O CONTRATO DE INTEGRAÇÃO VERTICAL AGROINDUSTRIAL NA LEI 13.288/16 E A INCOMPLETUDE CONTRATUAL NO SETOR DO AGRONEGÓCIO: ANÁLISE DO MERCADO AGROEXPORTADOR DE CARNES

Data de aceite: 01/09/2020

David Kenji Itonaga

UFPR.

<http://lattes.cnpq.br/8116594093363822>

RESUMO: A presente pesquisa pretende discorrer sobre o contrato de integração vertical agroindustrial a partir da teoria econômica dos contratos incompletos, reconhecendo os efeitos que dada pactuação complexa e duradoura exerce junto ao mercado do grande empresariado exportador de carne no Brasil. Após a positivação do contrato de integração e das responsabilidades do integrado e integrador na Lei 13.288/16, depreende-se que o legislador ensejava galgar ambiência institucional segura às avenças insertas do setor do agronegócio. Este estudo, pautado na lógica das relações contratuais interempresariais, utiliza-se da revisão bibliográfica dos teóricos da Nova Economia Institucional que se ocuparam do estudo da integração vertical. Em seguida, identifica-se que a teoria econômica dos contratos incompletos, primordialmente exposta por Oliver Hart, explica com escol a senda posta nos pactos agroindustriais, pois confere papel premente aos custos transacionais elevados das partes que se impõem *ex ante* e a inevitável, por isso incompleta, *ex post* contingência que é alavancada na seara agrária pela incerteza, sazonalidade e especificidade dos ativos ali envolvidos. Os resultados da presente pesquisa foram colhidos da análise de instrumentos de contratos agroindustriais

e formulários de referência do CVM dos principais empreendimentos agroexportadores de carnes do país, nomeadamente JBS, BRF, Marfrig, Minerva Foods. Conclui-se que o problema de *hold-up*, que comumente ocorre em contratos de execução continuada e incompletos, acaba por imperar nas cláusulas entre integrador e integrado que são mormente gerados pelo custo da manutenção de ativos específicos, gerando tensão entre a dependência hiperbólica e a respeitabilidade de *rebus sic stantibus*. Aponta-se como solução aquilo que Oliver Hart denomina de “princípios orientadores”, aos quais seriam relevantes para superar as contingências inóspitas dos clausulados da estirpe, v. g., agrária e reativar o papel comunicativo das partes.

PALAVRAS-CHAVE: incompletude contratual, integração vertical, princípios reitores.

THE CONTRACT FOR VERTICAL AGRO-INDUSTRIAL INTEGRATION IN LAW 13.288 / 16 AND THE INCOMPLETE CONTRACT IN THE AGRIBUSINESS SECTOR: ANALYSIS OF THE MEAT AGRO-EXPORT MARKET

ABSTRACT: The present research intends to discuss the vertical agroindustrial integration contract based on the economic theory of incomplete contracts, recognizing the effects that a complex and long-lasting agreement has on the market of the meat exporting conglomerate business in Brazil. After positivizing the integration contract and the responsibilities of the integrated and integrator

in Law 13.288 / 16, it appears that the legislator had the opportunity to guarantee a secure institutional ambience to the inserted agreements of the agribusiness sector. This study, based on the logic of inter-company contractual relations, uses the bibliographic review of the New Institutional Economics theorists who dealt with the study of vertical integration. Then, it is identified that the economic theory of incomplete contracts, primarily exposed by Oliver Hart, explains with mastery the path set in the agro-industrial pacts, as it gives a pressing role to the high transaction costs of the parties that impose themselves ex ante and the inevitable, for this is incomplete, ex post contingency that is leveraged in the agrarian area due to the uncertainty, seasonality and specificity of the assets involved there. The results of this research were gathered from the analysis of instruments of agro-industrial contracts and reference forms from the CVM of the main agroexporting enterprises in the country, namely JBS, BRF, Marfrig, Minerva Foods. It is concluded that the hold-up problem, which commonly occurs in continuous and incomplete execution contracts, ends up prevailing in the clauses between integrator and integrated that are mainly generated by the cost of maintaining specific assets, generating tension between the hyperbolic dependence and the respectability of rebus sic stantibus. The solution points to what Oliver Hart calls “guiding principles”, which would be relevant to overcome the inhospitable contingencies of the clauses of the type of, v. g., agrarian and reactivate the communicative role of the parties.

KEYWORDS: contractual incompleteness, vertical integration, guiding principles.

1 | INTRODUÇÃO

O agronegócio galgou a representação de 21% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro de 2019, crescendo 3,8% em comparação ao ano de 2018¹. O setor de suinocultura, bovinocultura e avicultura foram os setores que mais contribuíram para tal crescimento. Diante dessa quadra e, inclusive, como espaço econômico com importância capital para a reconstrução do país pós-pandemia², revela-se que o estudo jurídico sobre o precitado setor é de imperiosa relevância para o entendimento das atitudes que os agentes privados ali perpetram.

O espaço rural envolve entendimento normativo-poliédrico, haja vista que o comando constitucional reserva para ele a sorte de políticas públicas agrícolas, fundiárias e de reforma agrária³. Este cabedal constitucional representa o cotejo de realidades distintas, pois o enfoque do direito para o campo se deu primacialmente naquilo que se entendeu por “direito agrário”. Este direito recebeu forte conotação social, pois representativo das mediações que se fizeram necessárias para a obtenção de terra por parte de pequenos

1 VERAS, Flávio. Agronegócio cresce 3,8% e representa 21% do PIB brasileiro em 2019, diz CNA. <https://capitalnews.com.br/rural/agronegocio-cresce-38-e-representa-21-do-pib-brasileiro-em-2019-diz-cna/339907>. 09/03/20. Acesso em 14/04/2020.

2 EDITORIAL BRASILAGRO. “A retomada da economia será pelo agronegócio”, diz economista-chefe da TCP. <https://www.brasilagro.com.br/conteudo/a-retomada-da-economia-sera-pelo-agronegociodiz-economista-chefe-da-tcp-.html>. 24/04/2020. Acesso em 03/05/2020.

3 MOLINARO, Carlos Alberto. Capítulo III – Da política agrícola e fundiária e da reforma agrária. in SARLET, Ingo, STRECK, Lênio, MENDES, Gilmar Ferreira (org.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. pp. 1970-1971.

produtores, povos e comunidades tradicionais e outros. Malgrado essa relevante seara do “rural”, entende-se que é forçoso adentrar a diferenciação de escopo entre o “agrário” e o “agronegócio” e, assim, promover as respectivas considerações e estudos dentro de cada setor do complexo mundo que é o rural.

E este ensejo é relevante a título de que o projeto de código comercial (PLS nº 487, de 2013) define o agronegócio, no seu artigo 681, como sendo a rede de negócios que integra atividades econômicas organizadas de bens agrícolas, bem como subprodutos e resíduos de valor econômico. Logo, o agronegócio envolve as perspectivas do empreendimento e a gestão de frutos dessa produção, inclusive com o reconhecimento dos contratos como incluídos nesse conceito. Considerando este aspecto, depreende-se que aquele projeto já leva em conta o papel primaz da “cadeia do agronegócio” (art. 31) para a consecução do referido exercício empresarial, o que resta correlacionado ao papel dos contratos como instrumentais para a existência deste respectivo mister.

Este estudo pretende revisitar as fundamentações da contratualidade no agronegócio, especialmente com a figura positivada no ordenamento jurídico do contrato agroindustrial de integração vertical (Lei 13.288/16). Para atingir este desiderato, entende-se relevante utilizar do método posto pela análise econômica do direito, uma vez que capaz de dar azo aos aspectos consequenciais e proporcionais que dada norma ou espectro de caracteres institucionais produz dentro da facticidade do social. Este pensamento, inclusive, propugna-se a superar procedimento asséptico e meramente deontológico-doutrinário⁴. Seguindo essa senda, perquiriu-se sobre a incompletude contratual, usando-se do arcabouço teórico em Oliver Hart e outros, a fim de que se pudesse delinear os pressupostos específicos da especificidade dos ativos que os contratos de integração vertical naturalmente possuem, cotejando com os elementos teóricos dispostos em modelos empíricos-teoréticos da Nova Economia Institucional.

Este questionamento anterior é o baldrame para a análise dos instrumentos contratuais e formulários de referência do CVM do setor do agronegócio, sendo que este levantamento representará a amostragem de como ocorrem as políticas de governança contratual no espaço rural. Reunindo estes elementos dos grandes representantes deste segmento econômico, depreender-se-á como a estrutura dos contratos agroindustriais de integração vertical podem gerar consequências próprias da incompletude contratual econômica e seus aspectos para as condutas das partes. Dentro do proposto na pesquisa, visa-se estabelecer soluções ao elemento incompleto do contrato a partir do enfoque teórico de Hart dos “princípios reitores”.

4 OGDUS, Anthony. *Costs and Cautionary Tales: Economic Insights for the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006. pp. 1-4.

2 | DIREITO E ECONOMIA: BREVE APRESENTAÇÃO DO MÉTODO E DE SEUS PRESSUPOSTOS

Este tópico é a constituição histórica do método direito e economia, a qual será utilizado no presente estudo.

Remonta a época do Iluminismo escocês do século XVIII as preocupações para com as relações do sistema jurídico e os seus efeitos na economia. Já era discutido por Adam Smith e David Hume, por exemplo, os problemas dos monopólios, os efeitos de incentivo que o ordenamento jurídico possibilitaria no uso de bonificações pecuniárias e a necessidade do Estado ter bens públicos⁵. Do estrito espaço da competição e do domínio público, passou-se a estudar efeitos das leis sob as penas (Beccaria) e o utilitarismo que as norteia para a felicidade (Bentham). Malgrado este período anterior, o movimento propriamente preocupado com as relações econômicas e efeitos do direito no espectro econômico teve início com o “Institucionalismo” dos anos 1830 a 1930 nos países de tradição anglófona. E a sobredita tradição é correlacionada à busca de como os direitos - e especialmente o de propriedade – eram determinados historicamente e funcionalmente⁶. Esta foi a primeira onda de pensadores que se debruçaram sobre este tema. Consoante divisão Mackaay existiriam cinco fases do que seria o movimento do *Law and Economics*: o do início, o da proposição do paradigma, a aceitação do paradigma, o paradigma questionado e o movimento em choque⁷. O do início (1930-1958) teve como expoente a ser rememorado Aaron Director, da Universidade de Chicago, ao qual deu ênfase ao método empírico em suas pesquisas. Em seguida, quando da proposição do paradigma (1958-1973) predominam as teorias de Ronald Coase (aqui é escrito o artigo sobre o custo social e importa destacar que “(...) Coase não apenas revolucionou a teoria jurídica e a teoria econômica como também construiu um aparato teórico capaz de lançar luz sobre problemas institucionais de forma científica (...)”⁸) e de Alchian sobre a racionalidade dos direitos de propriedade. A aceitação do paradigma (1973-1980), em sequência ao período de afirmação, é representada pelo pensamento de Richard Posner que escreve obras de direito e economia para juristas. Logo, sua linguagem consegue atender a um público bastante marginalizado nas épocas pretéritas. Sua tese diz que as regras da tradição do *Common Law* se relacionam para a lógica da eficiência. A época do questionamento do paradigma (1976-1983) buscou os entendimentos adversos dos institucionalistas sobre o direito e a economia. Uma das recorrentes era a de que a tese da eficiência não era falseável (em respeito aos paradigmas epistemológicos). Outra foi a partir dos economistas

5 MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics (0200) in DE GEEST, Gerrit, BOUCKAERT, Boudewijn. The History and Methodology of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2000. p. 68.

6 Idem, p. 69.

7 Idem, p. 71.

8 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. in KLEIN, Vinicius, BECUE, Sabrina Maria Fadel. Análise econômica do direito: principais autores e estudos de casos. Curitiba: Editora CRV, 2019. p. 366.

da escola austríaca em que se questionou sobre a subjetividade dos valores, sendo certo que no direito das responsabilidades (*tort law*) não se poderia cogitar da maximização do bem-estar. De todo modo, o período foi de revisitação dos pressupostos deste pensamento. Por fim, o movimento em choque (1983-) revela que se inicia movimento para criticar o pensamento da metodologia predominante do *Law and Economics* posta pela Escola de Chicago.

Em face dessa breve apresentação diacrônica sobre o movimento teórico de base do presente estudo, importa destacar as referências postas pelos mesmos no que tange ao instituto dos contratos e seus desdobramentos. Neste sentido, valemo-nos do corolário econômico de que o contrato é “um acordo sobre o qual as partes assumem compromissos recíprocos em termos de seus comportamentos – i.e. acordo bilateral de coordenação”⁹ e que, portanto, é apontamento *strictu sensu* do que decorre de avenças qualificadas entre as partes. A última tríade são os campos mormente pesquisados pelas teorias econômicas hodiernamente. Sendo de destacar que os efeitos positivos de estruturação dessa teoria acabam por implementar desde o escopo para analisar as funções de coordenação na economia até os mecanismos de decisão e funcionamento de uma estrutura de mando. Logo, superação do paradigma até então vigente da análise econômica Walrasiana, porquanto esta última apenas se centrou na análise do mercado a partir do sistema de preços e em condições ideais de descentralização e equilíbrio bilateral de trocas¹⁰.

Considerando estes pressupostos preludiais, configurou-se relevante considerar que a teoria econômica dos contratos é marcada pela heterogeneidade de suas correntes pelo aspecto dos questionamentos que cada qual perfazem. As três correntes são a de incentivos, custos de transação e dos contratos incompletos. Em apertada síntese dessas teorias, pode-se considerar o seguinte: a dos incentivos considera a informação completa e assimétrica, sendo as instituições externas perfeitas (respeitabilidade aos compromissos enveredados pelas partes); a dos contratos incompletos considera que a informação entre as partes contratantes é completa e simétrica, as instituições externas imperfeitas (não verificam algumas variáveis) e se questionam essencialmente sobre a alocação dos direitos e o excedente residual para motivar investimentos não-contratáveis; a dos custos de transação, por fim, entende a informação incompleta e assimétrica, logo as instituições são imperfeitas e seus pressupostos de pesquisa envolvem como ocorre os processos de decisão *ex post* e os mecanismos de cumprimento dos acordos¹¹.

Depreende-se que a desconfiança das estruturas estáticas no propalar dos mecanismos de controle acaba por mostrar a linha paulatina de questionamentos das teorias apresentadas. Este questionamento é imperioso, pois as teorias econômicas

9 BROSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean-Michel. The economics of contracts and the renewal of economics. in BROSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean-Michel. The Economics of Contracts Theories and applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 3.

10 Idem, pp. 3-5.

11 Idem, p. 14.

são perquiridas em face de invólucros empíricos e modelares. Com esse entendimento, reconhece-se que a ponderação dos interesses envolvidos no contrato, abrangido aqui os interesses externos *lato sensu* e a ambiência negocial, não podem ser olvidados. Sobre equacionar essas fronteiras dos contratos, insere-se o pensamento de que as tratativas sempre envolvem algum grau de fatores psicológicos que promovem a higidez das avenças (v.g. honestidade, confiabilidade), embora estes fatores não sejam determinantes na execução do contrato (verificação na própria realidade). Assim se reporta Hart que, uma teoria da firma sob normas “*involves explaining why a particular set of norms or reputation is associated with a firm or organization rather than with an individual or set of individuals who work there*”¹². Desta qualificação, todavia, não se ressalta diferenciação para a teoria do contrato que, neste singular caso, poderá considerar o valor “reputação” como específico ativo imaterial. A discussão, portanto, exercerá papel relevante em arenas prioritariamente pré-contratuais. Portanto, reverbera-se a necessária revisitação, dentro da teoria dos custos de transação, da essência das decisões de mando e da forma de repelir comportamentos que buscam não executar o contrato – especialmente os duradouros.

Em escrito clássico sobre a Nova Economia Institucional¹³, Oliver Williamson destaca que a economia dos custos de transação é complementar a abordagem clássica, embora preze por analisar a empresa como forma de governança, as imbricações com os outros modos de organização social e, matematicamente, reporta-se à análise estrutural discreta. Considerando esse recorte, observou o economista americano que o contrato deve ser entendido como um afinamento dos interesses das partes dentro de um campo amostral da governança privada que é decorrente de esforços recíprocos¹⁴. Logicamente a estruturação ex ante para contratar é decorrente dos incentivos alinhados e da prática de direitos de alienação, dissipação e compartilhamento ao cargo que a implementação dos efeitos concretos e reais da prática de uma operação econômica só é vista em sua governança respectiva. Este último aspecto é ressaltado pela Nova Economia Institucional e se ajusta perfeitamente em acordos de longa duração, pois o ensejo primordial do contrato é facilitar e dar eficiência à alocação dentro do problema de distintas escolhas¹⁵.

Ressalta-se que é na busca das operações de obrigação concretas e em mecanismos de remediação de menor onerosidade litigiosa é que se deve partir a estruturação do contrato. Nos contratos de longo prazo, ao qual este trabalho se reportará com maior vagar, este entendimento é imprescindível. No presente escopo teórico, importa entender que a transação envolve a especificidade do ativo, frequência e incerteza, gerando, pois, necessidade de plasticidade de obrigações. Reconhecendo essas características, os tratamentos dados

12 HART, Oliver. Norms and the theory of the firm. in BROSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean-Michel. The Economics of Contracts Theories and applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. pp. 190-191.

13 WILLIAMSON, Oliver. Transaction Cost Economics. in MÉNARD, Claude, SHIRLEY, Mary. Handbook of new institutional economics. Dordrecht: Springer, 2008. pp. 41-42.

14 Idem, p. 42.

15 DER BEEK, Nick van. Long-term contracts and relational contracts. in DE GEEST, Gerrit. Contract Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar Publisher Limited, 2011. pp. 281-283.

aos contratos de longa duração envolvem a subsunção de que as transações, por não constituírem fenomenologia instantânea, acabam por envolver a dinâmica do tempo de forma a reconhecer a incerteza como constante; ao que se adiciona a esse aspecto a necessidade de fatores técnicos esmiuçados e, por este fato, a contratação duradoura é empreendimento que une a incerteza com a especificidade dos ativos considerados¹⁶. De qualquer forma, a pretensa noção de longa duração de um contrato naturalmente põe em relevo os fatores de incompletude, complexidade e especificidade dos investimentos. O questionamento, portanto, deve ser qual a forma de colmatar as transações dentro destes campos e como as estruturas de governança realizam o dialogismo entre espectros tão díspares. Destarte, a resposta deve ir além do paradigma da função social do contrato ou de perspectivas que acabam por resguardar ao judiciário um protetor máxime da aplicação ínculta dos termos do contrato¹⁷, pois analisada a realidade dessas transações verificaremos que as partes não se furtarão de realizar comportamentos com vistas de oportunismos, esquivas de cumprimentos das responsabilidades e o *shading*¹⁸.

3 I CONTRATOS INCOMPLETOS E SEUS DESDOBRAMENTOS NA SEARA JURÍDICA

A incompletude contratual é uma marca dos acordos complexos e de longa duração como dantes explicitado. Em definição didática, Rachel Sztajn considera que “(...) são ditos completos quando todas as variáveis que possam produzir efeitos sobre as condições originais de contratação tiverem sido previstas, bem assim as contingências geradas. (...) Será incompleto o contrato que não preencha o exposto”¹⁹. A contingência é fática pelos fatores de especificidade que os ativos são levados a apreciação das partes dentro de um espaço de tempo que deve ocorrer a execução contratual. Partindo dessa premissa, resta clarividente que a natureza dos negócios duradouros é primordialmente “incompleta”. Assim se reporta Oliver Hart que considera as contingências como limitantes próprios do pensamento das partes, do próprio ato negocial e, por fim, da escrita que sempre encontra barreiras hermenêuticas por si só visíveis²⁰. Denota-se que as estritas barreiras da formulação do negócio contratual devem superar os interesses das partes e abarcar inclusive terceiros – incluindo, neste caso, árbitros, juízes e outros interessados. Decorrente desse estratagema é a construção da renegociação dos termos contratuais

16 Idem, p. 283.

17 As escolhas processuais visam, pois, a minimizar a soma dos custos administrativos e de erros. in COOTER, Robert, ULEN, Thomas. Law and economics. Edinburgh: Pearson Education Limited, 2014. pp. 376-377.

18 I GOLOBARDES, Mireia Artigot, POMAR, Fernando Gómez. Long-term contracts in the law and economics literature. in DE GEEST, Gerrit. Contract Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar Publisher Limited, 2011. pp. 314-315.

19 SZTAJN, Rachel. Direito e economia dos contratos – os conceitos fundamentais. in VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito Comercial: Teoria Geral do Contrato V. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 76-77.

20 HART, Oliver. Firms, Contracts, and Financial Structure. Oxford: Oxford University Press, 1995. pp. 22-23.

sempre que possível, mas como é de praxe, isso impõe inúmeros custos de transação. Exemplos desses sistemas são postos por Hart²¹ na quadra de que, com a existência de informação assimétrica das partes, sempre ocorrerão acordos ineficientes. Em relações de busca perniciosa de comutatividade máxima, com ganhos de capital elevados, dentro de ambiências cinzentas, ambíguas ou com vícios de praticabilidade acabam por gerar gambitos entre as partes provocando reduzida probabilidade positiva das transações.

Dentro desse espectro, é possível ajustar as vontades com outros parceiros e, depois, realizar a respectiva permuta que melhor ajustar aos interesses de cada qual. Porém, os cenários não são ideais a ponto de facilitar a quebra de contrato antecipada ou a prática de outros cenários de finalização dos pactos postos nos ordenamentos jurídicos (rescisão, resolução, distrato...). Entrementes, a existência de *boilerplate clauses* – formuladas com base em parâmetros legais, v.g. - e de configuração ajustada previamente pode impedir substituições discricionárias das partes. Nesse espeque, Hart relembra do caso de investimentos anteriores que criam valor se o relacionamento das partes se estender no tempo. O medo de perder os custos de investimentos por parte da dissipação clara dos compromissos postos *ex ante* é algo que comumente ocorre em mercados específicos e, deste modo, reverbera no que os economistas chamam de problema “*hold-up*”. Uma das consequências deste é que as partes acabam por generalizar os conteúdos obrigacionais a fim de evitar perdas volumosas, relevando que a natureza da falta de compromisso é posta pelo comportamento temeroso da não receptibilidade total das obrigações impostas.

Em espectro propriamente jurídico, revela ser questionamento ancorado a parâmetros de produção dos textos dos instrumentos do contrato. Hart desentranha esse contexto a partir dos contratos com a administração pública²² que, por serem duradouros, possuem a sorte da complexidade e incompletude a eles inerentes. Em artigo defendendo a existência de modelo empírico próprio dos contratos incompletos²³, Hart descreve que a incompletude que se quer referendar é aquela em que o custo da verificação de condições futuras em face *ex ante* é tão elevado ou que as contingências da natureza são tão complexas que o invólucro natural a ser perseguido pelo projeto contratual é incompleto. Essa incompletude, pois, foge da conceituação estrita da natureza semântica ou morfológica do instrumento de contrato que, v. g., é de formulação comum nas práticas comerciais e nos costumes internacionais²⁴. Logo, a aplicação dos princípios da UNIDROIT, normativas europeias e outros documentos internacionais revelam essa necessária conjugação de fontes.

Por fim, cabe salientar as soluções postas para a questão da incompletude

21 Idem, pp. 24-26.

22 HART, Oliver. Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships.” *Economic Journal* 113 (486): C69-C76, 2003. Neste artigo, Hart desenha um modelo para as parcerias público-privadas.

23 HART, Oliver, MOORE, J. Foundations of Incomplete Contracts.” *Review of Economic Studies* 66 (1): 115-138, 1999. pp. 137-138.

24 MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp.143-144.

contratual. Exemplo de propostas para o enfrentamento deste tipo de situação envolvem: o trato dinâmico das condições e ações durante a realização do processo obrigacional, i. e., envolver o programa econômico-negocial dentro de ferramentas de remediação extrajudicial (v.g. mediação, conciliação), considerar as expectativas dentro de uma solução pelo poder judiciário e, por fim, tratativas recíprocas que buscam mitigar os efeitos malsinados da contratação. Estudo neste sentido foi realizado empiricamente por Sugata Bag²⁵ em que ficou constatado que as formas de remediação tendem a ser mais elevadas quantitativamente tanto quanto forem às especificidades do contrato a ser levado a cabo, visto se ensinar a eficiência em conduzir a transação. Malgrado esses objetivos postos de plano, importa considerar que a incompletude do aparato contratual acaba por minar as consequências *ex post* e os arcabouços de segurança da plena realização do objeto pactuado. Explicando: apesar de buscar eficiência dentro de um escopo de equivalência comutativa – inclusive com imposição de penalidades elevadas - e do entendimento ótimo que se depreende a partir do instrumento contratual (seja por mediador ou o tribunal), resta violado o incentivo para investir em ativos específicos.

Oliver Hart se debruçou sobre dois aspectos de relevo a fim de buscar responder à situação provocada por contratos incompletos, sendo eles o da renegociação e o dos princípios reitores/diretores. A renegociação²⁶, para Hart, envolve intrincada limitação que deve superar a mera rescisão e reescrita de outro contrato, isto é, a comunicação das partes dependerá de como ocorrerá os respectivos rearranjos. Disto, resulta que a divisão dos ganhos entre as partes é sensível ao mecanismo de renegociação que, em última instância, depende das formas de comunicação que as partes se utilizam. Estes aspectos comunicacionais acabam por nortear a tortuosa tarefa da substituição de v.g., índices monetários, formas de adimplemento - dentro de uma lógica de assimetria informacional. Portanto, Hart revela que estes problemas podem ser superados se ocorrer o valor dos princípios reitores²⁷(equidade, justiça...) a título de ativar um adequado estado comunicacional entre as partes diante de contingência que inquiere todo o programa clausulado. Desta forma, Hart considera relevante repensar os contratos incompletos sobre este paradigma eminentemente elástico entre promessas, divisão de riscos e assunção de metas.

25 O estudo de Sugata Bag partiu do campo amostral usado na teoria do sub-jogo perfeito de equilíbrio de Nash que é a repetição do equilíbrio do jogo maior em jogos menores deste jogo. Apesar de ter aplicação restrita acaba por representar uma realidade nos efeitos que a incompletude gera na gestão dos remédios contratuais. in BAG, Sugata. *Economic Analysis of Contract Law: Incomplete Contracts and Asymmetric Information*. New York: Palgrave Macmillan, 2018. pp. 151-152.

26 HART, Oliver, MOORE, J. *Incomplete Contracts and Renegotiation*. *Econometrica* 56 (4), 1988.

27 HÁRT, Oliver, FRYDLINGER, David. *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*. NBER Working Paper No. 26245. JEL No. D23, D86, K12, 2019.

41 A INTEGRAÇÃO NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ALGUMAS CONSTATAÇÕES

O fenômeno da integração visa a solucionar as problemáticas decorrentes da incompletude contratual que são verificadas corriqueiramente nas práticas mercantis. Estas, inclusive, são consideradas dentro do escopo específico da “complexidade” contratual, ao qual, de certa forma, infirma o caráter de que os pactos que visam adimplementos duradouros e protraídos no tempo sempre possuirão a incompletude como natural. Assim se refere Paula Forgioni acerca desse fenômeno, para quem “(...) empresas assumem a incompletude natural dos contratos de associação como risco. Os agentes econômicos desenham seus contratos cientes de que, (...), eles não serão perfeitamente adequados a todas as circunstâncias futuras (...)”²⁸. Considerando essa premissa, é que a “verticalização” aparenta como alternativa plausível de solução dentro do contexto dantes apontado.

A verticalização, na teoria econômica, é apresentada como um tipo estrutura que é criada pelas forças de mercado e possui como aspecto característico a concentração de informação²⁹. Calixto Salomão Filho se utiliza do aspecto ora estudado prioritariamente no que tange ao direito concorrencial e de regulação, porém interessa a este estudo por trazer especificado a celeuma envolta na “informação” como produto dentro de qualquer mecanismo que envolve as potencialidades do mercado. As restrições de informação envolvendo os processos de verticalização são qualificadas, sendo certo que importa a entrada de mecanismos regulatórios quando da efetiva inquinação negativa que essa informação – por ser ela passível de se repetir em transações futuras - possa causar ao funcionamento do ambiente negocial. E este mecanismo da verticalização incidente ocorre quando “*The lack of solid information from the legal point of view is what pushes that specific market to an adverse selection, (...)*”³⁰, ocorrendo piora na concorrência e nas escolhas dos consumidores em geral.

Dessa forma, resta evidente que a assimetria informacional é conceito que anda em conjunto com a integração vertical. Recorrente, pois, que se possa considerar precitada fenomenologia como “propriedade de ativos”. Assim o faz Oliver Hart que considera insuficiente a abordagem de Williamson sobre a integração, que se pauta tão apenas quando os custos de transação entre empresas independentes são elevados. Nesse sentido, infere-se que a abordagem de Hart pende para a proposta dos “direitos de propriedade” e que, nesse intento, define a integração vertical como a aquisição do direito residual de controle sobre o comprador e/ou fornecedor dentro do espaço amostral da eleição livre e natural das

28 FORGIONI, Paula. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. pp. 207-208.

29 SALOMÃO FILHO, Calixto. A Legal Theory of Economic Power. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011. p. 72.

30 Idem, p. 73.

cláusulas contratuais³¹. Como consectário desse paradigma, deve-se lembrar que este sistema simétrico de informações faz com que ocorra, com o processo de integração, a usurpação de parte da informação (o direito residual de controle) para uma das partes. Estes processos acabam por eivar a situação de distorções e, considerando que o parâmetro do cotidiano negocial é os contratos complexos-incompletos, acaba-se por ter um descalibre de efeitos dos investimentos durante a consecução do ensejo contratual.

A integração vertical, portanto, é corolário de uma expectativa comparativa entre os efeitos que os direitos residuais de controle perpassam na cadeia de mando entre partes (empresas) consideradas entre si. Existem modelos econômicos que explicitam as formas de integração vertical e seus efeitos insertos na lógica corporativa. Tal abordagem foi construída no estudo de J. Philipp Siemer³² sobre decisões estratégicas ótimas em tensão entre especificidade e *know-how*, cotejando a integração tradicional com a noção de colaboração. De fato, a pesquisa esteve mormente calcada na problemática concorrencial, todavia considerando a construção de modelos econômicos em viés qualitativo, revela-se de sobremodo relevante a revisitação desse estudo. Em apertada síntese, os modelos delineados na pesquisa são verificações empíricas-econômicas dos variados efeitos exercidos nas estruturas de governança a fim de gerir um dado espectro de especificidade dos ativos considerados. As abordagens postas para analisar a integração vertical não fogem das construções supracitadas de visualização dos efeitos econômicos nas operações de instituições: teoria dos custos de transação, teoria da governança, teoria da competência, teoria dos direitos de propriedade. Consoante as conclusões verificadas no estudo mencionado, pode-se refletir que qualquer abordagem que envolva a dinâmica tensa entre a integração e a colaboração deve partir do conhecimento que cada ativo específico exige para a consecução de seu fim. Em outras palavras, as escolhas ótimas em forma de colaboração interempresarial são perfectibilizadas em transações extremamente específicas que, por outro lado, comungam as características da autonomia e diferenciação.

Comparando estes modelos, observou-se que a abordagem de governança privilegiou os custos de transação *ex post* e considerou relevante os determinantes da especificidade, incerteza e frequência como necessários para a correta escolha da estrutura de governança que melhor gere otimização dos lucros; a teoria dos direitos de propriedade privilegiou o problema da espera/comprometimento (“*hold-up problem*”) e da conclusão dos contratos que, por serem incompletos quando da estrutura de ativos específicos, acaba por gerar sub-investimentos específicos ótimos, portanto, privilegiando o problema *ex ante*³³. Dentro dessa revisão bibliográfica perpetrada pelo autor, concluiu-se que as integrações verticais como próprias de investimentos cooperativos, acabam por mitigar o problema do

31 GIANFREDA, Giuseppina. “Vertical Integration”. in MARCIANO, Alain; RAMELLO, Giovanni Battista. Encyclopedia of Law and Economics. New York: Springer Publisher, 2019. p. 2130.

32 SIEMER, J. Philipp. Vertikale Integration oder Kooperation? Optimale strategische Entscheidungen im Spannungsfeld von Spezifität und Know-how. Wiesbaden: Deutscher Universitätsverlag, 2004.

33 Idem, pp. 201-204.

sub-investimento posto pela abordagem dos direitos de propriedade. Logo, funciona como resposta a uma temática própria dos contratos incompletos quando verificado o problema dos investimentos em ativos específicos.

51 CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO VERTICAL AGROINDUSTRIAL: A CONCEPÇÃO HODIERNA DA TEMÁTICA NO BRASIL

Revela-se que os fenômenos ocorridos em consequência de práticas negociais de determinados usos de mercado acabam por propugnar reconfigurações em sede de direito positivo. Explicita-se esse argumento reconhecendo a fenomenologia da “tipificação social de contratos”³⁴, ao qual o de integração vertical agroindustrial é exemplo clarividente. A Lei 13.288/16 que “Dispõe sobre os contratos de integração, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores, e dá outras providências”³⁵ é representativa desse conjunto de práticas que ilustram as providências que dado setor da economia – no caso o agronegócio – acabam por ensejar junto ao poder legislativo. Destarte, a resposta do legislador não foi indene de paralaxes em face da realidade fática dos agentes econômicos, pois, como ressalta Francisco de Godoy, “ (...) a Lei aprovada seguiu o texto do Senado, que não se ateu à denominação jurídica dos contratos agrários agroindustriais, denominando-os simplesmente como ‘contratos de integração’. Essa imprecisão (...), tem causado certa dúvida quanto à aplicação da Lei”³⁶. E, contida nessa constatação, entendeu-se que o sentido de “integração” que é mormente usado no mercado de avicultura e suinocultura acaba por envolver outros setores do agronegócio que não possuem tecnicamente essa conotação de verticalização da produção, tais como os agrissilvipastoris³⁷.

Disto, revela-se fundamental o conhecimento do sistema agroindustrial subjacente a cada produto envolvido no setor agrário, a título de especificar o conteúdo dos contratos agroindustriais de integração vertical. No setor de avicultura e suinocultura é de ressaltar que o trajeto histórico da independência do produtor para uma intensiva colaboração entre este pequeno produtor e empresas do ramo alimentício foi uma evidência para o desenrolar em proporções consideráveis fenômeno da verticalização. Explica-se dita premissa a partir da constatação de que, na diacronia agropastoril do Brasil, o setor de suinocultura é dividido em quatro períodos sob o critério da forma de produção³⁸. Em apertada síntese assim são

34 Esmiuçado em FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113, do Código Civil: Art. 7º in MARQUES NETO, Floriano Peixoto, RODRIGUES JR., Otavio Luiz Rodrigues, LEONARDO, Rodrigo Xavier. Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pp. 377-379.

35 BRASIL. LEI Nº 13.288, DE 16 DE MAIO DE 2016. Dispõe sobre os contratos de integração, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13288.htm>. Acesso em: 18 mai. 2020.

36 BUENO, Francisco de Godoy. Contratos agrários agroindustriais: análise à luz da teoria dos contratos atípicos. São Paulo: Editora Almedina, 2017. pp. 72-73.

37 Idem, ibidem.

38 Assim estabelecido em ALVES, Rosângela Costa. A comunicação entre integradora e integrados: o caso da agroindústria suinícola no meio oeste catarinense, 1998. Dissertação (Mestrado Extensão Rural) – Departamento de

eles referidos: antes de 1935 a produção era para a própria subsistência; entre 1935 e 1945 ela se torna fundamental para os Estados do Sul da Federação; entre 1945-1965 ocorre o início da integração, ainda condicionada ao módulo familiar e, por fim, após 1965 onde ocorre incentivo estatal e demandas do mercado exportador por produtos de menor quantidade de gorduras. A última etapa envolve aumento da diversificação tecnológica e desenvolvimento fulcral da bioengenharia que, além de trazer debates bioéticos relevantes, põe em vista o problema dos maus-tratos em animais³⁹.

Em face desse contexto de política agrária, reconhece-se que o setor de avicultura e suinocultura, pois, são os mais diretamente correlacionados ao sentido de integração vertical, haja vista neles existirem capacidade de produção controlada pelo integrador e maior vulnerabilidade econômica do integrado. Estes aspectos acabam por produzir o necessário ajuste entre os elementos contratuais, as partes e os objetivos a serem alcançados pelas avenças que se juntam neste contrato de natureza complexa.

As obrigações próprias deste contrato são traçadas pela doutrina prioritariamente nos seguintes pontos⁴⁰: cláusulas de exclusividade de entrega dos animais como da entrega deles após a terminação dos processos de abate; cláusulas de respeito aos mandamentos técnicos postos pela empresa integradora, incluindo-se neste aspecto no que tange aos cuidados veterinários em geral, mormente os reprodutivos; dever de zelar pelo correto uso da propriedade rural e dos insumos envolvidos para o trato dos animais, sendo aqui posto uma responsabilidade em os usar nos estritos termos conclusos na avença; controle das formas de adimplemento da consecução do contrato em geral.

Considerando esses aspectos, revela-se carente de relevância o cotejo da presente figura de integração vertical com outras figuras contratuais, procedimento que, malgrado, é realizado com aferrada maestria pela doutrina nacional⁴¹. Nesse sentido, cabe talhar a tipologia jurídica que envolve os contratos de integração vertical agroindustrial no Brasil, segundo a teoria geral dos contratos. Nunziata Stefania, utilizando-se da classificação de Orlando Gomes, considera que o contrato em tela é: bilateral, oneroso, comutativo, consensual, não solene, principal, duradouro, típico, impessoal, individual ou coletivo, privado⁴². Nesse sentido importa destacar, todavia, a ocorrência do fenômeno hodierno da coligação contratual na seara agroindustrial, visto que sob o manto de uma dada operação econômica específica junge uma gama de contratos e relações interempresariais

Economia Rural. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa. apud PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. Contratos agroindustriais de integração econômica vertical. Curitiba: Editora Juruá, 2010. pp. 8-11.

39 Este tema é premente na formulação das cláusulas dos contratos de integração vertical, pois evidenciam a preocupação atual com os direitos dos animais, mesmo em processos de abate. São as normas internacionais de bem-estar animal da *World Organization for Animal Health*.

40 RIZZARDO, Arnaldo. Curso de direito agrário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 491-494.

41 Vide em PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. Contratos agroindustriais de integração econômica vertical. Curitiba: Editora Juruá, 2010. pp. 211-214. RIZZARDO, Arnaldo. Curso de direito agrário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 476-485.

42 Ob. cit. pp. 211-214. Constava a classificação de atípico, todavia é clarividente que, no hodierno, é desaplicada tal tipologia.

específicas e distintas.

Verifica-se a coligação contratual quando “Em sentido amplo, o fenômeno da coligação contratual envolve dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados, porém orientados para uma mesma operação econômica (...), supracontratual, (...)”⁴³. Bosquejou-se, portanto, a reavaliação da estrutura dos empreendimentos em face de transferência de riscos em encadeamento, evidenciado o imperioso espeque dado pela função econômica que une as relações negociais. Ademais, no escólio posto por Rodrigo Xavier Leonardo, cabe-se avaliar a classificação dos contratos coligados em distintas formas a partir da fonte de coligação, sendo eles: contratos coligados em sentido estrito, por cláusula expressa, conexos (subdivido em redes contratuais e em sentido estrito)⁴⁴. Seguindo essa quadra, os contratos de agronegócio são contratos coligados de natureza mormente conexa em sentido estrito, movida pela operação econômica supracontratual de produzir e exportar carnes ou aspecto conexo.

Destes, convém ressaltar que a característica de “impessoalidade” empresta o norte consentâneo da realização da avença, pois é neste aspecto que ocorre “(...) nos contratos de integração vertical não importam as pessoas do produtor ou do industrial, mas as estruturas organizadas de produção; é a empresa que interessa⁴⁵”. Logo, revela-se coerente estabelecer a conceituação da empresa agrária como sujeito de imputações dentro da consecução do contrato de integração agroindustrial. Em acepção clássica, pode-se caracterizar a empresa agrária como “*La empresa agraria debe reunir los requisitos que componen la noción genérica de empresa por una parte, y la noción de lo que em determinado ordenamento se entiende por agricultura (...)*”⁴⁶. Por este conceito possuir característica remissiva, praticamente se torna de tortuosa conotação prática. Destarte, é assim que parte da doutrina nacional pretende conceituar a atividade a partir do aspecto objetivo que é encarnado no estabelecimento. Assim se pronuncia o escólio de Fernando Campos Scaff: “(...) conjunto de bens organizados pelo empresário, dispostos para a finalidade precípua de realização estável e profissional das atividades agrárias principais ou conexas, necessárias à obtenção de produtos animais e vegetais destinados ao consumo (...)”⁴⁷. Portanto, aquilo que no magistério do professor argentino Brebbia deve se correlacionar com a profissionalização, organicidade e economicidade agrária de um empreendimento.

43 LEONARDO, Rodrigo Xavier. Capítulo X - Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. in CARVALHOSA, Modesto (Coord.) Tratado de Direito Empresarial. Contratos Mercantis. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 463.

44 Idem, p. 468.

45 Idem, p. 213.

46 BREBBIA, Fernando P. MALANOS, Nancy L. Derecho agrario. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. p. 172.

47 SCAFF, Fernando Campos. Teoria geral do estabelecimento agrário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 41.

Nos estudos de economia agrária, define-se o “empreendimento agrícola” – aqui se reportando ao fenômeno do *agribusiness* – como sendo: “(...) *in which the activities of farming are integrated into a much larger industrial complex, including the manufacture and marketing of technological inputs and of processed food products, under highly concentrated forms of corporate ownership and management*”⁴⁸. Recortando-se a definição por seu aspecto final, entende-se que o traço objetivo do empreendimento agrícola é dado por formas de concentração elevadas e que se utiliza de toda a cadeia produtiva a fim de gerar o lucro. Neste sentido, deve-se considerar que a perspectiva do contrato agroindustrial é de colaborar entre ente integrado e integrador a fim de substanciar o processo produtivo e desindexar alternativas da clássica forma de proceder dos contratos de sociedade.

A análise posta pela Nova Economia Institucional perante esse cenário é bastante expressiva em reconhecer que os custos de transação, como formas de respeitar e manter os direitos de propriedade, desenrolam-se com profundidade no ambiente rural. Ilustra-se a afirmação anterior pelo fato de que, na agricultura, as relações sobre os ativos são complexas, incertas, sazonais e maximizadoras das expectativas postas entre as partes que acordam sobre uma dada operação econômica⁴⁹. Exemplo sobre esses fatores naturais em específico, é retratado por Flávia Trentini⁵⁰ em comentário ao REsp 803.481-GO (Relatoria Ministra Nancy Andrighi – STJ), em que se averigua a relevância da questão dos riscos ordinários de quaisquer transações e àquelas afetas ao agronegócio que acabam por envolver o necessário conhecimento destas contingências. Com efeito, a ambiência rural revela a incompletude natural posta nessas avenças que enseja atributos que demonstrem a superação de dificuldades pontuais e a abertura de novas soluções para as problemáticas postas em contingentes hiperbólicos.

Este contexto revela que a estrutura organizacional do setor do agronegócio é calcada por estruturas de colaboração, continuidade e complexidade que se entrelaçam dentro de intrincadas redes relacionais que visam atingir respectivas metas de produção, abate, distribuição e comercialização dos produtos. O presente modelo que estamos a usar é pautado em empreendimento que envolve sociedades anônimas e sociedades limitadas conjuntamente com a junção de setor especializado nas relações laborais. Este fato é apresentado a partir da noção de que o agronegócio é posto na dinâmica das corporações de grande porte, logo com alta especialização de esforços e diminuição dos custos de capital⁵¹. Consectário dessa conclusão é que os custos de capital se reduzem ainda mais se

48 GUTHMAN, Julie. Room for manoeuvre? (In)organic agribusiness in California. in *Agribusiness and Society Corporate responses to environmentalism, market opportunities and public regulation*. JANSEN, Kess; SIETZE Vellema. London: Zeed Books, 2004. p. 121.

49 ALLEN, Douglas, LUECK, Dean. Agricultural Contracts. in MÉNARD, Claude, SHIRLEY, Mary. *Handbook of new institutional economics*. Dordrecht: Springer, 2008. pp. 476-478

50 TRENTINI, Flávia, KHAYAT, Gabriel Fernandes. A alteração das circunstâncias nos contratos de venda de produtos agrários. Coluna Direito do Agronegócio. São Paulo: Conjur. Link do sítio virtual: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/alteracao-circunstancias-contratos-venda-agrarios>. Acesso em 01/06/2020.

51 ALLEN, Douglas, LUECK, Dean. *The nature of farm: Contracts, Risk, and Organization in Agriculture*. Massachusetts: MIT Press, 2002. p. 175. Os fatores postos de recrutamento de trabalhadores, maximização dos ganhos e

a monitoração for reduzida de parceiros, trabalhadores e outros personagens envolvidos na trama de produção agrícola, além do fato de que se a especialização for escorreita poderá contornar a sazonalidade de forma a valorar o capital⁵². O contrato de integração vertical agroindustrial é justamente forma de reduzir estes fatores sem necessitar de movimentos societários de grande monta. Este último aspecto é ressaltado em Forgioni que “As empresas passam a se valer intensamente de ‘formas híbridas’; (...) os empresários, em sua prática diária, trazem à luz contratos que pressupõem esforços conjugados, mas em que as partes (...) mantêm *áleas distintas*”⁵³, logo o exercício da interação empresarial não perpassa como dantes exclusivamente com relações-intercâmbio ou relações-societárias.

6 I RESULTADOS DO PROCEDIMENTO METODOLÓGICO UTILIZADO

Foram analisados os instrumentos contratuais de JBS e BRF⁵⁴, assim como os formulários de referência de 2019 de JBS, Marfrig e Minerva Foods, sendo estes últimos representantes de mais de 60% da exportação de carnes do Brasil⁵⁵. Os formulários de referência foram necessários para o escorreito entendimento de como eram realizadas as atividades da cadeia produtiva de exportação de carnes.

O instrumento contratual da BRF estabeleceu as tradicionais obrigacionais impostas ao integrados, quais sejam, uso do solo, terminação, utilização de insumos enviados pela integradora, comunicação de sinistros e outros fatos que se correlacionem à responsabilidade da integradora pela granja - O prazo do contrato é indeterminado, sendo certo que a sua rescisão deve ser previamente notificada “(...) mediante aviso prévio, por escrito, com antecedência mínima de 1 (um) lote, sob pena de indenização no valor correspondente a quota-parte do(s) INTEGRADO(S)”. Além da exemplificação dos deveres e direitos das partes, consta a parte atinente aos direitos *intuitu personae* dos produtores integrados (sucessão, direitos de personalidade, segurança e saúde do trabalho...) e o tratamento das nulidades e formas de adimplemento. Ressalta-se a boa-fé como elemento para a solução de conflitos entre as partes. O instrumento da JBS preocupa-se, em síntese, com as tratativas obrigacionais pretéritas, lidando com a problemática intertemporal, e respectivas obrigações de integrado e integradora. Além de aspectos correlacionados ao ambiente dos direitos sociais e transindividuais, especialmente o que tange ao trabalhador e à saúde, observa-se os cuidados que se visam ao bem-estar animal. Ambos descritivamente não escapam à lógica da formulação de cláusulas contratuais em demais contratos típicos, inclusive se

relação com a produção na terra são ideais, gerando fórmula de série integral complexa homogênea.

52 Idem, ibidem.

53 Ob. cit. p. 197.

54 Os instrumentos contratuais foram retirados do anexo A e B de DARIO, Bruno Baltieri. Impactos jurídicos da tipificação do contrato agroindustrial de integração vertical no Brasil: o caso do setor avícola. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Orientador: Flavia Trentini, 2018. pp. 319-324.

55 BAUCH, Simone, AYRE, Ben. Quem exporta a carne bovina do Brasil?. <https://www.beefpoint.com.br/quem-exporta-a-carne-bovina-do-brasil/>. Publicado em 23/02/2018. Acesso em 09/09/2019.

relacionando ao formato de um contrato de compra e venda com responsabilidades de parceria rural e arrendamento. Destarte, a representação morfológica destes instrumentos é indicativa da relevância que a operação econômica que a envolve – a produção de carne – produz toda sorte de complexidade. É que a concepção jurídica de contrato, como dantes ressaltado, visa representar um dado estático sob o manto das normas de direito positivo de um respectivo ordenamento. A integração vertical perpetra o espaço do *continuum* que sobeja o compartilhamento dos riscos. Estes contratos são representativos de que o clausulado precisa se ater ao jugo das obrigações própria da teoria geral do processo obrigacional. Sob este primeiro prisma, ocorre que a discussão sobre estes dados enseja envolve o mister de verificar que a forma de gestão e de condutas das partes é mormente reconhecido sob o referencial jurídico. Ocorre que há certo misoneísmo profligado em tomar o tempo, a nulidade, o foro, a obrigação em substrato civil comum sem reconhecer o efeito que o tempo, v.g., propugna na celebração dos investimentos, nos custos de manutenção da granja ou mesmo o reconhecimento da falibilidade do acordo como recepcionado *ex ante* pelas partes. Portanto, é natural que estes instrumentos fossem representativos da hipótese aventada de incompletude semântica, embora a incompletude contratual se revele primordialmente no cotejo entre a situação do mercado do agronegócio *sub oculis* e os efeitos que estes são recepcionados entre as partes.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A digressão empreendida pela presente pesquisa é o de analisar, sob as lentes da análise econômica do direito, os mecanismos de funcionamento do setor do agronegócio brasileiro, com especial destaque para o subsector deste mercado que exerce papel fundamental na lucratividade deste segmento – o exportador de carnes em geral, v.g. bovinocultura, suinocultura. E este segmento restou escolhido por justamente estar verificado o uso intenso do contrato de integração vertical agroindustrial, inclusive sendo considerado pelos doutrinadores nacionais como exemplo por excelência dessa configuração contratual. Delineados neste estudo as características da integração vertical, inclusive cotejando com configurações de ordem símile, v. g., a coligação contratual, porquanto este último se verifique mormente como forma classificatória geral obrigacional e não método de efetivação econômica de uma dada operação contratual. De toda forma, reconhece-se que a incompletude nos contratos agrários deve ser contornada pelos princípios reitores, inclusive para evitar comportamentos oportunistas dos players assim como garantir direitos de terceiros e promover adequado aperfeiçoamento das questões sobre a “assimetria informacional”. Considerando que as companhias selecionadas são de capital aberto, revela-se forçoso impingir que as complexidades do mercado não podem afetar os resguardos aos sujeitos que são dependentes deste mercado. E disto ressoa que a colaboração não é regra atávica a ser incutida nos princípios reitores que foram analisados

por Hart, mas sim a capacidade de gestar o tempo com a concretude dos ativos específicos agrícolas. Desta forma, enseja-se que a maturação do uso dos contratos de integração vertical agroindustrial subsuma-se tanto ao integrado quanto ao integrador, reinterpretando a natureza das cláusulas para além dos conceitos primazes da *pacta sunt servanda* e da *rebus sic stantibus*. Superar, portanto, o instrumento contratual como mecanismo primacial e distribuir as obrigações principais e acessórias entre o integrado e o integrador, logo relevando a essencialidade de uma responsabilidade dispersa, v. g. utilizando o hedge, analisando fatores que alavancam o não cumprimento do contrato a partir de melhoria nas relações negociais como um todo. Por fim, importa enfatizar que é relevante analisar o contrato, com seus aspectos formais, conjugadamente com os princípios reitores, a título de que a comunicação intersubjetiva de interesses possa evitar riscos e desvios de finalidade. Repise-se que o papel desempenhado pela linguagem na teoria geral dos contratos agora é o de alinhar as contingências, inerentes aos pactos diferidos no tempo, a um estado de pretensão de respeitabilidade do clausulado. A comunicação, diante de tudo isto, torna-se fator de suma relevância para a superação das incompletudes e, no caso do agronegócio, o papel das Cadecs (comissões de acompanhamento, desenvolvimento e conciliação da integração), postos na Lei 13.288/2016, serão a concretude destes espaços de diálogo entre produtores, indústria e fornecedores.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Douglas, LUECK, Dean. Agricultural Contracts. in MÉNARD, Claude, SHIRLEY, Mary. Handbook of new institutional economics. Dordrecht: Springer, 2008.

_____. The nature of farm: Contracts, Risk, and Organization in Agriculture. Massachusetts: MIT Press, 2002.

BAG, Sugata. Economic Analysis of Contract Law: Incomplete Contracts and Asymmetric Information. New York: Palgrave Macmillan, 2018.

BAUCH, Simone, AYRE, Ben. Quem exporta a carne bovina do Brasil?. <https://www.beefpoint.com.br/quem-exporta-a-carne-bovina-do-brasil/>. Publicado em 23/02/2018. Acesso em 09/09/2019.

BREBBIA, Fernando P. MALANOS, Nancy L. Derecho agrario. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

BROSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean-Michel. The economics of contracts and the renewal of economics. in BROSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean-Michel. The Economics of Contracts Theories and applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BRASIL. LEI Nº 13.288, DE 16 DE MAIO DE 2016. Dispõe sobre os contratos de integração, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13288.htm>. Acesso em: 18 mai. 2020.

BUENO, Francisco de Godoy. *Contratos agrários agroindustriais: análise à luz da teoria dos contratos atípicos*. São Paulo: Editora Almedina, 2017.

COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Law and economics*. Edinburgh: Pearson Education Limited, 2014.

DER BEEK, Nick van. Long-term contracts and relational contracts. in DE GEEST, Gerrit. *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publisher Limited, 2011.

EDITORIAL BRASILAGRO. “A retomada da economia será pelo agronegócio”, diz economista-chefe da TCP. <https://www.brasilagro.com.br/conteudo/a-retomada-da-economia-sera-pelo-agronegociodiz-economista-chefe-da-tcp-.html>. Publicado em 24/04/2020. Acesso em 03/05/2020.

FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

_____. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113, do Código Civil: Art. 7º in MARQUES NETO, Floriano Peixoto, RODRIGUES JR., Otavio Luiz Rodrigues, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GIANFREDA, Giuseppina. “Vertical Integration”. in MARCIANO, Alain; RAMELLO, Giovanni Battista. *Encyclopedia of Law and Economics*. New York: Springer Publisher, 2019.

GUTHMAN, Julie. Room for manoeuvre? (In)organic agribusiness in California. in *Agribusiness and Society Corporate responses to environmentalism, market opportunities and public regulation*. JANSEN, Kess; SIETZE Vellema. London: Zeed Books, 2004.

HART, Oliver. Norms and the theory of the firm. in BROSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean-Michel. *The Economics of Contracts Theories and applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. FRYDLINGER, David. *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*. NBER Working Paper No. 26245. JEL No. D23, D86, K12, 2019.

_____. *Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships*.” *Economic Journal* 113 (486): C69-C76, 2003.

_____. MOORE, J. *Foundations of Incomplete Contracts*.” *Review of Economic Studies* 66 (1): 115-138, 1999.

_____. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. MOORE, J. *Incomplete Contracts and Renegotiation*. *Econometrica* 56 (4), 1988.

I GOLOBARDES, Mireia Artigot, POMAR, Fernando Gómez. Long-term contracts in the law and economics literature. in DE GEEST, Gerrit. *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publisher Limited, 2011.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Capítulo X - Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. in CARVALHOSA, Modesto (Coord.) Tratado de Direito Empresarial. Contratos Mercantis. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics (0200) in DE GEEST, Gerrit, BOUCKAERT, Boudewijn. The History and Methodology of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2000.

MCKENDRICK, Ewan. Contract law: Text, Cases, and Materials. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MOLINARO, Carlos Alberto. Capítulo III – Da política agrícola e fundiária e da reforma agrária. in SARLET, Ingo, STRECK, Lênio, MENDES, Gilmar Ferreira (org.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

OGUS, Anthony. Costs and Cautionary Tales: Economic Insights for the Law. Oxford: Hart Publishing, 2006.

PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. Contratos agroindustriais de integração econômica vertical. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. in KLEIN, Vinicius, BECUE, Sabrina Maria Fadel. Análise econômica do direito: principais autores e estudos de casos. Curitiba: Editora CRV, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. Curso de direito agrário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A Legal Theory of Economic Power. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011.

SCAFF, Fernando Campos. Teoria geral do estabelecimento agrário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SIEMER, J. Philipp. Vertikale Integration oder Kooperation? Optimale strategische Entscheidungen im Spannungsfeld von Spezifität und Know-how. Wiesbaden: Deutscher Universitätsverlag, 2004.

SZTAJN, Rachel. Direito e economia dos contratos – os conceitos fundamentais. in VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito Comercial: Teoria Geral do Contrato V. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TRENTINI, Flávia, KHAYAT, Gabriel Fernandes. A alteração das circunstâncias nos contratos de venda de produtos agrários. Coluna Direito do Agronegócio. São Paulo: Conjur. <https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/alteracao-circunstancias-contratos-venda-agrarios> . Publicado em 01/06/2018. Acesso em 01/06/2020.

VERAS, Flávio. Agronegócio cresce 3,8% e representa 21% do PIB brasileiro em 2019, diz CNA. <https://capitalnews.com.br/rural/agronegocio-cresce-38-e-representa-21-do-pib-brasileiro-em-2019-diz-cna/339907>. Publicado em 09/03/20. Acesso em 14/04/2020.

WILLIANSO, Oliver. Transaction Cost Economics. in MÉNARD, Claude, SHIRLEY, Mary. Handbook of new institutional economics. Dordrecht: Springer, 2008.

DO DIREITO DA EDUCAÇÃO AO DIREITO À EDUCAÇÃO

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 20/06/2020

Edilamar Rodrigues de Jesus e Faria

PUC-Goiás Programa de Pós-Graduação em
Educação - PPGE
Goiânia – Goiás
<http://lattes.cnpq.br/8405370295571408>

Luiza Rodrigues Costa

PUC-Goiás Escola de Direito e Relações
Internacionais
Goiânia – Goiás
<http://lattes.cnpq.br/8085544141448385>

RESUMO: O presente artigo objetiva compreender a trajetória do direito à Educação, como um Direito democrático, presente na Constituição Federal (1988), conhecida como “Constituição cidadã”. Este estudo bibliográfico recorta a temática no conhecimento histórico do direito à educação, fundamentando na formulação kantiana, na qual o conhecimento histórico é inerente ao saber científicos, impossibilitando o estudo do objeto sem antes conhecê-lo no seu âmbito histórico. A educação teria sido sempre objeto de regulação social. Primeiramente introduzido pela família, que na construção inicial das civilizações era o eixo norteador das sociedades. Convertendo em interesse religioso com a idade média. Com o advento do Estado-Nação da Era Moderna, a educação tornou-se um interesse público e um direito político do Estado. A crise da Educação, presente na atualidade, estaria relacionada as abordagens educacionais de caráter pedagógico, que ao invés de

educar os jovens para a ação política, os infantiliza até a idade adulta, não assumindo sua responsabilidade diante do mundo. Expõe-se a discussão crítica-crise-reforma, indissociáveis do mundo moderno, se fazendo necessário o conhecimento das origens históricas dos fenômenos da modernidade para se transformar o futuro.

PALAVRAS-CHAVE: História. Direito. Educação. Democracia.

FROM THE RIGHT OF EDUCATION TO THE RIGHT TO EDUCATION

ABSTRACT: This article aims to understand the trajectory of the right to Education, as a democratic Right, present in the Brazilian Constitution (1988), known as “Citizen Constitution”. This bibliographical study outlines the theme of historical knowledge of the right to education, based on the Kantian formulation, in which historical knowledge is inherent to scientific knowledge, making it impossible to study the object without first knowing it in its historical scope. Education would have always been the object of social regulation. Firstly introduced by the family, which in the initial construction of civilizations was the guiding axis of societies. Converting to religious interest with the middle ages. With the advent of the Modern Era Nation-State, education became a public interest and a political right of the State. The Education crisis, present today, would be related to educational approaches of a pedagogical character, which instead of educating young people for political action, infantilizes them until adulthood,

not assuming their responsibility before the world. This critical-crisis-reform discussion is inseparable from the modern world, making it necessary to know the historical origins of modernity phenomena in order to transform the future.

KEYWORDS: History. Rights. Education. Democracy.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva compreender a trajetória do direito à Educação, como um Direito democrático, presente na Constituição Federal (1988), conhecida como “Constituição cidadã”. Assim batizada por Ulysses Guimarães, no dia 27 de julho de 1988, quando entrou em vigor, em virtude do momento político em que o Brasil se encontrava, um contexto histórico de ausência do estado de direito democrático e com isso a ausência dos direitos cidadãos.

O direito à educação é compreendido como um direito pertencente ao conjunto de direitos fundamentais, que diferente dos direitos humanos que tem alcance universal, os fundamentais são direitos do ser humano presente na Constituição positivado no Estado Nacional. Esse é o marco do reconhecimento do direito à educação como direito público, obrigatório e subjetivo (art. 208, § 1º, BRASIL, 1988).

Na antiguidade, o Estado Grego demonstrava seu interesse na educação das pessoas, intervindo inicialmente durante o período helenista. Dando origem as escolas públicas municipais estabelecidas por benfeitores e financiadas por fundações (MARROU *apud* MONTEIRO, 2006).

A educação de jovens nas civilizações antigas se caracteriza por uma enorme massa de seres humanos que não teriam qualquer direito, nem mesmo moral, à educação. Como exemplo a capital grega, Atenas, onde as crianças não teriam direito nem mesmo a vida, nem ao afeto, ou a família, pois eram propriedade do Estado, tendo direito somente a sucessão de bens e a cidadania (MONTEIRO, 2006).

Um texto apócrifo do historiador grego Diodoro da Sicília (século I, a.C), reconhece às crianças, filhos dos cidadãos, o direito à educação, mas apenas aos que detinham o direito à cidade, o privilégio de nascimento, detinham direito à instrução. Enquanto no Direito Romano, a *Lei das Tábuas* (450 a. C), influencia na cultura jurídica ocidental, com suas expressões latinas *pater familias* (pai de família), *patrio potestas* (poder paternal), indicando o poder natural de família sob o império do pai, responsável pela educação.

Sendo que ao longo do processo histórico, com o advento do Estado-Nação da Era Moderna, a educação tornou-se um interesse público e um direito político do Estado. Hegel foi um dos primeiros, senão o primeiro, a reconhecer explicitamente o direito à educação, do indivíduo como tal. Podendo ser considerado o precursor da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, no entanto, não atribuía ao Estado a obrigação de fazê-lo, pois antes dos meados do século XX, era um anacronismo falar em direito à educação, o que havia era um direito de educação (PRZETACZNIK, 1985).

O direito de educação se caracteriza como o direito do indivíduo de receber educação pela família ou ser tutorado, sem a intervenção do Estado para garantir esse processo. O direito à educação seria o direito definido e mantido pelo Estado, esse interferiria certificando-se do cumprimento desse direito.

Com o intuito de compreender a temática, o presente artigo subdivide-se em três partes fundamentais. Inicia-se apresentando a proposta de estudo bibliográfico, recortando-se a temática no conhecimento histórico do direito à educação, fundamentando na formulação kantiana diante do conhecimento histórico como inerente ao saber científico.

Segue-se tendo como fundamentado a obra de Monteiro (2006), que problematiza uma perspectiva da história da educação ocidental caracterizada por abordagem jurídica da educação, verificando-a como uma lenta e inacabada transição entre dois paradigmas: político e pedagógico.

Em seguida contempla o pensamento de Hannah Arendt (1957, 1992), em *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida, com ênfase na sua elucidação sobre a “Crise na Educação”. Trazendo para compreensão histórica e a atualidade do direito à educação, dialogando com alguns autores que favorecem a elucidação da problemática, como Franco Cambi (1999), corroborando para a compreensão da história da educação, a Constituição Federal Brasileira (1988) como fundamento jurídico, Maria Silva Zanella Di Pietro (2014) abordagem da dignidade da pessoa humana e Franciszek Przetacznik (1985) sobre direitos humanos a nível internacional.

Caminhando, por fim, em direção as considerações finais, compreendendo a educação como objeto de regulação social, caracterizado pelo direito familiar onde os pais detêm o direito de educar seus filhos de acordo com sua cultura e costumes favorecendo a construção da sociedade.

2 | HISTÓRIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Platão em *A República*, discorre acerca da educação sob ângulo metodológico, modelo de educação da cidade-estado de Esparta, apresenta a Cidade ideal formada por três classes sociais:

- 1) os escravos;
- 2) artesãos, comerciantes e trabalhadores;
- 3) guardiões (auxiliares, guerreiros, chefes, filósofos).

Platão defendia que a educação elementar, era exclusividade apenas para a elite dos guardiões da Cidade ideal e o direito à educação superior, ainda mais restrito, era permitido só para os melhores guardiões, considerados guardiões superiores que, ao tornarem-se homens por excelência, estariam mais próximos da Divindade e poderiam então passar o resto de suas vidas ao estudo da filosofia e ditando regras à Cidade. Foi o primeiro a conceber um sistema completo de educação obrigatória (MONTEIRO, 2006).

Desde a *polis* grega até a *res publica* romana, o Estado, as instituições escola, família, a cultura e costumes se entrelaçam formando o tecido educacional.

A trajetória da educação, aqui sintetizada, desde a antiguidade marcada por uma Educação voltada para um caráter moral, considerando o conjunto de valores de um grupo social, o *ethos*, tomou forma no ideal de *paideia*, tendo em vista a formação humana que é antes de tudo formação cultural e universal. Seguindo o contexto histórico das civilizações e suas eras, chega a revolução cristã com uma radical revisão do processo e dos princípios educativos religiosos, o saber da fé, convertendo o mando de se compreender o homem e a sociedade, numa educação transformadora, a solidariedade. Mantendo-se, na Idade Média, essa mesma tradição educativa, que acabou por ser responsável pela criação das universidades, influenciando a Modernidade racional e a Contemporaneidade.

No centro desse itinerário está na Revolução Francesa (1789), percurso de libertação dos modelos tradicionais e como reconstrução de uma sociedade nova. A Modernidade tem como o eixo o indivíduo, que o alicia por parte da coletividade, em cujo centro estão a eficácia do trabalho e o controle social. Marx e Weber sublinharam esses aspectos e Kant, Hegel e Croce sublinharam a liberdade e de inovação, de independência de desenvolvimento criativo.

Para o historiador e filósofo político Benetto Croce (1866-1852), a compreensão da história contemporânea depende da releitura do presente sobre o fundo do passado a reconstruir à *part inteière* (parte inteira), em todas as suas possibilidades e ramificações. Assim, colher não só as causas diretas do presente, mas recuperar ao mesmo tempo a aurora e a experiência (CROCE apud CAMBI, 1992).

A Modernidade (1492-1789) é marcada pela queda de Constantinopla e a descoberta das Américas (século XV), revolução geográfica, econômica, política, social, ideológica, cultural e pedagógica. Livre uso da razão, a lógica científica, analítica e experimental, sendo a fé no *sapere aude*, saber embasado na razão e na crítica. Utilizando como práxis, respostas novas as passagens do mundo tradicional para o mundo moderno. Um salto em relação ao passado e nascimento de uma nova ordem (CAMBI, 1992).

O Estado Moderno utilizou o processo educativo como estratégia de controle social, em dupla ambiguidade, a liberdade do homem, da sociedade e a cultura de vínculos, ordens e limites, mas moldando o indivíduo segundo os modelos sociais de comportamento, tornando-o produtivo e integrado, o *dignitas hominis*, relacionado a dignidade e honra dos romanos e o fermento da história (CAMBI, 1992).

A Revolução Francesa, transformou *Ancien Régime*, o sistema político, econômico e social da monarquia. Para Norbert Elias, o mundo moderno se organiza em torno do processo de civilização, de racionalização, para Weber, e de institucionalização, para Foucault. A institucionalização, do minucioso controle social, articulado no tecido da sociedade, exercido por meio de instituições *ad hoc*. Classificação dos indivíduos e comportamentos, a criação de tipologias sociais diferenciadas (loucos, criminosos, doentes, pobres, órfãos

etc.) estudadas e dirigidas em vista, ou integração produtiva na sociedade ou separação desta para torná-las inofensivas.

A microfísica do poder age em muitos espaços do social de forma capilar, micrológica, que penetra nas consciências através dos corpos, num controle minucioso dos gestos. A prisão é uma intervenção institucional, nela se descanta a obra de educação e controle minucioso e invisível. O *Panopticon*, estrutura carcerária pentagonal na qual o prisioneiro podia ser visto e controlado em todas as suas ações pelos guardas, sem que estes pudessem ser vistos pelo prisioneiro), uma organização produtiva de gestos, horários, obrigações, que deve produzir no fim, um indivíduo normalizado. O Projeto de educação da sociedade, de reorganização e de controle, de produção de comportamentos integrados aos fins globais da vida social é o Estado Moderno.

A Modernidade dá um novo significado a família, o forte sentimento de infância, idealiza e valoriza o menino, pondo-o no centro da família, como lembrou Ariès. A sociedade se articula em torno do projeto educativo, uma sociedade educativa para o poder, para a formação de seus modelos aos seus objetivos. Preconceito à ignorância e a cega submissão ao destino de classe. A ambiguidade entre libertação e domínio, dá vida a um novo projeto complexo e dialético, contraditório, duplo desafio: emancipação e conformação, não superável estruturalmente e caracterizante da aventura educativa no mundo moderno.

Na Idade Média a família era mais ampla e dispersa (herdeira do *pater familias* latino) e as escolas eram religiosas (catedrais e mosteiros). De acordo com Ariès (1960) em *História social da família e da infância*, a educação medieval havia esquecido a *paidéia* e não conhecia a educação moderna. A família retomada como núcleo de afetos e animada pelo sentimento de infância, centro-motor da família, cuidados e controle, inocência, agressividade e crueldade (do *jansenistas* até Freud).

No século XVI, esse processo disciplinar se renova por meio da reorganização da escola e a racionalização do controle do ensino, o método *Ratio studiorum*¹ dos jesuítas, internato e classe de idade, inspirados pela psicologia em desenvolvimento. Trazendo o vigiar e punir, o minucioso controle do corpo, a divisão produtiva dos gestos, a vigilância hierárquica, o sistema de prêmios e castigos presente no pensamento de Foucault (1975).

Destacando os principais pensadores, Descartes (matemática) e Galileu (ciência experimental); Protestantismo, Contra-Reforma, Comenius (humano, cósmico e metafísico, concepção cristã), Locke (*gentleman*), Rousseau (educação profissional), mestres de *Port-Royal*, Fénelon, esboçam o currículo da escola moderna. La Chalotais, *Ensaio da Educação nacional*, 1763; Diderot e D'Alembert na *Enciclopédia* (educação nacional, consciência coletiva própria do corpo político). Com essa influência, a finalidade civil da escola torna-se pública e estatal, mudados programas e métodos.

1 O *Ratio atque Institutio Studiorum Societatis Iesu* (Plano e Organização de Estudos da Companhia de Jesus), normalmente abreviada como *Ratio Studiorum*, é uma espécie de coletânea, fundamentada em experiências vivenciadas no Colégio Romano, a que foram adicionadas observações pedagógicas de diversos outros colégios.

Dando origem a novas instituições, como a Real Sociedade de Londres ou a Academia de Ciências de Paris. Defendendo que o homem deve formar-se em contato com a matéria, em vista da sua participação nas atividades do mundo. Locke (cultura técnica) e Rousseau (educação profissional). Chegando ao século XVIII, com o positivismo (ciência como novo princípio educativo) e o marxismo (fixará na união instrução e trabalho).

A grande aventura da educação firma-se na sua recolocação social, na redefinição do seu papel e dos lugares sociais. A formação humana num paradigma único e universal, meta-história e invariante. Dois são os efeitos de base da educação da Modernidade, o pluralismo dos paradigmas e o declínio tendencial do modelo metafísico, conflito entre modelos e exigências epistêmicas, tornando a educação mais complexa e mais dinâmica, um projeto livre e racional, crítico e ousado. A aventura do saber pedagógico na época moderna é simétrica a renovação educativa, de funções e de estratégias e de problematizações.

Na educação moderna prevalece a antinomia entre conformação e emancipação do indivíduo. Uma ambiguidade de estrutura dupla, tensional, contraditório. Liberdade-libertação (liberdade ao reclamar os direitos do indivíduo contra o poder-Estado) e governo-conformação (controle, programática). Para Rousseau, as teorias e a relação educativa, possuem duas vias, a política civil do *Contrato* e a individualista e libertaria de *Emílio*, modelos dialéticos opostos.

3 I O “DIREITO DO HOMEM” À EDUCAÇÃO

A História da Educação do povo brasileiro deve ser atenta a diversidade de estratégias que tem sido desenvolvida para se atingir a educação almejada e negada, carecendo se verificar o funcionamento do sistema escolar. Considerando a dificuldade de se analisar as relações entre estrutura do cotidiano e as mudanças, mediante as fontes e os métodos por distanciar do modelo empírico (DERMATINI, 1998).

Essa temática torna imprescindível o domínio de alguns conceitos chave tais como: história, direito, educação, democracia. Primeiramente, a compreensão de cidadania para Hanna Arendt (1957) em *A condição humana*, favorece o entendimento do modelo democracia brasileira, onde o pacto social é representado pela Constituição Federal, a vontade do povo é a máxima do poder político e o Estado age em favor da sociedade.

A Constituição de 1988, fixada nas bases da soberania popular e no princípio ético da dignidade da pessoa humana, oferece a garantia de Estado de bem-estar social e do sufrágio universal, confirmando a mulher a participação política e a condição de igualdade perante o homem e seus direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são os básicos individuais, invioláveis, sociais, políticos e jurídicos, tendo como base os direitos humanos, garantia da liberdade, da vida, da igualdade, da segurança, da saúde, da moradia, da educação. Tendo sua origem na

Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma junção dos valores cristãos com a Revolução Francesa.

Entre os séculos XVII e XVIII, surge a primeira geração direitos do humano igual, independente da raça, sexo, poder, entre outros. Surge a segunda Geração no século XX, com o Estado Moderno, direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos. A Terceira Geração refere-se a fraternidade, ao meio ambiente e a qualidade de vida e a Quarta Geração, desenvolvidos na última década, está voltada a responsabilidade social, a paz, a democracia, a tecnologia, a informação, a autodeterminação dos povos, a bioética.

Na Constituição Brasileira, no Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, dividem-se em cinco capítulos: Direitos individuais e coletivos, da pessoa humana e sua personalidade, a vida, a igualdade, a dignidade, a segurança, a liberdade e a propriedade (artigo 5º); Direitos sociais ou Estado Social de Direito: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, proteção a maternidade e a infância, assistência aos desamparados (artigo 6º); Direitos de nacionalidade e seus deveres; Direito políticos voltados para a cidadania e participação nas decisões do Estado (artigo 14); Direito à existência política partidária (artigo 17).

Esse conjunto de informações possibilita a chamada cidadania ativa, refere-se ao pertencimento a uma comunidade politicamente organizada, na qualidade de cidadão participativo e consciente (ARENDR, 1957). O direito de ser tratado como seu semelhante num mundo compartilhado por meio da educação, o direito a ter direitos, sociedade, base para conhecer os direitos e se ter acesso aos mesmos (MONTEIRO, 2006).

O 1º instrumento jurídico internacional de valor universal dos direitos do homem, foi a Carta das Nações Unidas (1945), assinada por 51 países, elaborada por Eleanor Roosevelt e René Cassin (vice-presidente francês). Mencionando a educação ou instrução nos artigos 13,55,57,62,73,76,83 e 88; o direito à instrução no artigo 36; e a educação no artigo 26.

Outros tantos tratados seguiram o modelo da ONU, em 1992, o Tratado da União Europeia, onde a educação entrou como Direito Comunitário formal; Em 1999, o Conselho de Educação, “Rumo ao terceiro milênio: elaboração de novos métodos de trabalho para uma cooperação europeia no domínio da educação e da formação profissional”; Em 2000, “A Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia”, enuncia o direito à educação.

Firmado no suporte teórico de Reis Monteiro (2006), em *História da Educação: do “antigo direito de educação” ao novo “direito à educação”*, Educação e Direito, problematiza-se uma perspectiva da história da educação ocidental caracterizada por abordagem jurídica da educação, verificando-a como uma lenta e inacabada em transição entre dois paradigmas político e pedagógico. O autor, afirma que a educação sempre foi objeto de regulação social sendo por si considerado âmbito do direito natural, o chamado direito de família, fundada na relação de procriação, apoiado e partilhado pelas religiões, que na construção inicial das civilizações era o eixo norteador das sociedades.

Hannah Arendt (1957, 1992), em *A Crise na Educação*, capítulo de seu livro *Entre o passado e o futuro*, traduzido por Mauro W. Barbosa de Almeida, aponta a educação como objetivo pré-político da escola, essa por sua vez, não é de modo algum o mundo e não deve fingir sê-lo. É a instituição onde interpomos entre o domínio privado do lar e o mundo com o fito de fazer com que seja possível a transição, de alguma forma, da família para o mundo (ARENDR, 1997).

Franco Cambi (1999), em *História da Pedagogia*, tradução de Álvaro Lorencini, aponta a história da ciência da educação, a pedagogia, citando Buisson (1911) em *Dictionaire da Pedagogia et instruction Primare*, onde a história da educação é a instrução necessária para a preparação para a própria ciência. Assim, as ciências humanas possuem natureza histórica a considerar seus objetivos e modos, sendo a história como consubstancial constituição das ciências.

Maria Silva Zanella Di Pietro (2014), em *O Direito Administrativo e a dignidade da pessoa humana*, publicado na *Revista Digital de direito Administrativo* de Ribeirão Preto, São Paulo, atribui peso à educação como responsabilidade do Estado, uma garantia inerente a dignidade humana. Partindo do inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que trata dos fundamentos do estado democrático de direito, discorre sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, todo ser humano quer ser tratado com igualdade em relação a seu semelhante, reconhecido e respeitado. Ter a liberdade de conduzir a sua vida, sem a interferência do Estado. Tendo onde se abrigar, alimentos, roupas, educação, saúde, trabalho, segurança, salário compatível com as necessidades mínimas de subsistência (DI PIETRO, 2014).

No Brasil, essas garantias estariam longe do mínimo existencial estabelecido no artigo 170 da mesma carta, onde estabelece a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e livre iniciativa, assegurar a existência digna, conforme estabelece a justiça social. Redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (DI PIETRO, 2014).

Fazendo referência ao artigo 193 do texto constitucional, explica que a dignidade da pessoa humana está ligada ao trabalho e objetiva a ordem social, com o bem-estar e as justiças sociais. Enquanto o artigo 226, §7º, trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, do planejamento familiar, fundamentado na dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo livre a decisão do casal, competindo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos (DI PIETRO, 2014).

Seguindo pelo texto magno, o artigo 227, §7º, que atribui a família, a sociedade e ao Estado, o dever de assegurar à criança e ao adolescente a prioridade no direito à vida, à saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, à cultura, à dignidade, o respeito, a liberdade, ao convívio familiar e comunitário, salvo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O artigo 230, atribui a família, a sociedade e ao Estado condições ao idoso. Esses dispositivos constitucionais falam da dignidade

da pessoa humana e, também, dos direitos individuais, econômicos, políticos, sociais e culturais (DI PIETRO, 2014). Essas questões merecem proteção, independente da aquisição de personalidade jurídica, tudo isso é aprendido, todo conhecimento jurídico é antes de tudo educação de caráter social, necessário conhecer para proteger.

Enquanto Declaração dos Direitos Humanos de 1948, garante que todos seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito, dotados de razão e consciência, devendo agir uns para os outros em espírito de fraternidade. A autora reafirma a importância do ser e não do ter, justifica a qualidade de vida, pressupõe a autonomia vital, autodeterminação ao Estado, a entidade pública e outras pessoas, a educação e seu conhecimento é imprescindível, o direito de se conhecer os direitos.

Franciszek Przetacznik (1985) em *The philosophical concept of right to education as a basic human right*, publicado na revista de direito internacional de Genebra *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, corrobora com o reconhecimento do direito à educação como o mais importante direito entre os direitos individuais do homem, não sendo mais importante que o direito à vida, pois esse seria a fonte de todos os direitos da humanidade.

O direito à educação é basilar para se ter acesso aos demais direitos humanos pelo indivíduo. Comparado a uma construção, o direito à educação é a pedra fundamental dos direitos humanos, sendo que se o indivíduo não for educado adequadamente, não será capaz de ter acesso aos demais direitos. Desse modo, torna o preparo do sujeito para ter acesso ao direito à educação, uma tarefa de grande relevância e valor, tanto para o indivíduo, como para a sociedade, como para o Estado (PRZETACZIK apud MONTEIRO, 2006).

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos de considerações, o pensamento de Hanna Arendt (1957;1992) em seu texto *A crise da Educação*, proporciona uma reflexão filosófica- política sobre a crise política na modernidade, partido da compreensão da chamada crise na educação, esta estaria relacionada as abordagens educacionais de caráter pedagógico, que ao invés de educar os jovens para a ação política, os infantilizam até a idade adulta, não assumindo sua responsabilidade diante do mundo, levando a discussão crítica-crise- reforma, indissociáveis do mundo moderno, um momento oportuno para o exercício da crítica, mas antes disso, se faz necessário o conhecimento das origens históricas dos fenômenos da modernidade.

Levando ao entendimento de que o direito à educação, enquanto direito público subjetivo pode ser exigido judicialmente e já é comum que o Poder Judiciário garanta sua efetivação. Sendo a grande contradição desse direito a qualidade de ensino, conforme artigo 206, VII, da Constituição Federal. Não foi definido claramente na legislação o que é

considerado qualidade de ensino, mostrando-se a necessidade de elaboração de legislação pelos Tribunais pátrios.

A emancipação (instância de liberdade de classes, grupos, sujeitos, elemento dinâmico resgata o indivíduo do *ethos* e da tradição, para submetê-lo ao governo da Lei). Torna o indivíduo autônomo, consciente da complexidade dialética entre a alienação e a redenção, e a categoria que inerva a pedagogia (conformadora e conformista para realizar a emancipação do sujeito). Forma diacrônica e divergente, alheio a macroestrutura (educação do povo por vias não institucionalizadas, família, Igreja, trabalho e comunidade, alheia à educação moderna), enquanto a educação institucionalizada (reflexiva e transformadora).

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah (1957). **A Crise na Educação**. In: **Entre o passado e o futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1992.

CAMBI, Franco. **História da Pedagogia**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1999. p.11-219.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira**. 1988.

DERMATINI, Zeila de Brito. **Sobre as relações entre tempo histórico e conhecimento histórico: uma hipótese**. IN: SAVIANI, Demerval; LOMBARDI, José Claudinei & SANFELICE; José Luís. **História e História da Educação o debate teórico- metodológico atual**. Campinas, SP: Autores Associados: HISTEDBR. 1998. Coleção Educação (p.67-114).

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **O Direito Administrativo e a dignidade da pessoa humana**. Revista Digital de direito Administrativo. São Paulo: Ribeirão Preto, v. 1, n. 2, p. 260-279, 2014.

MONTEIRO, A. Reis. **Educação e Direito**. In: **História da Educação: do “antigo direito de educação” ao novo “direito à educação”**. São Paulo: Cortez, 2006.

PRZETACZNIK, Franciszek. **The philosophical concept of right to education as a basic human right**. *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (The International Law Review) (Genève), (1985), Tome LXIII, pp.257-288.

O ENSINO JURÍDICO EM UMA PERSPECTIVA WARATIANA

Data de aceite: 01/08/2020

Aleteia Hummes Thaines

Faculdades Integradas de Taquara
(FACCAT)

<http://lattes.cnpq.br/8476457830362221>

Marcelino da Silva Meleu

Universidade Regional de Blumenau (FURB)

<http://lattes.cnpq.br/9416741172999678>

RESUMO: O estudo tem o intuito de refletir sobre o ensino jurídico, levando em consideração as discussões já levantadas por Warat, na década de 70. Dessa forma, se estabelece como problema de pesquisa, o seguinte questionamento: Quais serão os rumos do ensino jurídico no Brasil, a partir de uma perspectiva waratiana? O trabalho objetiva analisar as mazelas do ensino jurídico, no Brasil, fundado nas concepções de Luis Alberto Warat. O aprofundamento teórico pauta-se em pesquisa bibliográfica, apoiando-se em um método dedutivo. Hoje, no ensino jurídico, se discute a introdução de metodologias ativas para transformar o acadêmico do Curso de Direito em agente de seu próprio aprendizado, visando estimular a sensibilidade destes para com os anseios da sociedade. Contudo, observa-se que Warat já propunha a utilização da criatividade, da carnavalização, da descoberta dos sentidos como fator principal para uma mudança de cultura, como já ressaltado, a mais de 40 anos.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino jurídico; Luis

Alberto Warat; Transdisciplinariedade.

LEGAL EDUCATION FROM A WARATIAN PERSPECTIVE

ABSTRACT: The study aims to reflect on legal education, taking into account the discussions already raised by Warat, in the 70s. Thus, the following question is established as a research problem: What will be the course of legal education in Brazil, from a Waratian perspective? The work aims to analyze the problems of legal education in Brazil, based on the conceptions of Luis Alberto Warat. Theoretical study is based on bibliographic research, based on deductive method. Today, in legal education, the introduction of active methodologies is discussed to transform the Law Course student into an agent of his own learning, aiming to stimulate their sensitivity towards society's wishes. However, it is observed that Warat has already proposed the use of creativity, carnivalization, the discovery of the senses as the main factor for a change in culture, as already pointed out, more than 40 years ago.

KEYWORDS: Legal Education; Luis Alberto Warat; Transdisciplinarity.

1 | INTRODUÇÃO

O estudo tem o intuito de refletir sobre o ensino jurídico no Brasil, levando em consideração as discussões sobre a formação do acadêmico e o processo de ensino-aprendizagem destes. A partir dessas

reflexões se estabelece como problema de pesquisa, o seguinte questionamento: A formação dos acadêmicos nos Cursos de Direito no Brasil se mostra apta para o enfrentamento das necessidades sociais e avaliativas, além de atraentes à nova geração de estudantes?

Nesse aspecto, o trabalho objetiva, de forma geral, analisar as mazelas do ensino jurídico brasileiro, fundado nas concepções de Luis Alberto Warat. E, de forma específica: (a) estudar a evolução e o panorama do ensino jurídico no Brasil; (b) pesquisar sobre a utilização de novas metodologias que possam ser empregadas nos Cursos de Direito; e, (c) analisar a insuficiência do ensino jurídico brasileiro, através de perspectivas apontadas por Luis Alberto Warat.

O aprofundamento teórico do estudo pauta-se em pesquisa bibliográfica, sendo realizado um levantamento fundado em livros, artigos publicados em periódicos relevantes sobre a temática e relatório de órgãos fiscalizadores. Para o desenvolvimento da pesquisa, elegeu-se o método dedutivo.

A temática encontra relevância, especialmente, nesse momento, pois o ensino jurídico vem sofrendo impactos consideráveis a medida que se ampliam, gradativamente, o número de Faculdades de Direito no país. A preocupação central está pautada na qualidade do ensino do Direito e na formação dos profissionais dessa área do conhecimento.

Para tanto, o presente trabalho está dividido em três momentos. Na primeira etapa, se discutirá o panorama do ensino jurídico no país, começando pela criação das primeiras Faculdades de Direito e o cenário atual da qualidade de ensino dos Cursos. Posteriormente, analisar-se-á a necessidade de aplicação e utilização de novas metodologias capazes de transformar o processo de ensino-aprendizagem, tornando os acadêmicos protagonistas da construção do seu conhecimento. Em um último momento, será debatida a proposta de ensino jurídico a partir da perspectiva de Luis Alberto Warat, tendo como pauta o ensino do Direito baseado numa epistemologia jurídica e a importância da linguagem para esta área.

2 | PANORAMA JURÍDICO NO BRASIL

Desde a criação das Academias de Direito de São Paulo e de Olinda, em 1827, muitas foram as transformações no ensino jurídico em nosso país. A primeira delas se deu pelo Decreto n. 1.386, de 25 de abril de 1854, que estabeleceu que os cursos fossem designados cada um pelo nome da cidade em que se situavam e introduziu novas disciplinas. Outra reforma importante, naquele século, foi a reforma do ensino livre de 1879 que se deu pelo Decreto n. 7.247, de 19 de abril de 1879, e permitiu a criação de outras faculdades.

Ultrapassado o período imperial e com a Proclamação da República, bem como, as transformações sociais, verificou-se a necessidade de uma expansão do ensino jurídico para além das Faculdades de Olinda e São Paulo, o que ocasionou a abertura de outros Cursos de Direito em outros estados. Contudo, sem adentrar em uma discussão histórica

mais profunda, observa-se que tal expansão ganhou força com a instituição do Estado Democrático no Brasil, onde, paradoxalmente, o ensino jurídico apresenta, fortemente, momentos de rupturas críticas.

No entanto, esse crescimento e democratização do acesso à cursos jurídicos brasileiros contribuiu para aumentar a “demanda de vagas nas Universidades ou Faculdades, a provocar a proliferação das instituições privadas de ensino superior, a maioria sem padrões razoáveis de qualidade” (AGUIAR, 2004, p. 183).

Essa problemática, levou o Ministério da Educação e Cultura (MEC) a tabular, com auxílio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a correlação entre a situação do ensino jurídico no país e a aprovação no exame de Ordem. Esse levantamento detectou, em 2007, que nos 37 cursos avaliados com nota inferior a 3, a aprovação no Exame da OAB foi de apenas 13%. Porém, em 52 Cursos de Direito que obtiveram nota inferior a 3 no Enade, obtiveram uma aprovação superior a 10% no Exame. Diante desse quadro, o MEC notificou as 89 instituições para que elas apresentassem justificativas para a baixa qualidade dos Cursos, bem como, informassem sobre as providências que estariam sendo adotadas para a melhoria de desempenho. (BRASIL, 2007).

O preocupante cenário fez surgir, com a edição da Portaria n. 927, de 25 de setembro de 2007, um novo instrumento para a avaliação dos Curso de Direito no país, bem como a definição de carga horária mínima com a Resolução n. 2, de 18 de junho de 2007, do Conselho Nacional de Educação.

No país existem mais de 1.184 Cursos de Direito ativos e aproximadamente 3 milhões de matrículas, segundo dados do último censo do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEPE). (BRASIL, 2017). Com isso, o curso de direito se consolida como a maior graduação do país em números absolutos. O Brasil, sozinho, possui o maior número de Cursos de Direito do mundo. Em que pese a grandiosidade dos números, o MEC continua a autorizar a abertura de mais cursos no país, só em julho de 2018 o Ministério autorizou mais de 90 novos Cursos de Direito (BRASIL, 2018a), fora a ampliação do número de vagas nos Cursos existentes.

O baixo custo operacional, a alta demanda por uma graduação que possibilite uma gama maior de colocação no mercado (aliada a maior probabilidade de inscrição em concursos públicos, que o diploma em Direito oferece), faz com que haja o aumento exponencial de pedidos de autorizações por parte de Instituições de Ensino Superior. Algumas com propostas sérias de ponto de vista acadêmico/pedagógico, outras, com viés mercadológico.

Diante deste contexto, recentemente, em 31 de agosto de 2018, na reunião do Colégio de Presidentes de Seccionais, ocorrida na cidade de Gramado/RS, a Ordem dos Advogados do Brasil, emitiu e assinou uma Carta, que entre outras considerações, denuncia o que chamou de “estelionato educacional patrocinado pelo MEC, com a absurda proliferação de faculdade de Direito no País, autorizadas a funcionar, de forma irresponsável, sem observância de quaisquer critérios técnicos e da qualidade dos cursos”. (OAB, 2018).

Antes da OAB se manifestar, o Tribunal de Contas de União já havia elaborado um relatório de auditoria avaliando a atuação da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (SERES/MEC) e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira nos processos de regulação, supervisão e avaliação dos cursos superiores de graduação no País. (BRASIL, 2018b).

A auditoria teve origem na solicitação da Comissão de Defesa do Consumidor, visando avaliar a atuação do MEC nos procedimentos de fiscalização dos Cursos de Direito (Proposta de Fiscalização e Controle - PFC 64/2015), cujo o foco inicial foi a regulação dos os Cursos de Graduação em Direito.

Após analisar a contextualização entre os resultados dos Exames da OAB e as avaliações realizadas pelo Inep/MEC (ENADE/CPC), o documento destacou que os Exames da Ordem tem sofrido inúmeras mudanças, ao longo dos anos, para se adequar as novas realidades e também para dar conta da ampliação do número de Faculdades de Direito existentes no país e, conseqüentemente, ao número de inscritos nesses exames. Consta-se ainda, que o alto índice de reprovação nos Exames da OAB está diretamente relacionado com a péssima qualidade do ensino jurídico no país. (BRASIL, 2018b). O que respalda a necessidade de uma discussão acadêmica mais profunda sobre o ensino do Direito no Brasil.

A relatora do acórdão do TCU, Ana Arraes, desta em seu julgado que “[...] são muitos os gargalos a serem vencidos para que se ofereça educação superior de boa qualidade no Brasil” (BRASIL, 2018b), um deles, que compete às instituições seriamente comprometidas com o ensino jurídico do país, diz respeito a forma como o conteúdo e as competências são ensinadas aos discentes e a maneira que estamos formando esses acadêmicos. Atualmente se discute a adoção de novas formas de metodologias, as denominadas, metodologias ativas; a mudança de cultura do ensino jurídico; entre outros aspectos. No entanto, tal cenário já havia sido previsto por Luis Alberto Warat, na década de 70, bem como por outros autores que criticam a forma de ensino jurídico técnica/instrumental.

3 | METODOLOGIAS EM DEBATE

O avanço tecnológico e a transformação da sociedade, das últimas décadas, vem impactando o modo de vida e as relações interpessoais, assim nas relações familiares, no mercado de trabalho e, por via de consequência, na educação.

Em decorrência dessas mudanças, hoje, se discute sobre o cenário educacional do ensino superior e suas perspectivas. Traz-se a tona o debate sobre os desafios do docente e a relação ensino-aprendizagem neste novo contexto, especialmente, nos Cursos de Direito, uma vez que aqui, tem-se um ensino dogmático e ortodoxo, sem espaço, *a priori*, para aplicar novas metodologias de ensino, ou seja, abordar o ensino jurídico sob outra perspectiva.

Observa-se que o ensino tradicional não permite aos cursos de graduação dar conta de uma formação adequada as novas necessidades da sociedade. Nessa perspectiva, Quiroz e Castillo (2017), ressaltam que em decorrência do amplo acesso ao ensino superior, da diversidade social e cultural do acadêmico e da necessidade de um maior acompanhamento para um aprendizado eficiente, é indispensável a transformação do processo que apenas transmite informação para um processo que promova a participação dos estudantes.

Os autores apontam que essa nova forma de desenvolver o conhecimento tem o cerne na concepção socio-construtivista, onde o acadêmico é o protagonista do processo, construindo significados a partir de conteúdos, de desenvolvimento de atividades concretas e elaborando propostas com a colaboração de seus professores. Nesse processo, o estudante aperfeiçoará sua capacidade de trabalhar em grupo, demonstrará flexibilidade, proatividade e autonomia, bem como, estará disposto a refletir sobre as questões levantadas.

Hoje, se está diante de uma geração que ingressa cada vez mais jovem nos cursos de graduação. Geração esta que está, fortemente, acostumada com o uso de tecnologias, pois nasceram e cresceram na era digital¹. Por esse motivo, muitas vezes a aula tradicional não os atraem, pois, estão acostumados a uma comunicação baseada na interatividade e a utilizar meios instantâneos, como a internet, para solucionar suas dúvidas.

Para que se transforme o processo de ensino-aprendizagem é importante pensar em outras formas que construir o conhecimento. No entanto, para se efetivar essa mudança de paradigma e transformar o acadêmico em ator do seu processo de construção do conhecimento, é necessário eleger metodologias de ensino compatíveis. Por esse motivo, surge as metodologias ativas que são compostas por métodos, técnicas e estratégias utilizadas pelo docente para converter o processo de ensino em atividades que fomentem a participação do estudante e, ao mesmo tempo, auxilie no processo de aprendizagem. Isto é, correspondem a processos que transformam a forma de entender em aprendizagem estando centradas, mais nas atividades que, propriamente, nos conteúdos. (PIQUER; ANDRÉS, 2008).

Todavia, não existe uma metodologia padrão nem uma fórmula mágica a ser empregada nesse novo processo de ensino-aprendizagem. Brown e Atkins (2002) classificam as diferentes metodologias conforme o nível de participação e autonomia do acadêmico. Nesse aspecto, os autores exemplificam a metodologia de aprendizagem cooperativa, a aprendizagem orientada a projetos, o contrato de aprendizagem, a aprendizagem baseada em problemas, exposições e estudos de caso.

Cada tipo de metodologia possui suas peculiaridades. A aprendizagem cooperativa, divide os acadêmicos em pequenos grupos para a realização de determinada atividade sendo os mesmos avaliados conforme a produtividade do grupo. A aprendizagem orientada a projetos, enfatiza um programa de intervenção profissional, em torno do qual se articulam

1 A chamada geração "Y", conforme descreve Tapscott (2010).

atividades formativas. O contrato de aprendizagem é um acordo onde os acadêmicos se obrigam a desenvolver uma determinada proposta de trabalho de maneira autônoma. Na aprendizagem baseada em problemas os alunos são divididos em pequenos grupos e constroem o conhecimento a partir da busca de informações que necessitam para compreender o problema e chegar a uma solução. A exposição consiste em apresentar, de maneira organizada, um determinado tema. Já o estudo de caso é uma técnica muito utilizada nos Cursos de Direito e conduz o acadêmico a analisar situações fáticas apresentadas pelo professor, a fim de chegar a uma conceituação e buscar soluções eficazes para o caso.

Apesar da grande discussão sobre o processo de ensino-aprendizagem, a formação do docente, a utilização de metodologias ativas e a formação adequada, nos cursos de graduação, dos acadêmicos para atender os anseios da sociedade; ainda se está muito longe de chegar a uma solução, especialmente, no que tange ao ensino jurídico.

Por isso, Ventura (2004) afirma que o problema na formação dos discentes dos Cursos de Direito está centrada no seu corpo docente, pois o professor está preparado para transmitir o conhecimento que lhe foi passado, nos mesmos bancos acadêmicos, mas não está apto a ensinar, até porque, muitos dos nossos professores possuem uma formação técnica faltando uma “[...] consciência metodológica comum, a serviço dos objetivos pretendidos pelo projeto pedagógico do curso, em especial, no que atine ao perfil do egresso”. (VENTURA, 2004, p. 2).

A maioria das Faculdades de Direito do país continuam a adotar o modelo tradicional de ensino, onde o professor transmite as informações, por meio de aulas expositivas, e avaliam, periodicamente os seus alunos. Os acadêmicos, no entanto, memorizam, temporariamente, esses conteúdos para conseguirem realizar uma boa avaliação, mas não o assimilam nem o incorporam, o que acarreta mazelas na sua formação. (VENTURA, 2004).

Para a autora, “Profissionalizar-se como professor exige, entre outras tarefas, o acesso a um acervo bibliográfico e a participação num debate bastante diferentes daquele que são necessários ao habitual desempenho de suas tarefas cotidianas.” (VENTURA, 2004, p. 11).

Observa-se que a essa insuficiência do ensino jurídico no Brasil perpassa pela falta de preparo pedagógico do corpo docente e está centrada no conservadorismo que o Curso de Direito representa. No entanto, tal discussão não é nova, Luis Alberto Warat, na década de 70, já alertava para esse problema e sinalizava que a solução seria “educar para la libertad del hombre [...]” (WARAT, 2004, p. 366) provocando um “[...] proceso consciente de desmitificación” (WARAT, 2004, p. 366), pois entendia que “educar no es influir sino formar una conciencia problematizadora” (WARAT, 2004, p. 366). Dando liberdade e autonomia ao aluno para que o mesmo reflita, questione e construa o seu conhecimento.

4 I O SENTIDO WARATIANO PARA O ENSINO JURÍDICO

Inúmeros juristas e professores vem se preocupando, ao longo dos anos, com as mazelas deixadas no ensino jurídico. Muitos buscaram incorporar novas metodologias a fim de suprir estas lacunas. No entanto, as metodologias propostas, em nenhum momento, se desvincularam do dogmatismo jurídico. Elas representavam uma nova forma de ensinar a dogmática. (USTRA, 1977).

4.1 O ensino do Direito a partir de uma epistemologia

As diferentes metodologias apresentadas estão relacionadas com a didática ou então com as técnicas pedagógicas, debatendo problemas psicopedagógicos relacionados com as escolhas do docente, como se pode observar no debate das metodologias ativas. Não que isto não seja importante, essas questões estão ligadas com a racionalização do processo educativo, mas para se mudar a concepção e preparar o acadêmico, especialmente, do Direito para ouvir os clamores da sociedade e se sensibilizar com o outro é necessário “[...] elaborar com o máximo rigor as especialidades do objeto da metodologia do ensino”. (CUNHA, 1977, p. 54).

Cunha (1977) entende que não se deve confundir a metodologia jurídica com a epistemologia ou mesmo com as técnicas pedagógicas utilizadas no ensino jurídico. Para ela o objeto principal de uma metodologia de ensino jurídico diz respeito ao conteúdo que é transmitido para o acadêmico. Pois, na verdade, é necessário construir um objeto autônomo para a metodologia jurídica que possa ampliar e reorganizar a sua discussão. Não bastando a simples substituição das aulas expositivas ou outros recursos pedagógicos, tais como metodologias ativas, se não forem repensados os conteúdos difundidos, pois o problema do ensino jurídico perpassa a fronteira da metodologia focando na reformulação dos conteúdos das grades curriculares dos Cursos de Direito brasileiros. (WARAT; CUNHA, 1977).

Nesse aspecto, é importante discutir o que é o Direito para depois debater como ensiná-lo. Deve-se priorizar um processo de aprendizagem que recepcione a pureza das emoções, que proporcione ao acadêmico uma formação apropriada à desenvolver a sua aptidão refletiva e a sua capacidade problematização autônoma que ultrapasse a simples aplicação da dogmática. Os Cursos de Direito devem se reinventar deixando de transmitir simples informações e passar a se preocupar com a construção do conhecimento pautado na formação humana do acadêmico, visando a formação de uma profissional sensível as angústias da sociedade. (WARAT; CUNHA, 1977).

O ensino jurídico não pode ser compartimentalizado, pois ele guarda relação com outras áreas do Direito e com outros campos do conhecimento. A partir do momento que o acadêmico consegue ter uma consciência autônoma e ser protagonista da construção do seu conhecimento ele perceberá que não existe respostas únicas e nem verdades universais, mas múltiplas maneiras de se compreender a realidade.

Para se efetivar essas transformações e alavancar o processo de aprendizagem é indispensável que os docentes dos Cursos de Direito adquiram uma visão transdisciplinar e utilizem metodologias que fomentem a produção ativa do conhecimento e a formação da personalidade do acadêmico.

Nessa perspectiva, é importante diferenciar a educação tradicional da educação epistemológica. Enquanto na educação tradicional o acadêmico receberá informações pautadas na dogmática, na epistemologia educacional, ele desenvolverá um aprender crítico, ou seja, terá capacidade de problematizar a situação e buscar uma solução adequada para o caso. (WARAT, 2004).

A partir de uma epistemologia jurídica pode-se romper com os processos de massificação, permitindo que o aluno reflita, criticamente, sobre a sua descoberta. Warat (2004), enfatiza que o pensamento crítico garante a liberdade das suas decisões, uma vez que o processo epistemológico é, ao mesmo tempo, reflexivo e realizador, problematizador e inovador.

Desse modo, o autor considera que a falta de uma análise epistemológica a nível de ensino jurídico provoca a aparição de um conjunto de soluções abstratas, fragmentadas e isoladas dos anseios sociais, sem nenhuma relação com as situações reais e qualquer possibilidade de reordenação social.

No Brasil, o ensino jurídico está pautado numa concepção napoleônica, isto é, pautado na codificação, na letra fria da lei, saturado de estereótipos e em conformidade com argumentos retóricos e processos de formação normativa altamente dogmático e persuasivo. Como resultado desse modelo, produz-se, nos nossos Cursos de Direito um profissional “[...] que carece de instrumental teórico, apto para problematizar el sistema jurídico, aprendido secularmente como incuestionable, natural, logicamente riguroso, con instituciones perfectas y órganos neutros, ideologicamente descomprometidos.” (WARAT, 2004, p. 372).

Diante disso, Warat (2010) faz uma distinção entre as formas de ensino jurídico. A primeira, considerada por ele como predominante, se vincula a uma concepção normativista do Direito que cria um senso comum teórico voltado a formação de operadores sem sensibilidade, corpos sem capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros. A segunda, que se desloca deste barroco normativo, emancipando o jurista, de modo a consolidar uma consciência em prol da alteridade, que permite construir vínculos de cuidado e afeto com os outros, prescrevendo o direito à subjetividade nos devires temporais e cartográficos que se pode construir com o outro. (WARAT, 2009).

4.2 A importância da linguagem nos Cursos de Direito no Brasil

Claro que Luis Alberto Warat pensava em um Direito além de sua época, um Direito transdisciplinar, um Direito interpretado com atribuição de sentido a partir da linguagem, distante do normativismo, considerado por ele, insensível. Ademais, também traça uma

crítica à linguagem particular construída pelos Cursos de Direito, uma vez que estas lhes serve de ideologia encobridora ou de suporte para a fugir da realidade.

A linguística apresentada pelo Direito levou os acadêmicos e os juristas a aceitar, em seus discursos e decisões, uma linguagem formal ao invés de uma linguagem natural, ignorando, dessa forma, tanto os aportes dos linguistas como o dos psicosemióticos. Para Warat (2010), a linguística jurídica deveria começar a estabelecer os caminhos de sua autonomia, pois não há como desprezar a linguística e a psicosemiologia para reflexão da linguagem jurídica.

Nesse sentido, o autor critica também a negativa, por parte do Direito, de uma abertura para a transdisciplinariedade. No entanto, para que isso ocorra, é necessário uma postura aberta e organizada, requisitos estes que faltam para os juristas. Porém, essa transdisciplinariedade não é simplesmente fundir duas ou mais disciplina e extrair dela uma linguagem jurídica. É essencial que se construa uma linguística jurídica a partir de sua linguagem, discursos e símbolos.

Para ele, o grande buraco negro do ensino jurídico, também está na falta de compreensão do funcionamento da linguagem jurídica. Pois, a interpretação realizada das normas e da sua aplicabilidade, muitas vezes, pode ser considerado um óbice ao exercício da cidadania e do acesso à justiça, visto que há uma verdadeira dificuldade de compreensão dos termos jurídicos pela população geral.

Cárcova (1998) denomina esse fenômeno de desconhecimento do Direito como “opacidade do Direito”. Essa opacidade está intimamente ligada com o acesso à justiça, porquanto reflete o abismo existente entre o Direito, a compreensão deste e a sua utilização pelo homem comum.

Assim, no entendimento de Warat (2009), o Direito jamais conseguirá inovar e se reestruturar se continuar seguindo, unicamente, o normativismo. E, os Cursos de Direito possuem um papel fundamental nessa transformação. Os docentes do curso devem estar preparados, não somente para transmitir o conteúdo, mas para incentivar a emancipação de seus alunos. Aqui, a emancipação é entendida como experiências que permitem aos homens se encontrarem com eles mesmos, com sua própria estima e os permita construir vínculos de cuidado e afeto com os outros, ou seja, vínculos de alteridade.

A concepção de alteridade parte do pressuposto básico de que todo o homem social interage e interdepende do outro. Entretanto, essa experiência somente é alcançada mediante o contato com o outro. Para Warat (2009), com o exercício da alteridade surge a possibilidade de uma mudança cultural na área jurídica, pois o Direito se tornará sensível às experiências de emancipação, isto é, a alteridade como base de uma concepção emancipatória do Direito.

Portanto, é fundamental que o Direito esteja aberto para incorporar outras disciplinas e campos de conhecimento, tal como já fazia Warat, na década de 70, introduzindo, em suas aulas, a pedagogia, a literatura, o teatro, a psicanálise, a filosofia, entre outras.

Contudo, esse cenário somente será possível quando o espaço da sala de aula passar a ser um ambiente propício para isso, onde o professor universitário, aqui falando dos Cursos de Direito, no processo de ensino-aprendizagem, consiga “[...] produzir em seus alunos a sensação de que eles são protagonistas”. (ROCHA, 2012) e não exerça uma “[...] postura dominadora e centralizadora do processo pedagógico, mas uma atitude capaz de proporcionar um tapete mágico onde os alunos começassem a assumir um papel mais ativo nessa viagem”. (ROCHA, 2012), tornando-se sensíveis aos anseios da sociedade e tendo a consciência de que o Direito não é somente uma norma positiva imposta, mas que o Direito pode emergir das ruas, por meio da transformação social.

5 | CONCLUSÃO

O cenário de crise do ensino jurídico no país, originado tanto pelo aumento exponencial das autorizações para abertura de novos Cursos de Direito, bem como, o acréscimo de vagas existentes, aliados aos baixos índices de aprovação no Exame de Ordem e desempenho pífio no Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE), provoca a necessidade de se desenvolver metodologias atrativas, por meio de uma epistemologia do saber jurídico.

Para tanto, reorganizar o conteúdo ministrado, de modo a promover uma mudança do paradigma tradicional racionalista, se faz necessário. Esse alerta foi feito por Luis Alberto Warat, ainda na década de 70. Jurista argentino, fez escola entre os pensadores críticos que organizaram a pós-graduação à nível *stricto sensu* no Brasil, Warat propõe a carnavalização da epistemologia (do conhecimento jurídico), ou seja, uma forma de desestabilização da dogmática ortodoxa, dos discursos alienadores do Direito.

Subverter o discurso baseado em um dogmatismo calcado na matriz analítica-normativista, que exclui o sujeito, em nome da aplicação de uma norma válida, fundada em um consenso forjado e excludente é a base da crítica waratiana. O saudoso professor, instigava seus alunos e leitores a pensar o Direito como um espaço que possa garantir o plural dos desejos humanos, através de elementos dados pelo exercício de alteridade. Com isso, o jurista estaria apto a se conectar com os anseios da “rua”, de uma sociedade multicultural.

Todo o seu esforço, no que tange a discussão do ensino jurídico, se volta a relação docente/discente. O professor, como ser sensível também em um exercício de alteridade deve se colocar no lugar do aluno (o outro). Aliás, essa conexão, se mostra necessária especialmente nos dias atuais, onde o docente se depara com as chamadas gerações “y” e “z”, que nasceram e cresceram na era da internet.

Sair do lugar comum da interpretação da realidade concebida pelas teorias tradicionais já sedimentadas, que situa o jurista no senso comum teórico, voltando-se para questões da afetividade, da marginalidade e da utopia para a construção da semiologia

dos desejos era a proposta de Warat, que merece, pela sua densidade, ser revisitada, especialmente, em um momento de crise que assola o ensino jurídico.

Além da ressignificação do conteúdo epistemológico, urge a necessidade de modificação do perfil do professor, capacitando-o para ultrapassar o modelo tradicional de mero agente transmissor de informações, por meio de aulas expositivas, que forja um profissional acomodado e conservador, muito resistente às mudanças. Profissionalizar o docente como professor exige, entre outras tarefas, o acesso a um acervo bibliográfico e a participação num debate bastante diferentes daquele que são necessários ao habitual desempenho de suas tarefas cotidianas, de modo a produzir novas metodologias que atraiam e assim promovam o (re)encontro entre professor/aluno e universidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Habilidades**: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BRASIL, **Decreto n. 1.386**, de 25 de abril de 1854. Dá novos estatutos aos Cursos Jurídicos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1386-28-abril-1854-590269-publicacaooriginal-115435-pe.html>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL, **Decreto n. 7.247**, de 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior em todo o Imperio. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL, Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara De Educação Superior. **Resolução n. 2**, de 18 de junho de 2007. Dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002_07.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Sinopse Estatística da Educação Superior 2016**. Brasília: Inep, 2017. Disponível em: <<http://inep.gov.br/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior>>. Acesso em: 29 de ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **89 Cursos de Direito Terão Supervisão**. Brasília, 26 de setembro de 2007. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/busca-geral/201-noticias/266094987/9122-sp-309875150>> Acesso em: 29 de ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria n. 927**, de 25 de setembro de 2007. Aprova, em extrato, o instrumento de avaliação para autorização de cursos de graduação em Direito do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria_927.pdf> Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior. **Portaria n. 471**, de 5 de julho de 2018. (2018a). Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=12/07/2018&jornal=515&pagina=304&totalArquivos=420>>. Acesso em: 29 de ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1175/2018**. Relatora: Ana Arraes. Sessão de Julgamento 23/05/2018. (2018b). Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1175%252F2018%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BROWN, George; ATKINS, Madeleine. **Effective teaching in higher education**. London and New York: Routledge, 2002.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Metodologia do ensino jurídico: reflexões sobre a necessidade de sua sistematização. In.: WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Colégio de Presidentes de Seccionais divulga a Carta de Gramado**. Notícia, 31 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://oabrs.org.br/noticias/colégio-presidentes-seccionais-divulga-carta-gramado/28228>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

PIQUER, Maria José Labrador; ANDRÉS, María Ángeles Andreu. **Metodologías activas**: grupo de innovación en metodologías activas (GIMA). Valência: Universidad Politécnica de Valencia, 2008. Disponível em: http://www.upv.es/diaal/publicaciones/Andreu-Labrador12008_Libro%20Metodologias_Activas.pdf. Acesso em: 21 ago. 2018.

QUIROZ, Juan Silva; CASTILLO, Daniela Maturana. Una propuesta de modelo para introducir metodologías activas en educación superior. **Innovación Educativa**: México. Vol. 17. n. 73. Jan./Apr., pp. 117-132, 2017.

ROCHA, Leonel Severo. **A aula mágica de Luis Alberto Warat**: genealogia de uma pedagogia da sedução para o Ensino do Direito. (2012). Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_aula_magica_de_luis_alberto_warat_por_leonel_severo_rocha-definitivo-12-2012.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

TAPSCOTT, Don. **A hora da geração digital**: como os jovens que cresceram usando a internet estão mudando tudo, das empresas aos governos. Rio de Janeiro: Editora Agir, 2010.

USTRA, José Augusto B. Prólogo. In.: WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

VENTURA, Deisy. **Ensinar Direito**. Barueri/SP: Manole, 2004.

WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Técnicas e conteúdos no ensino do Direito. In.: WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

_____. **Epistemologia e ensino do Direito**: o sonho acabou. Vol. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. Do paradigma normativista ao paradigma da razão sensível. *In.*: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin. **Temas emergentes do Direito**. Passo Fundo: Editora Imed, 2009.

_____. **A rua grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução: Vívian Alves de Assis; Júlio Cesar Marcellino Jr.; Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

O DIREITO VIVO DE EUGEN EHRLICH E AS SUAS MANIFESTAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Data de aceite: 01/09/2020

Adriano Delfino Moreira

Universidade do Oeste de Santa Catarina_
UNOESC
<http://lattes.cnpq.br/7964926992125256>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto do Direito Vivo sob a ótica de Eugen Ehrlich e algumas de suas manifestações no ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se que Ehrlich, adepto da corrente do direito livre, desenvolveu um método de compreender o fenômeno jurídico a partir da análise sociológica dos fatos sociais, dando ênfase ao aspecto fático-normativo do direito, e não apenas, na concepção de que o direito se encontra na legislação. Ao refutar tal entendimento, Eugen sustenta que o Direito Vivo se desenvolve nas associações como a família, o Estado e a comunidade, sendo característica a sua dinamicidade. Revela a necessidade de o jurista transformar esses fatos normativos em preceitos jurídicos, denominado direito legislado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Vivo. Direito legislado. Associações. Eugen Ehrlich.

ABSTRACT: This article aims to analyze the Instituto do Direito Vivo from the perspective of Eugen Ehrlich and some of its manifestations in the Brazilian legal system. It is known that Ehrlich, a supporter of the free law chain, developed a method of understanding the legal phenomenon from the sociological analysis of social facts, emphasizing the factual-normative

aspect of law, and not only, in the conception that law is in the legislation. In refuting this understanding, Eugen maintains that the Living Law develops in associations such as the family, the State and the community, its dynamism being characteristic. It reveals the need for the jurist to transform these normative facts into legal precepts, known as legislated law.

KEYWORDS: Living Right. Legislative law. Associations. Eugen Ehrlich.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como espoco analisar o instituto do “Direito Vivo” sob a ótica de Eugen Ehrlich, que no final do XIX e início do século XX, fez parte do movimento do Direito Livre e concebeu a sua teoria sobre o Direito Vivo em contraposição ao positivismo jurídico defendido por Hans Kelsen. Assim, Eugen Ehrlich compreende a existência de um direito vivo, independente do direito legislado. Ehrlich define a sociedade não como um agrupamento de indivíduos, mas como o agrupamento de associações, tais como: a família, o Estado, a comunidade etc. Portanto, para o direito vivo cada indivíduo pertence a uma associação, na qual é reconhecido e se submete as regras internas. Nessas relações sociais é que se manifesta o direito vivo, por meio das regras de convivência entre os seus membros.

Denota-se assim, o forte caráter sociológico da teoria do Direito Vivo de Eugen Ehrlich, pois conforme essa teoria o direito não se encontra somente nas preposições jurídicas, as quais são genéricas e abstratas, mas sim na complexidade e na dinamicidade das relações sociais. (EHRlich, 1986, p. 3)

Na sequência, apresenta-se breves comentários sobre as fontes desse direito vivo, isto é, o Estado, a família, a igreja, a propriedade, o contrato, as comunidades, as decisões judiciais, etc. Entender sua constituição e o seu desenvolvimento podem explicar como as prescrições jurídicas são estabelecidas.

Por fim, busca-se demonstrar a manifestação do direito vivo, conforme concebido por Eugen Ehrlich, no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Para tanto, foi identificado e analisado alguns julgados dos tribunais das principais cortes Brasileiras, os quais nitidamente, revelam a manifestação do direito vivo.

2 I EUGEN EHRlich E O DIREITO VIVO

Eugen Ehrlich nasceu na Áustria em 1862, foi professor e jurista, austríaco da Boukowina, pertencente à escola do Direito Livre, movimento surgido na Alemanha em 1906, considerando um dos grandes expoentes e fundador da Sociologia do Direito, o qual desenvolveu a sua teoria na obra “Fundamentos da Sociologia do Direito de 1913”. Nesta obra o autor compreende o fenômeno jurídico na ideia de que o direito não se encontra preso à legislação, mas na dinâmica fática da vida, nas práticas sociais. Tal pensamento rompe com a doutrina majoritária de sua época, o positivismo, que tinha como principal ícone e defensor Hans Kelsen. (MALISKA, 2015, p.17).

Neste contexto histórico, especificamente, no início do século XX, surgiram diversas escolas de contestação às teorias que justificavam as dogmáticas jurídicas e, principalmente sua relação com a sociologia. Surgiu assim, na Alemanha e na Áustria, a chamada Escola do Direito Livre (*Freirechtsbewegung*), cujo maior expoente foi Eugen Ehrlich (ARNAUD; DULCE, 2000, p. 72).

Notadamente, defendia-se a existência de um Direito Livre, de um Direito social, à margem do Direito Estatal. Podem-se citar como outros integrantes desta corrente de pensamento Hermann Kantorowicz e Ernst Fuchs. Segundo André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce (2000, p. 74):

O Movimento do Direito Livre foi uma corrente “crítica” ante o formalismo, o legalismo e o idealismo, que eram características dominantes da ciência jurídica alemã no início do século XX, configurada, sobretudo, pela *Begriffjurisprudenz* (Jurisprudência dos Conceitos). É preciso interpretar o aparente “radicalismo” das teses defendidas pelos autores do Movimento do Direito Livre em seu contexto histórico. Conquanto elas tenham, com o passar do tempo, provocado muitas críticas e muita polêmica, várias delas foram, hoje, integradas no desenvolvimento da ciência do direito.

Ehrlich sustenta que o fenômeno jurídico deve ser analisado e compreendido como um fenômeno social, pois nasce no meio da “ordem interna das organizações sociais”. Esta concepção rejeita a ideia unívoca do monismo jurídico e seu paradigma formalista. Segundo Ehrlich a sociedade é formada não pela união de indivíduos isolados, mas pelo agrupamento de diversas associações, tais como: família, cooperativa, comunidades, etc. (MALISKA, 2015, p.85).

Portanto, não há para o autor o direito individual, mas apenas o direito social, pois “*para o direito a pessoa individualmente considerada somente existe como membro de uma das várias associações em que se vê inserida ao longo de sua vida*”. (MALISKA, 2015, p.85).

No seio dessas associações sociais diversas regras são reconhecidas por seus integrantes como determinantes da convivência social e agem de acordo com tais regras, são as regras do direito, da moral, da religião, dos costumes, das boas maneiras etc. Ao que Ehrlich chamou de fatos sociais, produtos da força que agem nessas associações e não podem deixar de ser consideradas. (MALISKA, 2015, p.86).

Quando tais regras regulam o modos de agir, impondo ordens e proibições abstratamente aos integrantes das associações denominou de normas. Assim, a ordem interna das associações são determinadas pelas normas jurídica, ou seja, “*o direito empírico, aquele praticado nas associações, que independem de determinação legal*”. (MALISKA, 2015, p.87).

Assim, para Ehrlich, o Direito Vivo surge e se desenvolve nessas associações, são as normas jurídicas que ainda não se tornaram prescrições normativas, ou seja, leis emanadas do Estado. Esse é o Direito Vivo, que existe independentemente do Estado, e é aceito e respeitado pelos membros das associações, pois possuem coerção própria.

Nesta esteira, Ehrlich assevera que “*o direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas domina a vida*”. (EHRlich, 1986, p. 378).

Ehrlich critica o Direito Legislado, no sentido de que este Direito não expõe a realidade da vida em sociedade:

Nossos Código sempre estão sintonizados com uma época muito anterior à contemporânea e toda a arte jurídica do mundo não seria capaz de retirar deles o verdadeiro direito de seu tempo, simplesmente pelo fato de que eles não contêm. As relações jurídicas com que lidam são tão inigualavelmente mais ricas, complexa e cambiantes do que antes, que a própria ideia de esgotá-las em um Código seria uma monstruosidade. Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um Código corresponde mais ou menos a querer um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta em muita coisa simplesmente não entra. (EHRlich, 1986, p. 374).

Dessa maneira o direito legislado (codificado), não corresponde ao direito praticado nas relações sociais, essa dissonância entre a norma positivada e o Direito Vivo afasta o pensamento de que a única fonte do direito é a norma emanada do Estado.

Para demonstrar e justificar a sua teoria Eugen Ehrlich apresenta alguns exemplos do Direito Vivo, inicialmente, refere-se ao casamento no campesinato austro-alemão, no qual o regime de comunhão de bens praticado pelas associações é totalmente diferente do regime de comunhão das prescrições do Código Civil Austríaco e, por conta disso, as prescrições jurídicas do *códex* nunca são aplicadas. (EHRlich, 1986, p. 375-6).

Nesta senda, apresenta ainda o autor o fenômeno do contrato de arrendamento agrário, nos quais as prescrições jurídicas Alemãs e Austríacas são substituídas pelas determinações dos próprios contratos das partes envolvidas. A norma vigente não expressa aquilo que realmente acontece nas associações sociais, o Direito Vivo praticado pelos integrantes das associações estão dissociados da norma positivada. (EHRlich, 1986, p. 376).

No que tange ao direito de família, esclarece Ehrlich:

Tomemos ainda o direito familiar. O que se chama a atenção do observado é a contradição entre a ordem familiar realmente existente e a que os códigos exigem. Creio que na Europa não existe país em que as relações entre homem e mulher, entre pais e filhos, entre família e seu meio realmente sejam tais que correspondam às normas do direito vigente, em que os membros de uma família em sua convivência diária procurassem pôr em prática os direitos que a letra da lei lhes assegura. Com isso está claro que também neste caso o direito vigente não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida. Por isso de forma alguma a ciência e o ensino podem restringir-se a explicar o que está escrito na lei; eles deveriam investigar as configurações reais, que são diferentes em cada classe social e em cada região, mas que possuem uma essência uniforme e típica. Não se discute aqui se a lei perdeu o domínio sobre a vida ou talvez nunca o tenha possuído, se avida evoluiu para além da lei ou nunca tenha correspondido a ela. Também aqui a ciência como a doutrina do direito cumpre mal a sua tarefa se ela se limita a descrever o que a lei prescreve e não o que de fato acontece. (EHRlich, 1986, p. 377).

Dessa maneira, Eugen Ehrlich demonstra que, no seio das associações, opera-se diversas regras e normas regulatórias comportamentais, que são praticadas e observadas pelos cidadãos, ainda que tais regras e normas não estejam positivadas no ordenamento jurídico.

2.1 As Fontes do Direito Vivo

Para Eugen Ehrlich as fontes do Direito Vivo são às associações, tais como: Estado, família, Igreja, propriedade, contrato, comunidades etc., portanto, entender a sua constituição e o seu desenvolvimento e a sua estrutura interna podem explicar como as prescrições jurídicas são estabelecidas. (MALISKA, 2015, p.120).

Como se observa a teoria de Ehrlich é desenvolvida no historicismo, encarando o fenômeno jurídico de forma empírica, o qual se desenvolve no tempo e na História, sendo necessário a análise sociológica dos fatos sociais construídos na esfera interna das associações, que compõe a sociedade.

Destaca ainda como uma das principais fontes do Direito Vivo “o moderno documento legal”, ou seja, a sentença judiciária, as quais expressam às manifestações do Direito Vivo, utilizada para a correção da interpretação das leis e das construções jurídicas. (EHRlich, 1986, p. 378).

Portanto, para Ehrlich (1925, p. 128, apud COSECHEN; MALISKA. 2016. p. 239). “*A observação viva da realidade é a melhor fonte dos conceitos jurídicos*”. Assim, o Direito Vivo é extraído da observação das relações concretizadas no meio da sociedade, basta observar os hábitos, os contratos, os estatutos, as declarações de última vontade, para extrair as regras que regulam as relações interpessoais.

Entretanto, Ehrlich (1986, p: 145) não afasta a relevância do direito positivado, pois é um instrumento normativo do próprio Estado Moderno na resolução dos conflitos.

Evidentemente seria uma ideia infantil desistir totalmente da legalização do direito dos juristas. O direito científico e o dos juizes superam o direito legal em riqueza, maleabilidade; mas, numa fase superior de evolução, a humanidade é confrontada com uma série de tarefas na vida jurídica que, ao menos na atual constituição social, só podem ser resolvidas pelo Estado.

Assim, para Ehrlich é perfeitamente possível a convivência harmônica entre o direito positivado e o direito vivo, o primeiro apresenta-se como instrumento do Estado na busca de suas finalidades, e, por consequência, o segundo, uma manifestação dos fatos sociais reiteradamente perpetrados nas associações que regulam as regras de convivência, mas adverte que: “*uma ciência jurídica útil não pode apenas se reduzir ao direito escrito, mas deve também dar atenção ao que de fato ocorre na prática jurídica*”. (MALISKA, 2015, p.127).

3 I AS MANIFESTAÇÕES DO DIREITO VIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O pensamento do Direito Vivo demonstra a realidade da sociedade, a sua dinamicidade se contrapõe ao caráter estático do direito legislado, pois o Direito Vivo vai aonde o direito legislado não alcança. Impossível o legislador prever e antever todos os fatos sociais, para posterior positivação. Assim, necessário se faz aos operadores do direito recorrer ao direito vivo existente no âmbito social para a solução dos litígios.

Porém, a aplicação do direito vivo deve ser submetida a uma filtragem constitucional. Um Direito Vivo produzido por uma associação, que contraria a ordem constitucional, que

atente contra a dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, não poderá ser reconhecida pelo Direito Constitucional. (MALISKA, 2015, p. 139). Assim, não podemos chamar de direito vivo, por exemplo, a coação exercida pelos Gangsteres. (MALISKA, 2015, p. 141).

Nesta toada, destaca-se a terrível prática criminosa perpetrada pelas milícias aos moradores das favelas do Estado do Rio de Janeiro, na qual, sob grave ameaça controlam o comércio local e ditam as regras de convivência aos moradores. Apesar dessa prática, sob o ponto de vista sociológico ser considerado um “direito vivo” não pode ser reconhecido pela norma constitucional, pois fere fortemente a dignidade da pessoa humana.

Especificamente, é no direito de família, que se encontra a manifestação do Direito Vivo de forma mais latente. A contradição entre o conceito de família no direito legislado e no direito vivo reflete essa conclusão.

No direito legislado, notadamente, o Código Civil de 2002, o legislador infraconstitucional dedicou no livro IV da parte Especial, dos artigos 1.511 ao artigo 1.783, do Direito da família, o casamento, a separação e o divórcio, a proteção dos filhos, as relações de parentesco, a filiação e o reconhecimento de filhos, a adoção e o poder familiar, a união estável, dentre outros assuntos destinado a família.

Da simples análise dos dispositivos anunciados, historicamente, chega-se à conclusão de que para o direito civil a constituição de família é apenas a união entre homem e mulher, pois o Codex, dedica diversos artigos para regular o casamento. A preocupação exacerbada na formalização e “*sacralização do casamento faz parecer que essa seja a única forma de constituir família*” (DIAS, 2011, p. 148).

Tal entendimento de que a família é a união entre homem e mulher imperou por muito tempo na jurisprudência, expondo o conservadorismo da sociedade brasileira.

No entanto, com a evolução da sociedade, a família ganhou novos contornos, novas formas foram estabelecidas no seio da sociedade, é o direito vivo praticado e manifestado no meio social. A união entre pessoas do mesmo sexo seria considerado unidade familiar? Pois bem, o direito positivado reconhece essa união como uma unidade familiar.

A doutrina mais moderna atenta as mudanças sociais percebeu o direito vivo em relação aos arranjos familiares. Assim o que identifica a família não é a celebração do casamento nem a diferença do sexo, mas o vínculo afetivo entre duas pessoas com objetivos e propósitos comuns. (DIAS, 2011, p. 42).

A Constituição de 1988, em seu artigo 226 (BRASIL, 1988), garantiu a família especial proteção do Estado, reconhecendo a existência de outras entidades familiares, além da constituída pelo casamento, como a união estável e a comunidade formada por pais e seus descendentes. Uma interpretação literal da norma pode levar a conclusões errôneas, levando a crer a inexistência de outros arranjos familiares, além dos referidos no dispositivo.

Diante disso, os magistrados, com fundamento na teoria Ehrlichiana, observando os novos arranjos sociais não demoraram para reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e garantir-lhe a proteção jurídica. Esse esforço da jurisprudência brasileira foi decisivo no sentido de garantir a dignidade da pessoa humana.

Nesta esteira, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF n. 132 e ADI n. 4.277, (BRASIL, 2011), reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, conferindo ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002, interpretação conforme a Constituição Federal, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Conforme a Corte não se pode discriminar as pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher, seja no plano da orientação sexual de cada qual deles.

O Ministro Joaquim Barbosa¹ manifestou seu voto a favor do reconhecimento da união homoafetiva, observando:

Estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito". [...] "o direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais não apenas entre nós, brasileiros, mas em escala global.

Como se vê o Ministro esposou a fragilidade do direito positivado, que não é capaz de abarcar todos os fatos da vida humana. A visão restritiva de que o Direito se restringe a norma positivada não subsiste mais no ordenamento jurídico brasileiro. O reconhecimento do direito vivo restou expresso nos votos dos ministros da corte suprema no julgado da ADI 4.277, notadamente, no voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Nesse passo, seguiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ – no Resp. n. 1.183.378/RS (BRASIL, 2012), no qual sublinhou os múltiplos arranjos familiares reconhecidos pela Carta Magna, não sendo possível negar proteção estatal a nenhuma família, independentemente de orientação sexual dos seus membros, uma vez que todas possuem os mesmo núcleos axiológicos da dignidade da pessoa humana. O direito à autoafirmação e a um projeto de vida independe de tradições ortodoxias. Por fim, ressalta, que o direito à igualdade somente se realiza se é garantido o direito à diferença.

Ainda neste entendimento, refere-se o julgado do juiz Luís Cláudio Cabral Chaves, da 4ª Vara de Família e Sucessões de Manaus, que reconheceu a união estável simultânea de um homem com duas mulheres, após a morte dele. Conforme o magistrado, a ideia tradicional de família, para o Direito brasileiro, era aquela que se constituía pelos pais e filhos unidos por um casamento, regulado pelo Estado.

1 Joaquim Barbosa manifestou seu voto reconhecendo a União Homoafetiva no julgamento da ADI: 4277 DF, de Relatoria do Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341.

A Constituição Federal de 1988 ampliou esse conceito, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre homem e mulher. O Direito passou a proteger todas as formas de família, não apenas aquelas constituídas pelo casamento, o que significou uma grande evolução na ordem jurídica brasileira, impulsionada pela própria realidade²

Outra manifestação do direito vivo na jurisprudência pátria relacionado ao direito de família encontra-se na multiparentalidade, ou seja, no reconhecimento da dupla paternidade ou maternidade. Neste caminho segue a jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (BRASIL, SÃO PAULO, 2012) e de Santa Catarina (BRASIL, SANTA CATARINA, 2011), que foram os primeiros a acolher este entendimento:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família – Enteadado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. (TJSP, AC64222620118260286, 1ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 14/08/2012).

PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUTORA QUE, COM O ÓBITO DA MÃE BIOLÓGICA, CONTANDO COM APENAS QUATRO ANOS DE IDADE, FICOU SOB A GUARDA DE CASAL QUE POR MAIS DE DUAS DÉCADAS DISPENSOU A ELA O MESMO TRATAMENTO CONCEDIDO AOS FILHOS GENÉTICOS, SEM QUAISQUER DISTINÇÕES. PROVA ELOQUENTE DEMONSTRANDO QUE A DEMANDANTE ERA TRATADA COMO FILHA, TANTO QUE O NOME DOS PAIS AFETIVOS, CONTRA OS QUAIS É DIRECIONADA A AÇÃO, ENCONTRAM-SE TIMBRADOS NOS CONVITES DE DEBUTANTE, FORMATURA E CASAMENTO DA ACIONANTE. A GUARDA JUDICIAL REGULARMENTE OUTORGADA NÃO É ÓBICE QUE IMPEÇA A DECLARAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, SOBRETUDO QUANDO, MUITO ALÉM DAS OBRIGAÇÕES DERIVADAS DA GUARDA, A RELAÇÃO HAVIDA ENTRE OS LITIGANTES EVIDENCIA INEGÁVEL POSSE DE ESTADO DE FILHO. AÇÃO QUE ADEQUADAMENTE CONTOU COM A CITAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO, JUSTO QUE A SUA CONDIÇÃO DE GENITOR GENÉTICO NÃO PODERIA SER AFRONTADA SEM A PARTICIPAÇÃO NA DEMANDA QUE REFLEXAMENTE IMPORTARÁ NA PERDA DAQUELA CONDIÇÃO OU NO ACRÉSCIMO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O estabelecimento da igualdade entre os filhos adotivos e os biológicos, calcada justamente na afeição que orienta as noções mais comezinhas de dignidade humana, soterrou definitivamente a ideia da filiação genética como modelo único que ainda insistia em repulsar a paternidade ou maternidade originadas

unicamente do sentimento de amor sincero nutrido por alguém que chama outrem de filho e ao mesmo tempo aceita ser chamado de pai ou de mãe. 7 (TJSC, AC 2011.034517-3, 4ª Câm. Civil, Rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber, j. 18/10/2012).

Destarte, deduz-se pelo reconhecimento da jurisprudência brasileira da existência do direito vivo Ehrlichiano, principalmente, no âmbito do direito de família, em que se mostra uma realidade à luz do direito constitucional.

A releitura do direito civil à luz do direito constitucional propicia uma renovação da dogmática civilista que faz emergir um direito de família vivo, que até então era ignorado pelo direito legislado. Nota-se que o reconhecimento desse direito vivo é feito no quadro da ordem constitucional, com referência a princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade substancial, liberdade e democracia. (MALISKA, 2015, pp. 143-4)

No âmbito do direito penal, encontra-se também a manifestação do direito vivo, a análise sociológica dos aspectos fáticos são expressadas nos julgados atuais. Especialmente, no que tange aos delitos patrimoniais e ao reconhecimento do princípio da “bagatela” ou ainda denominado princípio da “insignificância”.

Tal postulado não tem previsão legal no direito brasileiro. Trata-se de uma criação da doutrina e da jurisprudência, portanto, sendo assim, pode ser considerado uma manifestação do direito vivo. A sua natureza jurídica, para a maioria doutrinária, é de uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Pois se o fato é penalmente insignificante, ou seja, não lesou e nem causou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, não há motivo para intervenção do direito penal.

Como bem observa MASSON (2014. p. 308), o princípio da insignificância ou criminalidade de bagatela teve sua origem inicialmente no Direito Romano, no campo civil, derivado do brocardo de *minus curat praetor*, isto é, o direito penal não deve se ocupar de assuntos irrelevantes, incapazes de lesar o bem jurídico tutelado, como por exemplo a subtração do cadarço de um tênis em uma grande loja de calçados ou ainda, a subtração de uma folha de papel em branco de uma agência bancária.

O Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus (HC) nº 84.412-0/SP (BRASIL, 2004), estabeleceu critérios que indiquem a possibilidade de atenção ao princípio da insignificância e, conseqüentemente, a aplicação ou não de pena. De acordo com o ministro, para que seja aferido o relevo material da tipicidade penal, é necessária à presença dos seguintes vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em decisão mais recente o Supremo Tribunal Federal (STF), ratificou o entendimento da aplicabilidade do princípio da insignificância, demonstrando o posicionamento firme da Corte, por intermédio do Ministro Celso de Mello, no julgado HC 145406 (BRASIL, 2017), impetrado pela Defensoria Pública da União, determinou a extinção da ação penal, na qual um homem foi condenado pela Justiça de Minas Gerais a prestar serviço à comunidade por furtar 12 caixas de bombom, no valor de R\$ 96,00. Em sua fundamentação o Ministro verificou que o caso em exame todos os requisitos foram preenchidos para aplicação do princípio da insignificância, a saber: a ofensividade mínima da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Desta forma, presentes todos os vetores que autorizam a aplicação do princípio da insignificância restou afastada a tipicidade da conduta.

Neste sentido é a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a incidência do princípio da insignificância, dentre inúmeros outros casos, em crime contra o patrimônio, tentados ou consumados, de bens avaliados em: R\$ 270,00 (STF, HC 95.957-RS, rel. Min Celso de Melo, j. 7.10.08); R\$ 160,00 (STF, HC 93.393-RS, rel. Min Cezar Peluzo, j. 14.04.09) R\$ 154,57 (STF, HC 89.624-RS, rel. Min Carmen Lúcia, j. 7.10.08).

Nesta perspectiva, vislumbra-se outra manifestação do direito vivo na seara penal. No que tange ao delito de furto do art. 155, §1º do CPB, conhecida na doutrina como furto noturno, fixou uma causa de aumento de pena, nos casos em que o furto seja praticado durante o repouso noturno.

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: (...)

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno." (BRASIL, 1940).

Como se observa a pena do delito de furto é aumentada em um terço quando praticado durante o repouso noturno, no entanto, a lei não define o que venha a ser “repouso noturno”. Assim, cabe ao interprete analisar o caso concreto, observar a dinâmica da vida, dos fatos, para aplicação da norma. Portanto, nesse contexto, exige-se o esforço do operador do direito buscar o sentido da norma no direito vivo, conforme a visão Ehrlichiana.

A doutrina mais balizada de forma correta expõe a necessidade do operador do direito em buscar nos fatos sociais o direito vivo. Assim, o significado de repouso noturno, para Damásio de Jesus (2013, p. 358):

Repouso noturno é o período em que, à noite, pessoas se recolhem para descansar. Enquanto na violação de domicílio o CP se refere à qualificadora do fato cometido 'à noite', no furto menciona a circunstância de o fato ser praticado durante o período de repouso noturno. Não há critério fixo para a conceituação dessa qualificadora. **Depende do caso concreto, a ser decidido pelo juiz. Assim, a qualificadora varia no espaço. Ninguém dirá que não foi praticado durante o período de repouso noturno furto realizado às 21 horas no centro de São Paulo.** Entretanto, ocorrerá essa qualificadora numa fazenda do interior, uma vez que é comum nesses lugares o recolhimento das pessoas, para o repouso, ainda bem cedo (grifo meu)

Para Cesar Roberto Bitencourt (2012, p. 803):

Com a expressão durante o repouso noturno, por certo, a lei não se refere ao nascer e ao pôr do sol, mas ao período de recolhimento, aquele em que a população deve dormir. Essa circunstância, **de natureza puramente sociológica, deve ser analisada, casuisticamente, considerando os hábitos e costumes da localidade onde o fato ocorreu.** A existência ou não da majorante é matéria de fato, que deve ser examinada em cada caso concreto. Na linha restritiva a que nos propomos, para se configurar a majorante do repouso noturno necessita ser praticado em casa habitada, já em horário de repouso, porque, nessas circunstâncias, efetivamente, afrouxa-se a vigilância do sujeito passivo, facilitando não só a impunidade mas também o êxito do empreendimento delituoso. Levantaram-se sobre o tema algumas orientações distintas: a) o lugar precisa ser habitado, com pessoa repousando (RT, 559:358); b) o lugar não precisa ser habitado (RT, 537 :372 e 590:361); c) os moradores não devem estar acordados (RT, 498:323); d) não se exige a presença de moradores (STF, RTJ, 64:593 e RT, 637:366). (grifo meu)

Outro exemplo de manifestação do direito vivo no ordenamento jurídico brasileiro pode ser extraído do Recurso Especial nº 249026/PR, de 23/05/2000 (BRASIL, 2000). No presente julgado foi garantido ao postulante o direito de sacar/levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, apesar da lei 8.036/90, em seu art. 20, XI, prevê tal benesse somente para as pessoas acometidas por neoplastia maligna, ou seja, câncer. O Tribunal de forma acertada entendeu que não se pode apegar, de forma rígida a letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, à luz do texto Constitucional, para garantir o pleno direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Veja-se a ementa do julgado:

FGTS. LEVANTAMENTO, TRATAMENTO DE FAMILIAR PORTADOR DO VÍRUS HIV.

POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no artigo 20, XI, da Lei 8036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e a dignidade humana e, levando-se em conta o caráter social do Fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidade básicas e de seus familiares.

2. Recurso Especial desprovido.

Como se pode observar os exemplos doutrinários e jurisprudências expostos acima, tem reconhecido e revelado o “Direito Vivo”, ou seja, aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. (EHRlich, 1996, p. 378).

O apego exacerbado ao direito positivado, a letra fria da lei, sem levar em considerações os fatos sociais, não é suficiente para a solução dos diversos conflitos na sociedade. A análise sociológica pelo operador do direito conduz a identificar e trazer a lume o “direito vivo”.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de considerações finais tem-se que objetivou compreender a construção teórica do instituto do Direito Vivo na visão de Eugen Ehrlich e a sua manifestação atual no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o pensamento de Ehrlich o direito não se restringe apenas as normas que emanam do aparato estatal, originam-se, principalmente, das relações sociais praticadas nas associações sociais, tais como: a família, a comunidade, a igreja etc. Essas manifestações comportamentais expressam às regras de convivência e determinam a origem das normas jurídicas.

Essas regras de convivência praticadas no seio da sociedade, por vezes são reconhecidas pela jurisprudência brasileira, notadamente, nos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, revelando assim o Direito Vivo.

Percebe-se que os magistrados, em suas decisões, não estão presos apenas ao direito positivado/legislado, o qual é limitado e não apresenta as soluções para todos os conflitos existentes da sociedade, assim, recorrer ao Direito Vivo, é um imperativo necessário para resolução dos problemas sociais.

Uma das formas de manifestação do Direito Vivo é encontrada e revelada no direito de família, os novos arranjos familiares demonstram novas regras de convivência nas associações familiares. No entanto, o direito de família positivado não é capaz de satisfazer as demandas existentes na sociedade, o que impõe aos magistrados a inevitável busca do Direito Vivo para a solução dos litígios sociais, como forma de resolução.

O reconhecimento das relações homoafetivas e pluriafetivas, bem como, o reconhecimento da multiparentalidade, pelos tribunais, são alguns dos exemplos atuais da existência e manifestação do Direito Vivo.

No entanto, cumpre observar a necessidade de submeter os fatos sociais, que revelam o Direito Vivo a uma filtragem constitucional, como forma de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana e legitimação do Direito Vivo.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas Dulce. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Acesso em 05/03/2019.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** - STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em 05/03/2019>.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Habeas Corpus. HC 84.412-SP. Relator: Min. Celso de Melo. De 19/11/2004. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28HC+84412%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y8uqs7mz>> Acesso em 06/03/2019.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** - STF. HC 145406, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 31/08/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 01/09/2017 PUBLIC 04/09/2017 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28HC+145406%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7ax93cz>> Acesso 06/03/2019.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** - STJ - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012. <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/voto-21285518?ref=serp>>. Acesso em 05/03/2011

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. REsp 249.026/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/05/2000, DJ 26/06/2000, p. 138. Disponível em < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&iivre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%27249026%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27249026%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&iivre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%27249026%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27249026%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em 08/03/2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado** / Cezar Roberto Bitencourt. — 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Direito penal - Legislação I. Título. 10-14020 CDU-343 (81) (094.46).

COSECHEN, Daniela Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. **O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de Eugen Ehrlich**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. ISSN: 0104-6594. 2016. Porto Alegre/RS.<<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70080/40501>> Acesso em 01/03/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: UnB, 1986. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília. 1986.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, 2º volume**: parte especial; Crimes contra a pessoa o crimes contra o patrimônio / Damásio de Jesus. — 33. ed. — São Paulo: Saraiva, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Aportes para uma Reflexão Atual Sobre Pluralismo e Constituição. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

Masson, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial – vol. 2 / Cleber Masson. – 6.ª ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

SÃO PAULO. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA** - TJSP, AC64222620118260286, 1ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 14/08/2012. <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp>> Acesso em 05/03/2019

SANTA CATARINA. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA** - TJSC, AC 2011.034517-3, 4ª Câmara. Civil, Rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber, j. 18/10/2012. <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora> Acesso em 05/03/2019.

EDUCAÇÃO PARA UMA CULTURA DE PAZ E A INTERDISCIPLINARIDADE NA NEG-MED-ARB

Data de aceite: 01/09/2020

Data de submissão: 20/06/2020

Edilamar Rodrigues de Jesus e Faria

PUC-Goiás Programa de Pós-Graduação em
Educação - PPGE
Goiânia – Goiás
<http://lattes.cnpq.br/8405370295571408>

Luiza Rodrigues Costa

PUC-Goiás Escola de Direito e Relações
Internacionais
Goiânia – Goiás
<http://lattes.cnpq.br/8085544141448385>

Fernanda Rodrigues Costa

Unievangélica Faculdade de Psicologia
Anápolis – Goiás
<http://lattes.cnpq.br/8292551899447339>

RESUMO: O estudo tem como objetivo compreender a Educação para uma cultura de paz e aspectos da interdisciplinaridade presente na proposta do Conselho Nacional de Justiça, para a resolução de conflitos no âmbito da negociação, mediação e arbitragem, também conhecida como NEG, MED, ARB. A metodologia de revisão bibliográfica no modelo interdisciplinar entre as Ciências Humanas e Sociais, *Manual de Mediação Judicial*, teses, dissertações e similares que abordam a temática. Fundamentado na “Teoria do Agir Comunicativo” de Habermans e da Psicologia Social. Os resultados são favoráveis ao sucesso da cultura de paz e ao empoderamento da sociedade por meio da autocomposição.

PALAVRAS-CHAVE:

Educação.
Interdisciplinaridade. Negociação. Mediação.
Arbitragem.

EDUCATION FOR A CULTURE OF PEACE AND INTERDISCIPLINARITY IN NEG-MED-ARB

ABSTRACT: The study objective understand Education for a culture of peace and the aspects of interdisciplinarity present in the proposal of the Brazilian National Council of Justice, for the resolution of conflicts in the scope of negotiation, mediation and arbitration, also known as NEG, MED, ARB. The bibliographic research methodology in the interdisciplinary model between Human and Social Sciences, *Judicial Mediation Manual*, theses, dissertations and similars that address the theme. Based on Habermans’ “Theory of Communicative Action” and Social Psychology. The results are favorable to the success of the culture of peace and to the empowerment of society through self-composition.

KEYWORDS: Education. Interdisciplinarity. Negotiation. Mediation. Arbitration.

1 | INTRODUÇÃO

O tema proposto contempla um assunto de grande relevância para as diferentes formas de resolução de conflitos, dialogando com o conceito de paz, na difícil tarefa de defini-lo. A educação para a paz, um ideal pacífico, para garantia da ordem social e a estabilidade das relações humanas, tendo

como princípios a justiça social, a equidade, a democracia e a cessação de hostilidade. Uma vez que a violência causa demasiados prejuízos e sofrimento aos indivíduos, e a sociedade como um todo. No âmbito do direito, defende-se que a sociedade pode ser educada para resolver de modo não violento os conflitos e lides que tanto ocupam os recursos do Estado em demandas e processos intermináveis.

Assim, no âmbito da justiça, as relações estabelecidas e preservadas de parceiros em mudanças sociais, favorecendo a otimização das relações de conflito. Isso requer um ativismo dos operadores do direito, mudanças dos valores profissionais. Esse método está focado na orientação e na educação do jurisdicionado voltada para a educação da sociedade para a harmonia e a autonomia na resolução de conflitos, com celeridade, sigilo, manutenção dos relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade (CNJ, 2016).

Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo compreender a promoção da cultura de paz por meio da Neg-Med-Arb e sua interdisciplinaridade, buscando a obtenção da paz social pela resolução de conflitos e pela educação para defesa e respeito aos demais. Etimologicamente, a construção do termo Neg-Med-Arb é uma abreviação do trio Negociação-Mediação-Arbitragem (CNJ, 2016). No latim *negotium*, que significa ato ou efeito de negociar, transação. Enquanto o termo mediação, proveniente do latim *mediare*, traduzido para intervir, mediar, consiste na participação de um terceiro imparcial ou terceiros imparciais, que contribuem para a resolução de um conflito a pedido das partes. A arbitragem ou *arbitrium* que é o ato ou efeito de julgar, tomar decisões, normalmente realizada por árbitros, peritos (SERPA, 1999).

A proposta é que a sociedade civil, gozando de suas atribuições democráticas e poder de tomada de decisões, possam realizar a conciliação. Assim, considera-se uma temática inerente a pós-modernidade, uma evolução do Estado moderno e os novos padrões de difusão do conhecimento e das práticas alternativas de resolução de problemas. Busca, ainda, relacionar os conceitos comuns da psicologia, do direito, da filosofia e da sociologia, adotados de modo interdisciplinar pelo CNJ, *Manual de Mediação Judicial* (2016).

Ressalva-se, como aspecto principal, a busca pela efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a massificação da cultura de paz na sociedade. Pois a Ciência Jurídica agrega em seu *corpus* epistêmico o diálogo entre diferentes ciências tais como a História da Humanidade, a Filosofia, a Sociologia, a Política e não obstante a Psicologia em suas diferentes abordagens. Esse diálogo entre a Psicologia e o Direito busca beneficiar a pluralidade e o dinamismo que harmoniza diferentes formas de agir e de pensar, favoráveis ao processo educativo. Desse modo, efetivando o respeito às diferenças e a diversidade de entendimento e compreensão do humano e seu posicionamento na sociedade.

2 | A EDUCAÇÃO PARA A CULTURA DE PAZ E AS CONTRIBUIÇÕES DA MEG-NEG-ARB

De acordo com o documento das nações Unidas (ONU), o *Manifesto para uma cultura de paz e não violência* (2000), a cultura de paz está vinculada de modo inerente à prevenção e à resolução não violenta de conflitos. A cultura de paz tem como princípio o respeito à vida e à diversidade, a rejeição à violência, o ouvir o outro para compreendê-lo, a preservação do ambiente, o redescobrir a solidariedade, e buscar a equidade nas relações de gênero e etnias e para fortalecer a democracia e os direitos humanos.

Nesse sentido, traz-se como ferramenta para a construção desta cultura de paz a instituição da mediação extrajudicial, disposta no artigo 334 do *Código de Processo Civil Brasileiro* (2015). Destacado por Barros (2013), que a mediação é uma técnica não-violenta de resolução de conflitos, onde um especialista neutro, capacitado, realiza reuniões conjuntas ou separadas com as pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) a fim de estimulá-las a uma solução satisfatória e ao bom relacionamento entre as partes (BARROS, 2013, p. 42).

Outras possibilidades efetivas de aplicações da mediação, de acordo com Barros (2013), referem-se à mediação familiar, que “não restringe ao Direito, ao Serviço Social, mas abrange outras áreas como a psicologia, a Educação, a Sociologia, a Comunicação, a Antropologia” dentre outras (p. 14). Contribuindo para o desenvolvimento de profissionais conscientes sobre seus limites e sobre o caráter educativo ou pedagógico de sua postura juntos àqueles com ele atua. (p. 15-16).

A nível internacional Med-Neg-Arb, conhecida como sistema híbrido, é reconhecida como método mais recente para resolução de conflitos na arbitragem internacional, contando com a criação do Centro Internacional de Arbitragem de Singapura (SIAC) e o Centro de Mediação Internacional de Cingapura (SIMC) em 2014. Enquanto prática no Brasil, os métodos extrajudiciais, previstos no Código de Processo Civil (2015), com a negociação, a mediação e a arbitragem, já são conhecidos desde o período imperial, prevista na Constituição do Império de 1824, conforme descrito na sequência do presente texto, com a compreensão de um contexto geral relevante.

3 | UM BREVE HISTÓRICO DA PRÁTICA DA MEDIAÇÃO

A cultura de pacificação por meio da negociação, mediação e arbitragem contempla três principais escopos, sendo eles: o escopo jurídico (com maior celeridade dos processos e dos feitos), o escopo político (Constituição Federal de 1988, sobre a tutela constitucional dos processos e dos direitos) e o escopo social (objetivo final é estimular a conciliação no seio do processo civil comum), o presente estudo tem seu foco voltado para o escopo social, que se situa na educação para a solução de conflitos como meio de pacificação e empoderamento social (DAMARCHI, 2007, p. 10).

Ao longo da história humana, alguns meios de autocomposição eram comuns nas sociedades mais primitivas, seja por imposição física, política ou econômica, o indivíduo garante a satisfação dos interesses de acordo com seus próprios recursos. “A conciliação originária da cultura judaica, a aproximação das partes por um terceiro imparcial, que procura de forma rápida dar solução ao conflito, estimulando a celebração do acordo” (CNJ, 2016, p. 136).

Na Grécia Antiga a *Lei das XII Tábuas*, fazia referência as transações para encerrar uma lide, em Atenas havia os compositores amigáveis políticos e privados. Na que hoje correspondente à Itália, havia um guardião da paz, *Irenofilaci*, pacificava pela razão os contendores. E na Roma Antiga, teria vivido um sábio, Numa Pompílio (753 a.C-673 a.C) escolhido como segundo rei de Roma, pacificador do povo feroz, sábio, e religioso, criador das primeiras leis romanas.

Na Idade Média a Igreja compunha os conflitos dos membros, a mediação remonta ao século XIII, no sentido de intervenção de uma terceira pessoa, não ligada diretamente ao conflito, porém cooperando para sua resolução nas relações humanas. Em 1694, a palavra *médiation* teria sido localizada na enciclopédia francesa. Com a formação do Estado Moderno, destaca-se os “fazedores de paz”, na Holanda, os “juizes de paz” na Inglaterra e França e os “avindores” em Portugal, estimulando os magistrados das ordenações Afonsinas (1447), Manuelinas (1526) e Filipinas (1603). “O direito romano, por meio de tradução das copilações castelhas, a *Lei das Sete partidas, os forais e foro*, previam agentes de pacificação social” (DARMACHI, 2007, p. 45)

Nos Estados Unidos, desde a década de 70 os métodos de resolução de conflitos, foram pensados de modo coletivo, na busca pela harmonia social, modelos como a *Alternative Dispute Resolution* - “ADR engloba programas que enfatizam meios não judiciais para lidar com disputas. O enfoque, geralmente volta-se para a mediação e a arbitragem. Esta veio para ser conhecida como justiça informal (VIEIRA, 2017, p. 120).

A “Resolução Apropriada de Disputas” (RADs), [também conhecido como Resolução Adequada (ou Amigável) de Disputas] inclui uma série de métodos capazes de solucionar conflitos. “Dependendo de como o processo de resolução foi concebido ou desenhado”. Deve-se levar em conta as características e aspectos de cada processo, “custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento, exequibilidade espontâneo do resultado e recorribilidade, manutenção de relacionamentos (CNJ, 2016, p. 17).

Na França, a Lei 95-125 de fevereiro de 1995, a mediação foi incluída como possibilidade de resolução de litígios no Poder Judiciário, seja no meio judicial e extrajudicial, conforme artigos 131, §1º e seguintes do CPC (COMISSÃO EUROPÉIA, 2006, *apud* BARROS, 2013, p. 39). Em Portugal, desde 1997, foi implantado o serviço, que é oferecido pela Associação Nacional de Mediação Familiar (WANABE, 2011, p. 6 *apud* BARROS, 2013, p. 14).

No Brasil, desde 1824, a mediação é citada na Constituição do Império e em 1832 no Código de Processo Criminal, demonstrando preocupação com uma conciliação amigável e reconciliação entre as partes. A Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, instituiu os Juizados Especiais Cíveis, também conhecidos como Juizados de Pequenas Causas, onde a figura do mediador ficou conhecida em detrimento do juiz, excluindo desse contexto as causas de natureza familiar. E a Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, instituiu-se as Câmaras de Conciliação, mediação e Arbitragem.

A primeira proposta legislativa sobre mediação no Brasil foi apresentada pela Deputada Federal Zulaiê Cobra, e coordenação do Ministro do Supremo Tribunal Federal Antonio Cezar Peluso, Projeto de Lei 4.827/1998, tratava da mediação privada e judicial (BRASIL, 1998).

Em 17 de setembro de 2003, foi realizada audiência pública pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, aprovando o Projeto-Lei da Câmara 94/02, com efetiva participação do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, enfoque na mediação judicial no novo Código Civil, aprovado em 2007 na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2002).

A Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 29 de novembro de 2010, instituiu a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário. O método é apoiado nos paradigmas das ciências contemporâneas, e utiliza a complexidade dos fenômenos interpessoais das relações humanas. Essa resolução dá enfoque na educação, prevendo capacitação, treinamento e aperfeiçoamento dos mediadores e conciliadores, estimulando disseminação da cultura de pacificação social por meio do incentivo de utilização das disciplinas das áreas de formação dos próprios agentes que atuam na resolução de conflito.

4 | O EMPODERAMENTO DA SOCIEDADE CIVIL E A AÇÃO RACIONAL DE HABERMAS NA MEDIAÇÃO

De acordo com o pensamento arendtiano, o conflito seria uma brecha entre o passado e o futuro, talvez o próprio *habitat* de toda reflexão. O pensamento kantiano destaca que não bastaria estar de acordo consigo, a “mentalidade alargada”, ou seja, a empatia, é o que nos torna capaz de “pensar no lugar do outro”. Assim, um juízo eficaz repousa na, potencial, concordância com outro alguém, “mesmo que eu esteja inteiramente só ao tomar minha decisão, em antecipada comunicação com outros com quem sei que devo afinal chegar a um acordo” (ARENDDT, 2001, p. 274).

A democracia pressupõe a comunicação e a interação, a busca por entendimento, o pensar no lugar do outro, um acordo. Sendo assim, o espaço indicado para se desenvolver a democracia, segundo Jüngen Habermas, seria o “espaço público, enquanto lugar de construção de decisões na esfera pública em amplo sentido”. As instâncias de composição comunicativa na justiça restaurativa no Brasil, tem aderido à compreensão da Teoria do

Agir Comunicativo de Habermas, que pressupõe uma situação de fala que exige pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem, tais como, a simetria na condição de igualdade de fala, assim como, a igualdade de oportunidade.

Nesse contexto, a possibilidade do mundo ideal vital de Habermas, um local em que os indivíduos irão interagir neste agir comunicativo, deve ser um espaço que contenha as condições para que falantes e ouvintes possam desenvolver seus argumentos dentro um nível elevado de discussão, livres de coações para se chegar ao consenso, em que o melhor argumento vence.

Segundo o ideal habermasiano, a produção jurídica preterida perde espaço para a decisão por depender da decisão do juiz, esse deveria tomar decisões voltadas para o futuro e em orientações axiológicas racionais, de convenção com a política. O direito como instrumento de controle do comportamento para uma finalidade racional, utilitarista, em harmonia com o bem estar econômico (HABERMANS, 2003, p. 249).

Assim, a Teoria do Agir Comunicativo, considera o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, para que aconteça o verdadeiro processo democrático, consideração à pessoa humana, reconhecendo sua pessoa em relação ao direito. Um critério de “cidadania ativa” e a construção histórica da democracia, presente no pensamento de Hanna Arendt (1958). A história sobrepõe à razão e a moral, fazendo com que na prática da decisão judicial, a segurança jurídica tenha a garantia da correção de interpretação positivista (HABERMANS, 2003, p. 251).

De acordo com Habermas (2012) em sua obra *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, “a legitimidade da decisão não se encerra na participação dos afetados pela decisão. Pois a decisão precisa ser resultado das pretensões a direitos trazidas pelas partes e estas possam se reconhecer no produto decisório” (HABERMANS, 2012, p. 38). A linguagem configura-se como um meio para orientação das ações dos mediados, de modo a pacificar as relações intersubjetivas.

Desse modo, o entendimento linguístico é essencial para efetivar a conciliação, pois sem este os participantes não conseguem formular a intenção de entendimento entre si e o mundo. A comunicação ativa se caracteriza pela inexistência de coação, interna e externa, possibilitando, em função da “racionalidade argumentativa”, estabelecer o consenso. “A racionalidade argumentativa tem por escopo um agir voltado para o convencimento, de modo que os participantes possam escolher de forma livre e sem obstáculos o que melhor aproveitar a todos consensualmente” (VIEIRA, 2017, p. 184).

De acordo com Oliveira (2010), esse modelo de comunicação requer uma ética discursiva a aspiração hegeliana de aproximar as dimensões da justiça e da solidariedade, ou dos direitos e dos valores, através da noção da eticidade. “Os ouvintes são convocados a se situarem enquanto atores nas imagens reconstruídas pelo orador, e se deixam tocar simultaneamente nos planos da razão e da emoção” (OLIVEIRA, 2012, p. 242).

O protocolo conciliatório de inviabilidade do aprofundamento da discussão sobre o

conflito, a partir da ideia de culpa, responsabilidade, reparação e reconhecimento, constituem um entrave para a solução de conflito. Isso se dá devido a premente inconsistência em administrá-lo inadequadamente, trazendo à discussão esses elementos subjetivos de potencial agravador da tensão ou do conflito entre os litigantes.

4.1 Dos processos da Neg-Med-Arb para implementar uma cultura de paz

Na mediação o objetivo é reestabelecer o diálogo cooperativo entre as partes, nestas situações a capacitação do mediador é de extrema relevância, para que este saiba distinguir a melhor técnica e estratégia para cada contexto de litígio. O foco, na mediação, está no processo de desenvolvimento do discurso. Para isso o mediador utiliza de técnicas que auxiliem as partes a se ouvirem e dar passos em direção à construção conjunta de novas possibilidades para suas histórias de relação.

Na conciliação, o objetivo é ajudar as partes a encontrarem um acordo possível para a situação vivenciada por elas. O mediador tem como foco é alcançar um consenso. A técnica é a negociação das possibilidades dos envolvidos, a organização de ideias, propondo sugestões viáveis.

Desse modo, a conciliação é indicada para casos de relação esporádica entre os envolvidos ou necessidade de acordo. Enquanto a mediação é favorável em casos de vínculos duradouros que necessitam de forma mais adequada de tratar um conflito sem lesá-los. Assim, a proposta de paz tem sido perfeioada por diversas áreas do saber, a Psicologia Social, a Terapia Familiar e o Direito. Há pelo menos três décadas, essa prática tem sido explorada por meio de programas, instituições privadas e financiados pelo governo em espaços particulares.

A conciliação, tal qual a mediação é um processo de autocomposição realizada por terceiro imparcial, diferenciando desta em alguns aspectos, como o fato de a mediação visar à resolução do conflito, visando a facilitação das partes, enquanto a conciliação busca apenas acordo. Outro ponto válido seria a preocupação com a restauração do vínculo social, enquanto a conciliação buscaria o fim do litígio, permitindo sugestionamento por parte do conciliador.

Também nessa diferenciação seria a celeridade, sendo na “mediação, mais demorada”, diversas sessões, enquanto a conciliação requer apenas uma sessão. E de cunho subjetivo a que se volta e o caráter público que as unifica, a mediação voltada às pessoas, enquanto a conciliação seria voltada aos fatos e direitos e com enfoques subjetivos; ambas eminentemente públicas. Ao que se refere a mediação prospectiva, “enfoque no futuro e em soluções”, com suções próprias, enquanto a conciliação com “enfoque retrospectivo e voltado à culpa”, busca esclarecer pontos ainda não compreendidos pelos litigantes. Sendo a mediação, multidisciplinar (psicologia, administração, direito, matemática, comunicação e outros) e conciliação, “unidisciplinar” (direito) (CNJ, 2016).

A arbitragem é processo privado, mas existem internacionais públicas. Os interessados buscam ajuda do árbitro ou junta, que após o devido procedimento, “prolata a decisão (sentença arbitral) visando encerrar a disputa”. Trata-se de um “processo vinculante”, com oitiva de testemunhas e análise de documentos, envolve advogados e pode durar meses, “trata-se de uma heterocomposição privada”, examinam fatos e direitos, com processo judicial” (CNJ, 2016, p. 24).

Outras hibridações de processos, originários da década de 80 (antes um mesmo profissional fazia as duas composições, hoje são negociações distintas com profissionais distintos, o chamado escalonado), a Med-Arb, se inicia com a mediação, caso não consiga consenso, segue-se para a arbitragem. Enquanto a Neg-Med-Arb, se trata de uma negociação, seguida de uma mediação e, não havendo sucesso, segue-se a arbitragem. Todos esses processos são de procedimentos flexíveis, tornando possível a “concepção ou desenho de um processo de resolução de disputas que melhor adequa ao conflito” (CNJ, 2016, p. 24).

As práticas autocompositivas inominadas não se enquadram na definição de processo autocompositivos, mediação, conciliação ou negociação, mas como “abordagem e auxílio a dependentes químicos, resolução de conflitos familiares, abordagens não mediativas de prevenção da violência familiar, entre outras” (CNJ, 2016, p. 26).

Dentre os modelos norte-americanos, muito utilizado, é o modelo *Stuttgart* e o *Case Management* em gerenciamento de processos apresentado pelo núcleo de Estudos e Debates de CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais) aprovado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), dando origem ao provimento 953/05 (DARMACHI, 2007, p. 82).

O modelo *Stuttgart*, composto por experiências de juízes alemães na reivindicação da oralidade, com base no Código Civil Alemão (*ZPO*) de 1877, produzindo um modelo misto de oralidade e escrita na década de 60 nos USA e simplificado em 1977. “Esse modelo influenciou o art. 331 do CPC Brasileiro, privilegiando a celeridade e economia processual sem agredir a segurança necessária” (DARMACHI, 2007, p. 84).

Nos Estados Unidos, o sistema adversal, o processo fica a cargo das partes, o juiz atua apenas em objeções, excessos ou abusos, tendo como base o *Common law*, sem codificação do modelo europeu, prevalecendo normas resultantes de casos concretos dos tribunais. No Brasil, prevalece o modelo inquisitorial, onde o processo se desenvolve sob o impulso oficial no feito, seguindo procedimento estabelecido (DARMACHI, 2007).

O modelo Harvard (*right-based, problem-solving e interested-based*), o mais utilizado na resolução de conflitos, tem como objetivo central a solução do problema pela obtenção do acordo fundamentado nos interesses (motivação e critérios) próprios das partes, respeitando a autonomia e autodeterminação. Adotado pela Convenção de Nova York e o Projeto de Negociação *Harvard Law School* (1970), o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB) e o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP) (DARMACHI, 2007).

Esse modelo, tem a mediação como forma de abordagem (restrita e ampla), facilitada pelo diálogo entre as partes, entender, posições e descobrir os reais interesses, estimular propostas e soluções próprias, sem expressar suas convicções e experiências pessoais, mantendo o distanciamento, para assegurar o protagonismo das partes (BARROS, 2013). Também conhecido como “ganha-ganha” (*win-win*), modelo de barganha de posições, caracteriza uma negociação distributiva “oferta do comprador; valor mínimo do vendedor; valor máximo que o vendedor aceita a oferta do comprador” (DARMACHI, 2007, p. 105).

O procedimento da negociação cooperativa, tem como regra básica separar as pessoas do problema, pois todos devem ser respeitados, manter o bom nível da comunicação, a empatia (se colocar no lugar do interlocutor), criar ações de ganhos mútuos, evitar concessões recíprocas e criar valores comuns entre as partes. Utiliza-se a *brainstorming*, como técnica para estimular a criatividade dos negociadores, a *chek-list* de ações de composição, o esgotamento de possibilidades, a análise de viabilidade e, por fim, a tentativa da solução final (DARMACHI, 2007, p. 108).

A premissa do modelo cooperativo é a identificação de interesses, que são as reais motivações das partes, objetivos perseguidos que justificam a posição sustentada. Deve-se adotar uma postura não-adversal e sim uma atitude colaborativa, deixando de ser distributiva e passando a ser integrativa. Embora esse método mantenha a comunicação eficiente e preservação de relacionamentos, existem críticas por desconsiderar aspectos subjetivos do conflito, a fim de tratar de questões objetivas (DARMACHI, 2007).

O contexto sociopsicológico em que estão inseridas as partes influencia no comportamento e nas escolhas das pessoas, devendo ser respeitado os limites individuais, sem a imposição de modelos próprios de conduta e de possíveis soluções de conflitos. Devendo ficar claras os elementos que colaboram ou atrapalham o processo de autocomposição, como dogmatismo (manutenção de aspectos mínimos, por si tratar de inclusão social), pragmatismo, formalismo (apenas o necessário para a sentença judicial), a linguagem (deve ser simplificada), interferem na autocomposição que é a prática da vida real, dentro da realidade dos próprios interessados. Com participação ativa, pois o que é discutido depende das partes. “O advogado cuida para que não haja renúncia de direitos, deve conhecer a técnica de conciliação e mediação” (BARROS, 2013, p. 31). O foco está em resolver, solucionar e não ganhar, o que torna o processo humanizado e menos positivado.

4.2 As ferramentas da med-neg-arb

A cultura de pacificação, calcada em novas técnicas de administração de conflitos e na abertura de espaço e tempo próprios para as partes expressarem suas angústias, obtendo pacificação dos conflitantes e não só a redução do número de processos em curso, mas nos aspectos psicológicos dos demandantes. Fato é que os conflitos são inerentes aos relacionamentos humanos, estar “intervivos” permeia conflitos de diversas origens, tem-se na mediação de conflitos um modelo adequado de lidar com controvérsias. Uma vez que

os conflitos envolvem emoções, histórias relacionais entre as pessoas que o constituem, dentre outras complexidades. Em geral, trata-se de diálogos rompidos, um silêncio punitivo que dificulta soluções colaborativas (PINTO, 2001, p. 65, apud BARROS, 2013, p. 77).

Por essa razão, o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores revela a necessidade de características de cunho subjetivo e habilidades emocionais. Uma proposta de humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. Esse documento exalta a confidencialidade (tudo que for trazido, gerado, conversado entre as partes durante a conciliação ou mediação fica adstrito ao processo); a imparcialidade (conciliador/mediador não toma partido de nenhuma das partes); voluntariedade (as partes permanecem no processo mediativo conforme vontade); autonomia da vontade das partes (a decisão final, caberá as partes, vedado imposição) (CNJ, Anexo III, Resolução 125/2010).

O Poder Judiciário se apresenta como centro de soluções efetivas e educador de todo ser humano, usuário ou não, que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio da comunicação eficiente, estimulada por terceiro. Essas técnicas de negociação têm origem na Teoria dos Jogos (dinâmica desenvolvido no entreguerras), e objetiva o estudo do conflito, seja entre pessoas, grupos ou nações, que tendem a criar estratégias para maximizar seus ganhos, de acordo com certas regras, “baseia-se suas ações no pensamento que ele tem da jogada do adversário que baseia-se nas ideias das possibilidades do jogo do oponente” (CNJ, 2016, p. 61).

John Forbes Nash (1928 -2015), inovou a teoria dos jogos e a economia, rompendo com o paradigma de competição (não cooperação). Com o ‘elemento cooperativo, o jogador deve pensar e formular estratégias de modo individual e coletivo “se todos fizerem o melhor para si e para os outros todos ganham”. “Seria possível agregar valor ao resultado por meio da cooperação” (CNJ, 2016, p. 62).

4.3 A Teoria do Agir Comunicativo e a Psicologia na Neg-Med-Arb

A proposta central da resolução de conflito situa-se na redução do nível de tensão, com foco na solução do problema, dispensando culpa, responsabilidade, reparação e reconhecimento. De modo que ambos litigantes trabalham em conjunto para alcançar de modo solidário, uma resposta construtiva para o problema em questão, principalmente no que concerne os interesses objetivo das partes.

No que se refere ao pensamento habermasiano, a situação discursiva aborda uma forma de argumentação com total liberdade de questionamento das pretensões de validade da comunicação. Nesse contexto, os participantes, os temas e as contribuições não sofrem restrições, exceto no que se refere a testagem da validade das pretensões em questão. A força que se exerce é a da argumentação, e está motivada pela busca pela cooperação pela verdade (VIEIRA, 2017, p. 188).

Assim, em harmonia com a Psicologia Social e o Direito, reforçando a tese de Habermas (2012), é assegurar, através da institucionalização de um procedimento discursivo, as condições ideais para o exercício simultâneo da autonomia privada e pública dos cidadãos nos processos democráticos de formação da legislação e na aplicação judicial do direito por meio da mediação jurisdicional. Isso implica a correção a decisão conforme o direito positivo e a coerência da decisão conforme a ordem jurídica como um todo. Essa teoria torna possível crer no entendimento linguístico é essencial para a efetivação da conciliação.

A pretensão de equidade da interpretação teria que satisfazer a qualquer pessoa, independentemente de sua origem cultural, que tivesse acesso irrestrito às peculiaridades do caso. A oralidade como instrumento de entendimento, permite as partes a tradução conjunta, por vezes complexa de sentimentos e agressões que redundaram o seu ingresso em juízo com o objetivo de reparação (VIEIRA, 2017, p. 189).

Assim, os modelos de autocomposição brasileira refletem o paradoxo histórico social dessa sociedade, onde sempre haverá vencedores e vencidos, de modo que deve ser considerada a dimensão afetivo-emocional do litígio. Para ser qualificado o procedimento conciliatório qualitativo deverá considerar a reelaboração simbólica da disputa e os esforços de elucidação terapêutica, que viabilizariam melhor compreensão da disputa e reparação das agressões sofridas (VIEIRA, 2017, p. 199).

De acordo com Habermas (2002), o paradigma de Direito delineia um modelo de sociedade contemporânea, onde é aplicado os princípios e direitos constitucionais. Esses princípios devem ser considerados e implementados para que cumpram as funções a eles normalmente atribuídas. O chamado “direito regulador do Estado social como um direito instrumentalizado para as tarefas estruturadoras de um legislador que pretende preencher as exigências de justiça social, fazendo uso de intervenções transformadoras” (HABERMAS, 2002),

As chamadas leis sociais requerem uma inversão do raciocínio jurídico, uma vez que o direito passa a ser constituído de modo mais amplo que a regra geral e abstrata, pode se opor as forças sociais. A atuação do direito seria a de equilibrar essas forças e promover as mudanças sociais, com o desafio de concretização desses cenários (HABERMAS, 2003, p. 195).

Ainda buscando a compreensão da temática no pensamento habermasiano, sobre a autonomia política dos cidadãos, deve tomar forma na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesmo as suas próprias leis, por meio da vontade soberana do povo. Sendo que a condição essencial para isso, seria a autonomia privada dos cidadãos, que deve configurar-se nos direitos fundamentais que garantam o domínio autônomo das leis.

Sem isso não seria possível o médium para a institucionalização jurídica das condições da autonomia pública como cidadão do Estado. Assim, a autonomia, seja pública

ou privada condições mútuas para o primado popular sobre o Estado de direito. A falta de integração das categorias que possam simbolizar a substância moral dos indivíduos frente ao campo jurídico à luz de um compartilhamento cultural (HABERMAS, 2004, p. 299-301).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dadas as postulações aqui colocadas, pretende-se construir uma proposta de diálogo entre as áreas do saber que favoreça a demanda da sociedade na resolução de conflitos e redução de danos e sofrimentos sob uma ótica da psicologia, a cultura de paz. Sabendo que a evolução das práticas do processo consensual envolve contextos conflituosos menos complexos, onde as partes, ou interessados auxiliados por um terceiro neutro na disputa ou um grupo de pessoas que tenham o interesse de ajudar nas causas de resolução de conflitos e/ou acordos.

Com isso, propõe-se chamar atenção para as possibilidades da ação educativa da sociedade civil para desenvolver o hábito da auto composição de conflitos mais simples, dispensando o uso desgastante das práticas pragmáticas do Estado, em função do auto custo financeiro e a morosidade das soluções.

Acredita-se que a medida que essa cultura de paz e comunicação não-violenta se instala-se nos hábitos da sociedade, todos terão ganhos e vantagens como a liberdade de escolha por equidade, sigilo e celeridade; a promoção de respostas práticas em curto espaço de tempo; flexibilização procedimental que melhor adequue ao conflito e seus participantes; resoluções alternativas de modo consensual e amigável; favorecimento nas formas de cumprimentos de acordos, dentro da possibilidade dos rixosos, dentre outros benefícios a se conquistar de acordo com o caráter da demanda e dos demandados.

REFERÊNCIAS

CNJ. **Manual de mediação Judicial**. Azevedo André Gomma (org.). 6ª edição. Brasília: CNJ, 2016.

BARROS, Juliana Maria Polloni de. **Mediação familiar: diálogo interdisciplinar**. Franca: 2013. Tese (Doutorado em Serviço Social). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

DAMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro**. São Paulo: USP, 2007. (Tese de Doutorado em Direito).

HABERMAS, Jürgen. **Mudanças Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. (Trad. Flávio R. Kothe). Rio de Janeiro: Tempus Brasileiro, 1984.

_____. **Direito e Democracia: entre facilidade e validade**. (Trad. Flávio R. Kothe). Rio de Janeiro: Tempus Brasileiro, 1992.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Trad. De Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. **Justiças do diálogo: uma análise da mediação extrajudicial.** Campinas, SP: 2010. (Tese de Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

SERPA, Maria Nazareth. **Mediação, processo judicial de resolução de conflitos.** Belo Horizonte: Fac. Direito da UFMG, 1999.

SIVIERO, Karime Silva; VINCENZI, Brunela Vieira de. **A importância da autocomposição a partir das teorias de Jürgen Habermas e Axel Honneth** / The importance of consensus building in the works of Jürgen Habermas e Axel Honneth. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 235-250, mar. 2017.

VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. **Conflitos e encruzilhadas de cidadania: entre o discurso e a prática do reconhecimento, da consideração e dos direitos fundamentais dos juizados especiais cíveis.** Brasília: UNB, 2017. (Tese de Doutorado em Direito).

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS: Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Adolescente 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 309

Agrobiodiversidade 268, 269, 270, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281

Agronegócio 13, 271, 272, 273, 274, 275, 282, 283, 284, 293, 295, 296, 298, 299, 300, 301

C

Conceito 16, 17, 22, 23, 32, 33, 37, 40, 92, 95, 104, 105, 107, 108, 112, 113, 114, 123, 147, 174, 181, 205, 212, 239, 242, 243, 244, 245, 246, 256, 273, 274, 284, 291, 295, 330, 332, 339

Constituição 2, 3, 4, 12, 13, 15, 16, 18, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 42, 46, 49, 60, 62, 63, 68, 70, 72, 76, 90, 99, 102, 103, 104, 112, 120, 123, 129, 133, 134, 136, 137, 142, 143, 150, 152, 173, 180, 181, 182, 190, 191, 192, 203, 210, 211, 213, 225, 238, 243, 244, 246, 250, 252, 254, 255, 256, 257, 259, 263, 273, 280, 283, 285, 301, 302, 303, 304, 307, 308, 309, 310, 311, 326, 328, 329, 330, 331, 332, 336, 337, 338, 341, 343

Corte interamericana 1, 2, 5, 13

Criança 20, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 158, 163, 189, 209, 210, 211, 309

Cultura de paz 86, 101, 235, 339, 340, 341, 345, 350

D

Direito 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 77, 85, 86, 89, 90, 91, 92, 93, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 111, 114, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 142, 143, 144, 149, 150, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 192, 205, 206, 210, 224, 227, 229, 230, 235, 236, 237, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 259, 260, 261, 263, 266, 267, 268, 270, 272, 273, 276, 280, 281, 283, 284, 285, 286, 288, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 301, 302, 303, 304, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 349, 350, 351, 352

Direito à imagem 58, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 69, 70, 72

Direito ambiental 239, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 259, 266, 267, 273, 280

Direito migratório 102

Direitos humanos 1, 2, 4, 5, 13, 83, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 112, 113, 114, 123, 142, 144, 145, 153, 157, 165, 166, 167, 169, 180, 192, 198, 212, 217, 222, 225, 303, 304,

307, 308, 310, 324, 341, 352

Direito vivo 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338

E

Educação 83, 111, 112, 125, 129, 130, 131, 133, 134, 139, 145, 150, 151, 153, 156, 159, 160, 163, 198, 201, 204, 212, 233, 240, 241, 247, 249, 252, 253, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 314, 315, 319, 322, 339, 340, 341, 343, 352

Empoderamento 83, 143, 224, 226, 230, 231, 232, 235, 278, 339, 341, 343

Ensino jurídico 100, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323

Eugen Ehrlich 325, 326, 328, 336, 338

Ex-apenados 146, 147, 150, 154

F

Feminicídio 193, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 210, 213, 215, 217, 218, 219, 221, 222, 229, 235, 236

H

Humanismo 15, 16, 20, 21, 23, 27, 28, 156, 157, 158, 160, 161, 166

I

Idoso 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 309

J

Justiça restaurativa 73, 74, 75, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 160, 162, 163, 164, 224, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 234, 343

M

Mediação 34, 77, 78, 79, 80, 86, 87, 88, 89, 90, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 290, 339, 340, 341, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351

Meio ambiente 160, 237, 238, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 266, 272, 273, 274, 277, 280, 281, 308, 352

Mídia 178, 179, 182, 183, 184, 185, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 200, 201, 252, 272, 278, 280

N

Natureza 4, 17, 20, 21, 34, 42, 43, 48, 65, 66, 68, 76, 80, 85, 105, 106, 107, 128, 131, 159, 182, 218, 219, 231, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 248, 250, 256, 257, 258, 260, 266, 270, 273, 274, 281, 288, 289, 294, 295, 299, 309, 333, 335, 343

O

Opressão 202, 203, 212, 309

P

Perspectiva Waratiana 312

Pessoas públicas 58, 62, 63, 65, 66, 69

Política criminal 156, 157, 158, 160, 163, 165, 173, 174, 177

Princípios constitucionais 30, 32, 39, 42, 45, 99, 113, 186, 190, 333, 348

Processo Judicial Eletrônico 135, 136, 138, 139, 141, 142, 143, 144

Programas policiais 178, 179, 186

R

Responsabilização ambiental 254, 255

S

Superlotação carcerária 168

T

Trabalho 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 32, 45, 49, 58, 64, 65, 70, 80, 81, 86, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 135, 136, 138, 139, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 163, 168, 170, 178, 181, 193, 197, 202, 203, 204, 205, 211, 212, 213, 214, 217, 222, 224, 233, 243, 255, 256, 270, 287, 297, 305, 307, 308, 309, 311, 312, 313, 315, 317

V

Violência 73, 75, 82, 83, 84, 85, 130, 133, 159, 160, 171, 175, 179, 182, 183, 187, 191, 192, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 210, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 309, 340, 341, 346

Violência doméstica 73, 75, 83, 84, 85, 196, 197, 199, 217, 218, 219, 221, 222, 224, 226, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 236

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito 3

 www.atenaeditora.com.br
 contato@atenaeditora.com.br
 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
 www.facebook.com/atenaeditora.com.br


Ano 2020

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito 3

 www.atenaeditora.com.br
 contato@atenaeditora.com.br
 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
 www.facebook.com/atenaeditora.com.br


Ano 2020