

ESTUDOS EM DIREITO

Enfoques e Análises

Orgs Laurinaldo Félix Nascimento
Elaine Freitas Fernandes

1
2022




Editora
UNIESMERO

ESTUDOS EM DIREITO

Enfoques e Análises

Orgs Laurinaldo Félix Nascimento
Elaine Freitas Fernandes

1
2022




**Editora
UNIESMERO**

© 2022 – Editora Uniesmero

www.uniesmero.com.br

uniesmero@gmail.com

Organizadores

Laurinaldo Félix Nascimento

Elaine Freitas Fernandes

Editor Chefe: Jader Luís da Silveira

Editoração e Arte: Resiane Paula da Silveira

Imagens, Arte e Capa: Freepik/Uniesmero

Revisão: Respective autores dos artigos

Conselho Editorial

Ma. Tatiany Michelle Gonçalves da Silva, Secretaria de Estado do Distrito Federal, SEE-DF

Ma. Jaciara Pinheiro de Souza, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Dra. Náyra de Oliveira Frederico Pinto, Universidade Federal do Ceará, UFC

Ma. Emile Ivana Fernandes Santos Costa, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Me. Rudvan Cicotti Alves de Jesus, Universidade Federal de Sergipe, UFS

Me. Heder Junior dos Santos, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP

Ma. Dayane Cristina Guarnieri, Universidade Estadual de Londrina, UEL

Me. Dirceu Manoel de Almeida Junior, Universidade de Brasília, UnB

Ma. Cinara Rejane Viana Oliveira, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Esp. Jader Luís da Silveira, Grupo MultiAtual Educacional

Esp. Resiane Paula da Silveira, Secretaria Municipal de Educação de Formiga, SMEF

Sr. Victor Matheus Marinho Dutra, Universidade do Estado do Pará, UEPA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N244e Nascimento, Laurinaldo Félix
Estudos em Direito: Enfoques e Análises - Volume 1 / Laurinaldo
Félix Nascimento; Elaine Freitas Fernandes (organizadores). –
Formiga (MG): Editora Uniesmero, 2022. 240 p. : il.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-84599-58-1

DOI: 10.5281/zenodo.6753672

1. Estudos em Direito. 2. Enfoque e Análises. 3. Ciências
Jurídicas. 4. Jurisprudência. I. Fernandes, Elaine Freitas. II. Título.

CDD: 340.07

CDU: 34

*Os artigos, seus conteúdos, textos e contextos que participam da presente obra apresentam
responsabilidade de seus autores.*

Downloads podem ser feitos com créditos aos autores. São proibidas as modificações e os
fins comerciais.

Proibido plágio e todas as formas de cópias.

Editora Uniesmero
CNPJ: 35.335.163/0001-00
Telefone: +55 (37) 99855-6001

www.uniesmero.com.br

uniesmero@gmail.com

Formiga - MG

Catálogo Geral: <https://editoras.grupomultiatual.com.br/>

Acesse a obra originalmente publicada em:

<https://www.uniesmero.com.br/2022/06/estudos-em-direito-1.html>



AUTORES

**ALESSANDRA TEIXEIRA DA COSTA
ALINE RODRIGUES MARONEZE
AMANDA BARROS MELO
BRUNO ÁVILA FONTOURA KRONKA
CAMILA CORRÊA TEIXEIRA
CLÁUDIA MARILIA FRANÇA LIMA
DIONATA LUÍS HOLDEFER
ELAINE FREITAS FERNANDES
FILIPE VIEIRA ROCHA
GABRIEL GUEDES TOSCANO
GISLAINE DE PAULA ANDRADE SOLON
GUILHERME MASAITI HIRATA YENDO
JACKS RODRIGUES FERREIRA FILHO
JOÃO NAZARENO NASCIMENTO MORAES JUNIOR
JOÃO VITOR FERNANDES PEREIRA
JULIANA PIRES PAES
LAÍS ARAÚJO FERNANDES DA COSTA
LORENA ARAÚJO MATOS
MARIA LUIZA VARGAS ROCHA
MICHELLE BORGES CAVALCANTE CUNHA
PAULO JOVINIANO ALVARES DOS PRAZERES
PEDRO ALVES COSTA NETO
PRISCILA GUIMARÃES MARCIANO
ROSÂNGELA ANGELIN
ROZIANE NUNES MUNIZ
SERGIO MARQUES SANTANA
THIAGO AUGUSTO GALEÃO DE AZEVEDO**

PREFÁCIO

Foi com muita honra e satisfação receber o convite de meus alunos na disciplina Seminário de Docência e Pesquisa; Laurinaldo Félix Nascimento e Elaine Freitas Fernandes, ambos doutorandos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD/UNESA) para prefaciар o trabalho em formato de e-book, “Estudos em Direito: Enfoques e Análises”.

A obra representará uma contribuição significativa no aspecto acadêmico, no campo das ciências sociais com a consolidação de novas pesquisas sobre temas do cenário jurídico contemporâneo que perpassam o cenário pandêmico de compartilhamento de ensino e aprendizagem em aulas remotas com ambiente síncrono, que por si só anuncia os desafios e oportunidades na educação do Século XXI.

A primeira premissa dos autores para o Direito são os Enfoques, com uso do pensamento do filósofo e jurista alemão Theodor Viehweg (1907-1988) que articulou dois enfoques teóricos a serem utilizados no estudo do Direito: o Enfoque Zetético e o Enfoque Dogmático, que foi introduzida no Brasil pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, a partir da obra de Viehweg, tendo ingressado com muita força em nosso meio jurídico.

O Enfoque Zetético, tem origem na palavra grega *zetein*, que significa perquirir, assim numa perspectiva zetética, o aspecto pergunta é acentuado. Isso significa que tudo pode ser objeto de investigação. Quaisquer premissas tomadas como pontos de partida podem ser submetidas à prova, refutadas e mesmo rejeitadas, sendo substituídas por novas premissas.

No Enfoque Dogmático, o termo dogmática, da mesma origem, *dokein*, que designa doutrinar, assim na visão de uma perspectiva dogmática, predomina o lado da resposta, significando que nem tudo pode ser objeto de questionamento. A investigação tem limites porque as questões abordadas são limitadas.

O sentido no qual direcionam o viés das perspectivas Zetética e Dogmática que impulsionam novas dinâmicas do estudo do Direito serão propostas nos trabalhos apresentados nesses quase trinta e cinco anos após a Constituição da República de 1988, buscando pontuar às observações de destacados autores de várias titulações acadêmicas, desde graduandos até pós-doutores, que poderão compor livremente suas pesquisas, quer acentuando suas perguntas, quer predominando o lado das respostas.

A obra aborda ainda as análises críticas demonstrando a Função Social do Direito e compondo um lado mais relacionado a Sociologia Jurídica, buscando entender o atual momento de mudanças sociais com os fenômenos embrionários da realidade jurídica.

O desenvolvimento progressivo e importante das sociedades motivou imperativos de contínuas complexidades decorrentes da diversidade. Essa diversidade foi o fio condutor do surgimento de interações cada vez mais complexas entre os grupos sociais. O Direito é um campo epistemológico importante em dirimir problemas resultantes desse enredamento social. Assim o Direito sofreu uma expansão normativa, para abranger os diversos grupos resultantes da diversidade, sendo afetado em sua funcionalidade como apenas um ponto de chegada, mas adquirindo a dinâmica de start de soluções no início dos conflitos sociais.

A produção reúne obras originalmente separadas, o que foi feito com bastante liberdade e alteridade. As análises a partir da Constituição de 1988 foram alteradas pelas novas visões jurídicas que vieram a modificar o Direito, tornando-o mais social e acompanhando às novas demandas da sociedade.

Do exposto, exalta-se o ineditismo propositivo e coragem do trabalho aqui desenvolvido que dentre o coloca em destaque no conteúdo jurídico-didático pátrio, sendo estimulante prefaciá-lo este livro. É com altivez e grata satisfação que apresento e recomendo a presente obra.

Boa leitura e reflexões!

Prof. Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto

Professor Permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Advogado. Membro do Comitê Científico e Coordenador Internacional para o Brasil da Conferência Universitária para el Estudio de La Mediación y el Conflicto? CUEMYC (Espanha). Consultor Internacional de la FACPYA - Universidad Autónoma de Nuevo Leon (México). Doutor em Direito pela Universidad de Burgos-Espanha.

APRESENTAÇÃO

A apresentação de uma obra coletiva é a demonstração dos laços que uniram vários pesquisadores em torno de um projeto de produção de conhecimento.

Esse e-book, intitulado Estudos em Direito: Enfoques e Análises foi desenvolvido por pesquisadores que exercem atividades de ensino e pesquisa no ambiente acadêmico em diversos lugares do país.

É baseado em importante e atualizada variedades de temas, que perpassam pelos Direitos Humanos, Constitucional, Penal, Ambiental, Processual Civil, grupos vulneráveis, entre outros, sempre permeados pela perspectiva interdisciplinar e, portanto, com enfoque nos diversos domínios do conhecimento jurídico, com o propósito de despertar o (re)pensar crítico dos leitores.

Os artigos constantes na obra além de abordarem complexas temáticas, às quais os autores se dedicaram com rigor acadêmico, se preocupam com os seus efeitos, para que a leitura reflita o conhecimento adquirido e proporcione o debate acadêmico na comunidade jurídica.

A obra é uma miscelânea jurídica, e traz, em seu objetivo original um orgulho: o de ter sido pensado e idealizado a partir da relação rica, construtiva e amorosa construída através da pesquisa acadêmica. Foi a afeição por conhecimento, a busca por conteúdo e aprendizado extraclasse e extracurricular dos autores, que proporcionou a publicação dessa obra, que é mais que um presente, é uma semente em busca da germinação e colheita fértil.

Aos leitores, os votos de uma excelente leitura!

Elaine Freitas Fernandes
Laurinaldo Félix Nascimento

SUMÁRIO

Capítulo 1.....	11
O IMPACTO DO ISOLAMENTO SOCIAL DO COVID-19 NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO AUMENTO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MEIO INTRAFAMILIAR	
<i>Juliana Pires Paes; Roziane Nunes Muniz; Lorena Araújo Matos</i>	
Capítulo 2.....	22
O ACESSO À JUSTIÇA NAS COMUNIDADES RURAIS: OS DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO E A BUSCA POR ALTERNATIVAS	
<i>Gislaine de Paula Andrade Solon</i>	
Capítulo 3.....	36
LEI MARIA DA PENHA E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: VULNERABILIZAÇÃO E PESSOAS LGBTIQ+	
<i>Lorena Araújo Matos; Thiago Augusto Galeão de Azevedo</i>	
Capítulo 4.....	51
O INSTITUTO DA QUERELA NULLITATIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PÁTRIO COMO MEIO EFICIENTE DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	
<i>Pedro Alves Costa Neto; Michelle Borges Cavalcante Cunha; Filipe Vieira Rocha; João Nazareno Nascimento Moraes Junior; Jacks Rodrigues Ferreira Filho</i>	
Capítulo 5.....	60
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE NO SISTEMA CARCERÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO PRESO COM DEFICIÊNCIA	
<i>João Vitor Fernandes Pereira</i>	
Capítulo 6.....	73
DESPATRIARCALIZAÇÃO DOS ESTEREÓTIPOS FEMININOS: CONTRIBUIÇÕES DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
<i>Aline Rodrigues Maroneze; Rosângela Angelin</i>	
Capítulo 7.....	90
A INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA DO ENCARCERAMENTO CAUTELAR DE MULHERES GESTANTES E MÃES DE CRIANÇAS NO BRASIL	
<i>Bruno Ávila Fontoura Kronka; Priscila Guimarães Marciano</i>	
Capítulo 8.....	105
A TRANSCENDÊNCIA DO SILÊNCIO: A RELAÇÃO ENTRE GHOST NOTES E A CONSTITUIÇÃO DIGITAL SIMBÓLICA	
<i>Gabriel Guedes Toscano</i>	

Capítulo 9.....	127
NOVOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO: A ARBITRAGEM COMO FORMA DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS	
<i>Laís Araújo Fernandes da Costa; Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres</i>	
Capítulo 10.....	145
INCONSTITUCIONALIDADE NA LEI 13.846/2019 E HISTORICIDADE DA APOSENTADORIA: OS IMPACTOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA	
<i>Laís Araújo Fernandes da Costa; Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres</i>	
Capítulo 11.....	165
CONDOMÍNIO EDILÍCIO - VISÃO GERAL E CASOS DIFÍCEIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ	
<i>Dionata Luís Holdefer; Guilherme Masaiti Hirata Yendo</i>	
Capítulo 12.....	181
ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: APONTAMENTOS ACERCA DA “CULTURA DO ESTUPRO” NO BRASIL	
<i>Cláudia Marília França Lima; Maria Luiza Vargas Rocha</i>	
Capítulo 13.....	188
ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DE UMA LENTE DA HERMENEUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER NO CASO MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARÁGUA PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DEMARCAÇÃO DE TERRAS ANCESTRAIS INDÍGENAS	
<i>Elaine Freitas Fernandes</i>	
Capítulo 14.....	209
ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DO PODER FAMILIAR NA FORMAÇÃO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE	
<i>Sergio Marques Santana</i>	
Capítulo 15.....	220
DA AUTOCOMPOSIÇÃO AO DIREITO SISTÊMICO: ROMPENDO COM ESTEREÓTIPOS E EVOLUINDO POR MEIO DE TÉCNICAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	
<i>Alessandra Teixeira da Costa; Amanda Barros Melo; Camila Corrêa Teixeira</i>	
AUTORES.....	234

Capítulo 1

O IMPACTO DO ISOLAMENTO SOCIAL DO COVID-19 NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO AUMENTO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MEIO INTRAFAMILIAR

Juliana Pires Paes

Roziane Nunes Muniz

Lorena Araújo Matos

O IMPACTO DO ISOLAMENTO SOCIAL DO COVID-19 NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO AUMENTO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MEIO INTRAFAMILIAR

Juliana Pires Paes

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás – Unidade Universitária de Iporá, e-mail: Jullianapaes14@gmail.com.br

Roziane Nunes Muniz

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás – Unidade Universitária de Iporá, e-mail: roziane2064@gmail.com.br

Lorena Araújo Matos

Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Professora Universitária. e-mail: l.maatos@gmai.com

Resumo

A violência sexual é caracterizada por violar os direitos sexuais e individuais, visto que usa a sexualidade dos indivíduos. Na sociedade brasileira as formas de violência sexual fazem parte de um histórico-cultural e social naturalizado pelos cidadãos. Há diversos tipos de violência, dentre elas, pode-se mencionar a violência sexual contra crianças e adolescentes. O presente estudo trata-se da violência sexual contra crianças e adolescentes no meio intrafamiliar no contexto do isolamento social. Assim, objetiva-se analisar e comparar o aumento dos casos de violência sexual de crianças e adolescentes no ambiente interfamiliar, durante a pandemia causada pela COVID-19. Para tal, propõe-se como objetivos específicos: contextualizar aspectos sobre a violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes no Brasil, verificar suas causas e agressores e apresentar os impactos que provocaram a acentuação nos casos de violência sexual intrafamiliar durante a pandemia. O problema que orienta a pesquisa é em que medida a COVID-19 impactou os casos de violência sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar? Utilizou-se da técnica de pesquisa bibliográfica, baseando-se na análise de dados por meio de métodos quantitativos e pesquisas qualitativas em artigos científicos, cartilhas e resumos eletrônicos. Contata-se, com o desenvolvimento do estudo, que diante da convivência familiar constante, em decorrência da pandemia do COVID-19, as crianças e os adolescentes tornaram-se mais vulneráveis a agressão sexual, sendo um dos fatores para o aumento acentuado da violência sexual. Compreende-se que no período de isolamento social, as ações governamentais não foram realizadas com efetividade, assim

violando direitos fundamentais de crianças e adolescentes que são previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Palavras-chave: Isolamento social. Criança e Adolescente. Violência Sexual Intrafamiliar.

Abstract

Sexual violence is characterized by violating sexual and individual rights, as it uses the sexuality of individuals. In Brazilian society, forms of sexual violence are part of a cultural and social history naturalized by citizens. There are several types of violence, among them, we can mention sexual violence against children and adolescents. The present study deals with sexual violence against children and adolescents within the family environment in the context of social isolation. Thus, the objective is to analyze and compare the increase in cases of sexual violence against children and adolescents in the interfamily environment, during the pandemic caused by COVID-19. To this end, it is proposed as specific objectives: to contextualize aspects of intrafamily sexual violence against children and adolescents in Brazil, verify its causes and aggressors and present the impacts that caused the accentuation in cases of intrafamily sexual violence during the pandemic. The problem that guides the research is to what extent has COVID-19 impacted cases of sexual violence against children and adolescents in the family environment? The technique of bibliographic research was used, based on data analysis through quantitative methods and qualitative research in scientific articles, booklets and electronic abstracts. It is noted, with the development of the study, that in the face of constant family coexistence, as a result of the COVID-19 pandemic, children and adolescents have become more vulnerable to sexual aggression, being one of the factors for the sharp increase in violence. It is understood that in the period of social isolation, government actions were not carried out effectively, thus violating the fundamental rights of children and adolescents that are provided for in the Federal Constitution of 1988 and in the Statute of Children and Adolescents (ECA).

Keywords: Social isolation. Child and teenager. Intrafamily sexual violence.

INTRODUÇÃO

A violência sexual é caracterizada por violar os direitos sexuais e individuais, visto que usa a sexualidade dos indivíduos. Nesse sentido, na sociedade brasileira as formas de violência sexual fazem parte de um histórico-cultural e social naturalizado pelos cidadãos. Há diversos tipos de violência, dentre elas, pode-se mencionar a violência sexual contra crianças e adolescentes. Em suma, os estudos sobre o tema indicam que a maior parte dessa violência é praticada por parentes, pessoas próximas ou conhecidas, tornando o crime mais difícil de ser denunciado.

Segundo a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (ONDH/MMFDH) cerca de 159 mil registros de violência contra crianças e adolescentes foram feitos pelo Disque Direitos Humanos em 2019. Após esse período, com o avanço da transmissão da doença do Covid-19, medidas de contenção

social foram propostas no Brasil, destacando o isolamento social como principal medida recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Para o desenvolvimento da abordagem, a delimitação da investigação está estruturada na violência sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes no contexto do isolamento social da COVID- 19. Uma vez que o isolamento social modificou o cotidiano dos indivíduos, sendo assim, tornou-se inevitável adotar essa medida para diminuir a propagação exponencial do vírus da Covid-19. O convívio constante no mesmo ambiente proporcionou impactos nas relações dentro do âmbito familiar, sendo estopim para o aumento da violência sexual de crianças e adolescentes.

Assim, o reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes tornou-se, ainda mais, imprescritível em comparação a momentos anteriores. Posto que, a violência sexual intrafamiliar é imperceptível, normalmente, sendo detectada por pessoas que não fazem parte do ambiente familiar, como professores, colegas de escola, vizinhos e entre outros. Neste período pandêmico, crianças e adolescentes obtiveram contato apenas com familiares, tornando mais difícil a denúncia deste tipo de violência (BISPAR; MOREIRA, 2021, p.8)

No Brasil, a maioria das unidades federativas limitou a abertura de serviços não essenciais, suspendendo as aulas e iniciando o distanciamento social. Em virtude desse fato, tais recomendações têm severas repercussões negativas no corpo social. Conforme os dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH) no ano de 2020, foram registradas 368.333 violações que incluem violência física, psicológica, abuso sexual físico, estupro e exploração sexual.

Os efeitos da pandemia do COVID-19 foram de ordem econômica, social e jurídica (BISPAR; MOREIRA, 2021, p.8). Desse modo, os efeitos mais significativos da violência sexual contra crianças e adolescentes aconteceram no relacionamento interpessoal, principalmente, na relação entre pais e filhos e padrasto/madrasta e enteados. Portanto, o lar tornou-se um local de medo e abuso, devido ao fato de muitas crianças e adolescentes terem mais contato com o agressor.

A COVID-19 trata-se do fenômeno recente, sendo uma questão recente, que exigiu medidas rápidas e eficazes de proteção aos direitos de crianças e adolescentes. Ressalta-se que, existem dois instrumentos legais responsáveis por assegurar os direitos da criança e do adolescente no Brasil: a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O objetivo geral do presente artigo é analisar e comparar o aumento dos casos de violência sexual de crianças e adolescentes no ambiente interfamiliar, durante a pandemia causada pela COVID-19. Com tal finalidade, propõe-se como objetivos específicos: contextualizar aspectos sobre a violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes no Brasil com o isolamento social do COVID-19, verificar suas causas e agressores e apresentar os impactos que provocaram a acentuação nos casos de violência sexual intrafamiliar durante a pandemia.

A pesquisa buscou responder ao seguinte problema: Em que medida a COVID-19 impactou os casos de violência sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar? As hipóteses levantadas foram a respeito das medidas adotadas para o enfrentamento do COVID-19, que intensificou o convívio entre agressor e a vítima, impossibilitando a denúncia, conseqüentemente, a violência sexual foi praticada por diversas vezes, provocando o aumento dos casos.

1 VIOLÊNCIA SEXUAL E ISOLAMENTO SOCIAL: DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA PANDEMIA DO COVID-19

As crianças e os adolescentes são as principais vítimas de violência sexual e, por essa razão, estão em constante risco social. O ambiente intrafamiliar, muitas vezes, é repleto de situações conflituosas e com o contexto do isolamento social causado pela pandemia evidenciou fatores preocupantes a respeito da violência sexual de crianças e adolescentes (BRASIL, 2020).

A violência sexual contra crianças e adolescentes deve ser notificada a partir da sua constatação em qualquer órgão executor de políticas públicas destinadas à infância, seja ele de proteção, justiça ou atendimento à saúde, educação, assistência social, lazer, esporte e cultura. As equipes técnicas necessitam ser capacitadas para que se consiga identificar casos de violência ou de ameaça de violação de direitos de todas as ordens, sendo ponto crucial no fluxo de informações que visam enfrentar o problema. (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2019, p. 132-133)

Em tempos de pandemia a situação de violação tende a ser agravada em razão da mudança comportamental das pessoas que compartilham o mesmo domicílio com crianças e adolescentes, as quais se tornam os principais alvos dessas transformações de conduta e, conseqüentemente, acabam ficando cada vez mais expostas a situações de violência no ambiente familiar (BRASIL, 2020, p.12).

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, os registros de violência sexual crescem anualmente. Os dados contidos no Anuário Brasileiro de Segurança Pública – Edição 2020 revelam que, no ano de 2019, houve 66.123 registros de violência sexual, o que indica que a cada 8 minutos, uma pessoa é estuprada no Brasil. Do total das vítimas, 85,7% são do sexo feminino e 57,9% tinham no máximo 13 anos.

Ao analisar a autoria, o estudo aponta que em 84,1% dos casos – de estupro e estupro de vulnerável – o autor era conhecido da vítima, o que indica um complexo contexto de violência intrafamiliar. Referidos dados, contudo, não dão conta da real dimensão dos crimes sexuais, visto que revelam apenas aqueles casos que são notificados e registrados em Delegacia de Polícia. Estima-se que este número seja dez vezes maior, o que demonstra a subnotificação da violência sexual no país (FBSP, 2020).

No Brasil há um alto índice de violência sexual contra crianças e adolescentes, por sua vez, a pandemia mundial de COVID-19 é outro fator que impacta no aumento do quadro desta violência (CUSTÓDIO; CABRAL, 2021, p. 2). As medidas decorrentes da Lei nº 13.979/20 estabeleceu o isolamento e a quarentena no corpo social brasileiro, como pode-se verificar o conceito destes termos no artigo 2º:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020).

Segundo Custodio e Cabral (p. 3, 2021) “foram medidas que afetaram a rotina das cidades, a vida das comunidades, o dia a dia familiar e, também, a vida das crianças e dos adolescentes”. Entretanto, em um contexto de pandemia, compreende-se a necessidade de medidas dessa magnitude para coletividade, posto que no início da pandemia não se sabia ao certo do que estamos enfrentando, assim, todo cuidado era pequeno em comparação a complexidade do vírus da COVID-19. Todavia, neste período crianças e os adolescentes encontram-se muito mais vulneráveis em virtude da convivência excessiva com os agressores.

No artigo 1º, o Estatuto expressa a adoção da teoria da proteção integral: “[e]sta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990). Em

seguida, apresenta o critério legal para a definição de criança e adolescente. Conforme o artigo 2º, *caput*, criança é toda pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente toda pessoa entre doze e dezoito anos. “Essa distinção estabelecida no art. 2º do ECA tem por finalidade atender às necessidades distintas e específicas de crianças e adolescentes, e repercutirá em vários dispositivos ao longo do texto legal, que estipulam diferentes medidas jurídicas para um e para outro.” (ZAPATER, 2019, p. 80).

O artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil reconhece a condição de sujeito de direitos a crianças e adolescentes, proporcionando uma proteção especial em decorrência da situação peculiar de pessoa em desenvolvimento. Dessa forma, a proteção integral estabeleceu uma ruptura com a sistemática que fora adotada anteriormente, buscando a centralidade na proteção à infância (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 37-48).

A promulgação da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, mediante tríplice responsabilidade compartilhada, assegura a prioridade absoluta no tratamento de crianças e adolescentes, promovendo um importante conjunto de revoluções que extrapola o campo jurídico e desdobrouse em outras áreas da realidade política e social no Brasil, possuindo uma influência significativa do direito internacional, principalmente, da Convenção sobre Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2018, 194-195).

A Constituição Federal de 1988 adotou a teoria da proteção integral, estabelecendo a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado em assegurar os direitos e a proteção de crianças e adolescentes (CUSTÓDIO; CABRAL, 2021, p. 4). Deste modo, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes estão elencados no artigo 227, *caput* da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Ademais, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), enuncia no seu artigo 3º, a doutrina da proteção integral ao prever que toda criança e adolescente são destinatários de todos os direitos fundamentais. Com a determinação das medidas de distanciamento social e quarentena, as crianças e os adolescentes – agora isolados em suas casas – tiveram

uma mudança drástica em sua rotina, consubstanciada no fechamento das escolas, na redução dos espaços de lazer e na diminuição da própria convivência com a família extensa e comunidade.

A rotina e a interação interpessoal foram limitadas. Pode parecer que a interrupção da escolarização ou a infecção pelo vírus por crianças, ainda que de forma leve, não sejam tão importantes, diante da pandemia mundial. No entanto, estas experiências ocasionam estragos no futuro de cada criança que as sofre (UNICEF, 2020).

Portanto, além dos efeitos diretos da pandemia em crianças e adolescentes, relacionados às manifestações clínicas da doença em si, existem os efeitos indiretos, os quais dizem respeito: aos prejuízos ao ensino, socialização e desenvolvimento; ao afastamento do convívio familiar ampliado e do convívio com os amigos; aumento do uso de mídias e telas; crescimento do sedentarismo e da obesidade; quedas nas coberturas vacinais em todo o mundo; ao aumento do estresse e de sintomas de depressão e ansiedade; aumento da violência intrafamiliar, bem como a diminuição da procura de atendimento nos serviços de proteção; aumento da fome e do risco alimentar – pelo fechamento de creches e escolas e também pela perda de receitas familiares; dentre outros (FIOCRUZ, 2020).

2 METODOLOGIA

Para fazer ciência é essencial a utilização de métodos rigorosos, nos quais possam alcançar um tipo de conhecimento sistemático e concreto, dentro destes métodos da ciência, a presente pesquisa envolve lógica, tirando conclusões ou deduções a partir de hipóteses, ou decidindo as implicações lógicas de relações causais em termos de condições necessárias ou suficientes (MATIAS-PEREIRA, 2019, p. 41).

Deste modo, a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, realizada mediante a investigação em artigos científicos, livros, dissertações e teses referentes ao tema abordado (ZAMBAM; BOFF; LIPPSTEIN, 2013, p. 90). Trata-se de um estudo de cunho exploratório, a análise de dados por meio de métodos quantitativos e pesquisas qualitativas.

3 RESULTADOS

Diante das hipóteses levantadas no presente estudo, observa-se que a violência sexual intrafamiliar é praticada pelos pais, parentes, responsáveis e pessoas próximas,

provocando marcas físicas, psíquicas e afetivas. Assim, conclui-se que, durante a pandemia do COVID-19, os direitos individuais foram violados, deixando inúmeras crianças e adolescentes em estado de vulnerabilidade.

A respeito desses direitos violados, o ECA não conseguiu garantir aos menores os seguintes direitos: vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte e lazer no período analisado. Ademais, durante a análise desse tema pode-se verificar que não houve a responsabilidade e nem observância dos encarregados pela tutela das crianças e dos adolescentes durante o isolamento social.

Nesse sentido, o aumento dos números de violência sexual de criança e adolescentes intrafamiliar na pandemia foi ocasionado devido aos seguintes fatores: o agressor em tempo integral dentro de casa, as crianças e adolescentes fora do ambiente escolar, visto que as escolas eram os principais locais de denúncias, a alteração psicológica dos indivíduos, a angústia e irritação causadas pelo isolamento social, a ausência de entretenimento e dificuldades financeiras dos agressores.

Para proteger as crianças e os adolescentes é necessário a atuação do Estado através da participação da assistência social no meio intrafamiliar, como também, realizar a denúncia em um dos principais mecanismos de combate desse tipo de violência, como no disque 100, a defensoria pública, o CREAS e entre outros. Também, o estudo deixou evidente que muitas denúncias não foram concretizadas em virtude de os agressores ter o controle absoluto desses indivíduos no isolamento social.

Por essa razão, observa-se que não foi proposto medidas em relação ao pleno desenvolvimento físico e mental de crianças e adolescentes durante a pandemia de COVID-19. No isolamento social a proteção jurídica, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não foram utilizados com efetividade e, portanto, o número de casos violência sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar teve um aumento significativo em comparação aos anos anteriores ao COVID-19.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme disposto na introdução do presente estudo, este teve como objetivo analisar a violência sexual contra crianças e adolescentes no meio intrafamiliar no contexto do isolamento social.

Dessa forma, constatou que diante da convivência familiar constante, em decorrência da pandemia do COVID-19, as crianças e os adolescentes tornaram-se mais

vulneráveis a agressão sexual, sendo um dos fatores para o aumento acentuado da violência sexual.

Compreende-se que no período de isolamento social, as ações governamentais não foram realizadas com efetividade, assim violando direitos fundamentais de crianças e adolescentes que são previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Logo, fundamental a pesquisa e políticas públicas para reverter uma problemática que desnorteia toda formação de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Proteção de crianças e adolescentes no contexto da pandemia da Covid-19: consequências e medidas necessárias para o enfrentamento: 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Crianças e adolescentes: Balanço do Disque 100 aponta mais de 76 mil vítimas. 14 de junho 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/criancas-e-adolescentes-balanco-do-disque-100-aponta-mais-de-76-mil-vitimas>. Acesso: 24 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 11 fev. 2021

BRASIL.CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 fev. 2021

CUSTÓDIO, André Viana. Direito da Criança e do Adolescente. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

FBSP. Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2020. Ano 14. São Paulo: FBSP, 2020.

FIOCRUZ. COVID-19 e Saúde da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2020b.

LIMA, Maria Luíza Dantas Guimarães. A violência sexual contra crianças e adolescentes no contexto da pandemia de Covid-19. Orientador (a): CALAÇA, Gabriela Pugliesi Furtado. 2021. 43. Monografia Jurídica- Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Goiás, Goiânia.2021. Disponível em:

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1720>. Acesso: 20 nov. 2021.

MATIAS-PEREIRA, José. Manual de metodologia da pesquisa científica / José Matias-Pereira. – 4. ed. - [3. Rempr.]. – São Paulo: Atlas, 2019.

RIBEIRO, Bruna. Pandemia aumenta risco de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes. Estadão, 25 junho 2021. Disponível em: <https://emails.estadao.com.br/blogs/bruna-ribeiro/pandemia-aumenta-risco-de-abuso-e-exploracao-sexual-de-criancas-e-adolescentes/>. Acesso: 27 nov. 2021.

SOUZA, Felipe. Isolamento dificulta denúncias de abuso infantil e deve levar a alta e casos, diz especialista. Época, 20 maio 2020. Disponível em: <https://epoca.globo.com/sociedade/isolamento-dificulta-denuncias-de-abuso-infantil-deve-levar-altade-casos-diz-especialista-24436961>. Acesso: 25 nov. 2021.

UNICEF. Evitar una generación perdida a causa de la COVID-19: un plan de seis puntos para responder, recuperarse y reimaginar un mundo para todos los niños después de la pandemia. Nueva York: UNICEF, 2020.

ZAPATER, Maíra. Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Capítulo 2

**O ACESSO À JUSTIÇA NAS COMUNIDADES RURAIS:
OS DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO E A BUSCA
POR ALTERNATIVAS**

Gislaine de Paula Andrade Solon

O ACESSO À JUSTIÇA NAS COMUNIDADES RURAIS: OS DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO E A BUSCA POR ALTERNATIVAS

Gislaine de Paula Andrade Solon

Curso Mestrado em Direito - Universidade Estácio de Sá - RJ.

E-mail: gislaineandrade.adv@outlook.com

RESUMO

O presente trabalho é fruto de pesquisas bibliográficas sobre a efetividade do acesso à Justiça nas regiões mais afastadas do meio urbano. O acesso à Justiça é princípio consagrado pela Constituição de 1988, que veio, após muita luta, buscando a redemocratização de nosso país, devendo, portando, alcançar a todos. Este é um tema que ganhou e vem cada vez mais ganhando notoriedade e sendo alvo de debates pela comunidade jurídica e outras áreas envolvidas com as questões sociais. Atualmente nosso ordenamento jurídico visa assegurar esse direito basilar, imprescindível para alcance de tantos outros direitos fundamentais. Todavia, ainda estamos frente a muitos desafios para sua efetivação, especialmente quando tratamos de regiões onde se há dificuldade para acesso a informação e que não está presente estrutura necessária ao funcionamento do Poder Judiciário, sendo exatamente nesses pontos que o presente trabalho estará se debruçando. Para compreensão da extensão de sua importância, é preciso que vejamos o acesso à Justiça como algo muito mais amplo que o simples acesso ao Poder Judiciário, sem excluir a importância deste. Desse modo, será feita uma breve análise sobre a evolução da questão do acesso à Justiça e seu alcance, para, adiante serem abordados os problemas encontrados para sua efetivação nas comunidades rurais, passando pela importância das políticas públicas e da implementação de ferramentas que garantam ao cidadão das regiões rurais acessar a Justiça e garantir o cumprimento de seus direitos.

Palavras-chaves: Acesso à Justiça, Comunidades rurais, Efetividade.

ABSTRACT

The present work is the result of bibliographical research on the effectiveness of access to justice in the regions most distant from the urban environment. Access to justice is a principle enshrined by the 1988 Constitution, which came, after much struggle, seeking the redemocratization of our country, and must, carrying, reach everyone. This is a theme that has gained and is increasingly gaining notoriety and being the subject of debates by the legal community and other areas involved with social issues. Currently our legal system aims to ensure this basic right, essential for achieving so many other fundamental rights. However, we are still facing many challenges for its implementation, especially when dealing with regions where there is difficulty in accessing information and that there is no present structure necessary for the functioning of the Judiciary, being exactly in these points that the present work will be addressing. To understand the extent of its importance, we need to see access to justice as something much broader than simple access to the judiciary, without excluding the importance of it. Thus, a brief analysis will

be made on the evolution of the issue of access to justice and its scope, in order to address the problems encountered for its effectiveness in rural communities, through the importance of public policies and the implementation of tools that ensure the citizen of rural regions access justice and ensure compliance with their rights.

Keywords: Access to Justice, rural communities, effectiveness, fulfillment of your rights.

I. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi fruto de um longo processo de redemocratização do país, elevando e ampliando-se, a partir dela, as garantias e direitos fundamentais e proporcionando-se o resgate do Estado de Direito.

A Carta Magna traz esculpidos em seu corpo uma série de Princípios que devem nortear todo o ordenamento jurídico pátrio e também as políticas públicas voltadas para a sociedade, estando dentre eles o Princípio do Acesso à Justiça, que vai muito além do acesso ao Poder Judiciário.

Acessar à Justiça não é apenas conferir ao cidadão o direito de ação, de apresentar ao Poder Judiciário suas demandas, possuindo uma abrangência muito maior, que garanta a efetivação dos direitos fundamentais, o ideal de Justiça, a equidade e participação democrática.

Atualmente, muitos são os debates em torno desse Princípio, mas ainda é preciso dar-se mais enfoque nele para além das questões processuais em demandas postas ao Poder Judiciário. Pensar em acesso à Justiça em uma perspectiva Constitucional, democrática, é pensar em acesso à Justiça para todos, e isso demanda o rompimento de barreiras sociais, econômicas, demográficas etc.

E é sobre esse alcance do Acesso à Justiça a análise que aqui se pretende, mais especificamente sobre as barreiras para sua efetivação nas comunidades rurais do país, onde sobressaem as dificuldades logísticas e estruturais de fornecimento das condições legalmente previstas para o acesso à justiça, como a falta de políticas públicas como foco no acesso à informação, a ausência ou precariedade no que se refere a presença de instituições indispensáveis à Justiça e falta de estrutura necessária ao funcionamento do Poder Judiciário para o atendimento à população.

Desse modo, primeiramente será realizada uma abordagem sobre o princípio do Acesso à Justiça, seu conceito, evolução histórica e interpretação à luz da Constituição Federal de 1988, para, em seguida, passarmos a uma análise sobre sua importância como

instrumento para garantia de outros direitos fundamentais, e, ao final, sobre os problemas enfrentados para sua efetivação nas áreas rurais e alternativas para resolver ou minimizar tais barreiras.

2. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

A compreensão sobre o acesso à Justiça nas comunidades rurais perpassa por, primeiramente, compreender o que é este princípio, evolução e seu alcance, sob uma análise à luz da Constituição Federal de 1988, como instrumento importante para garantia de outros direitos fundamentais. Para tanto serão tratados a seguir esses aspectos.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No estudos realizados sobre o acesso à justiça, foi possível perceber que esse Princípio, assim como todo o direito, passou por um processo histórico, marcado pelas especificidades de cada período até que chegássemos a visão construída na atualidade.

Não é possível saber exatamente como surgiu essa ideia de acesso à justiça, mas na história, já no século XVII a.c., no Código de Hamubi, havia indícios da existência de garantias, ainda que mínimas, presentes nesse Princípio. O referido código conferia aos submetidos a julgamento e interessados o direito de ser ouvido pelo soberano, que teria o poder para resolver as questões à ele levadas.

Já entre os séculos XXI a XVII a.c., no código de Hamurabi, baseado na Lei de Talião, havia indícios dessa garantia. Esse código definia que o interessado poderia ser ouvido pelo soberano que, por sua vez, teria o poder de decisão.

Mas foi no último século que começou-se a traçar o Acesso à Justiça na forma que se apresenta na atualmente.

No Brasil, o direito de acesso à Justiça já era contemplado pela Constituição de 1946, que previa que a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer violação aos direitos individuais.

Nesse contexto, o Brasil adere a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 8º previa:

Art. 8: Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Contudo, devido ao contexto histórico de tomada do poder pelos militares em 1964, esse direito acabou sendo rechaçado, ficando os direitos submetidos ao crivo das autoridades do regime militar, com total limitação de acesso ao judiciário. Com a criação do Ato Institucional 5, conhecido como AI5, neste período, ficou determinado que as condutas elencadas no mesmo não seriam apreciadas ou julgadas pelo Judiciário, inclusive com previsão de tortura.

Para piorar a situação em relação ao acesso à justiça, uma Emenda Constitucional criada em 1969 pelo governo militar favorecia as práticas ilegais determinadas pelos comandos militares, não permitindo o julgamento de casos pelo Judiciário, ou seja, todo o poder se concentrava em uma só esfera.

Todavia, os movimentos sociais, mesmo frente a violência e limitações impostas pelo militarismo, caminhavam e lutavam por uma mudança neste cenário, até que na década de 1970 ganham força, intensificando suas lutas por igualdade, democracia, garantia dos direitos fundamentais e justiça.

Após muitas lutas e debates em diversas esferas, é instituída a Constituição Federal de 1988, com ideais humanitários e democráticos que passam a nortear todo o ordenamento jurídico e o Estado de Direito, materializando os ideais defendidos pelos movimentos sociais pela igualdade de direitos e acesso aos direitos fundamentais, dentre eles o acesso à Justiça como forma de garantir os demais direitos.

Na Carta Magna, esse direito se apresenta no art. 5º, XXXV, que prevê que “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Isso significa a garantia, à todos os brasileiros, de reivindicarem seus direitos e buscarem a atuação do Estado na hipótese de violação ou ameaça de algum direito ou garantia, visto que a autotutela é meio excepcional, sendo vedada, em regra, que se faça a chamada “ justiça com as próprias mãos”.

E nessa perspectiva lançasse a necessidade de que os tribunais sejam acessíveis à todos por meio da criação de mecanismos adequados para efetivação do direito de acesso à Justiça, pois não bastaria ele existir na teoria sem a existência de condições reais de efetivação.

Para tanto, é dada uma interpretação mais ampla ao direito de acesso à Justiça, que não contempla apenas o acesso ao Judiciário, mas o conjunto de ações que tornem efetivos os direitos conferidos ao cidadãos, incluindo a informação, que possibilita o conhecimento necessário para a resolução dos conflitos e luta pelos direitos.

Com isso, diversos mecanismos, iniciativas e garantias e institutos legais foram criados a fim de promover esse direito principiológico.

Dentre entre eles inclui-se institutos como a tutela antecipada, que busca a efetivação de um direito ao acesso à justiça célere e eficaz; a gratuidade de justiça e a assistência judiciária integral para os hipossuficientes; os Juizados Especiais instituídos pela Lei 9099/90 e o Código de Processo Civil de 2015, que consagra a previsão Constitucional da inafastabilidade da jurisdição de forma ampla, em compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, em seu art. 3º, vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

De acordo com o legislador, o Judiciário não pode se eximir de analisar e julgar situações que conduzam ameaça ou lesão a direito, assegurando, assim uma das formas de acesso à justiça, que é o Judiciário. Aí estamos diante do direito de Ação, de provocar a atividade Jurisdicional, e de um julgamento justo.

O CPC traz, ainda, outras formas de acesso à justiça em seus parágrafos, estabelecendo um modelo amplo para sua concretização, que tem sido chamado de modelo multiportas, que contempla outros meios além do judicial para solução de conflitos e garantia de direitos, como a mediação, conciliação e arbitragem.

Essas previsões definidas legalmente visa a eficácia e celeridade, bem como contribui para desafogar o Judiciário, que devido a cultura litigiosa que se instalou no país torna-se cada vez mais assoberbado.

Além disso, demonstra que a arbitragem é compatível com os ditames constitucionais, findando com antigas discussões sobre sua constitucionalidade, uma vez

que ela não fere o princípio da inafastabilidade da Justiça, mas se coloca como opção que decorre da livre manifestação da vontade dos envolvidos em determinadas situações, prestigiando um acesso amplo e eficaz à Justiça.

2. CONCEITO E ANÁLISE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Os estudos realizados sobre princípio do acesso à Justiça demonstraram que não há uma específica forma de conceituá-lo.

Podemos dizer, em linhas gerais, que acesso à justiça é um direito fundamental, que se constituiu como princípio constitucional, também chamado de Princípio da inafastabilidade da Jurisdição, que irá contemplar diversas formas de resolução de conflitos, incluindo o direito de ação, informação, conscientização e diversos meios de soluções de conflito.

O acesso à Justiça é entendido por alguns direito de acesso ao Judiciário, conceito este que coloca um como sinônimo do outro. Nesta perspectiva, há uma limitação desse princípio que não se coaduna com os ideais trazidos pela Carta Magna, visto que bastaria estar a máquina judiciária disponível às pessoas que todos os problemas estariam superados, sem a preocupação com a eficácia no que concerne ao alcance real dos indivíduos, por meio da informação, que os possibilitariam conhecer seus direitos e como utilizar as diversas ferramentas possíveis para fazê-los valer. Acessar a justiça dentro da compreensão que o vê como acesso ao Judiciário meramente é afirmar que a Justiça só poderia ser alcançada por meio do Judiciário, quando, na verdade, isso deveria ser uma garantia para além da tutela jurisdicional.

À luz da Constituição Federal de 1988, é preciso entender o Acesso à Justiça de forma muito mais ampla, como Princípio norteador e fundamental, que alcança além do acesso ao Judiciário, aos tribunais. Nesse sentido ele é tido como meio de oportunizar às pessoas conhecimento sobre seus direitos e as mais diversas alternativas para solução de conflitos, colocando-se o ordenamento jurídico de fato à disposição dos indivíduos, de modo a garantir diversos outros direitos por todos.

O Acesso à Justiça sob a ótica da CF/88 é o acesso por todos, em condições de equidade, aos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico pátrio, estando diretamente relacionada à própria constituição de um Estado democrático.

Portanto, é possível constatar que o acesso à justiça é direito que promove a garantia de tantos os direitos, sendo imprescindível para preservação e efetivação dos direitos fundamentais.

Sendo assim, o acesso ao judiciário é apenas uma das formas de acesso à Justiça, que só pode ser alcançada quando há informação suficiente para que todos, independentemente das limitações alcancem seus direitos, a pacificação e a resolução dos conflitos de forma justa.

Além disso, é por meio desse direito que todos os demais são assegurados, atuando, portanto, como mecanismo de efetivação de direitos sociais e individuais, visto que sem acesso à Justiça não haveria a garantia de cumprimento das leis, da própria democracia,

Com esse entendimento, a compreensão sobre o acesso à justiça requer uma análise de dimensões amplas sobre diversas questões que se relacionam com sua efetivação, como os problemas enfrentados no tocante ao rompimento de barreiras provocadas pelas longas distâncias e a precariedade das estruturas estatais em determinados espaços do país, como é o caso das comunidades rurais, foco deste trabalho.

4. OS ESTUDOS DE MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH: BREVES CONSIDERAÇÕES

Na abordagem sobre o acesso à justiça, torna-se imprescindível falar sobre as contribuições dos estudos realizados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que conduziram a maior pesquisa sobre o tema, ainda que brevemente, pois, decerto, uma análise aprofundada demandaria, no mínimo, um trabalho inteiro com este foco.

Os referidos autores encabeçaram um projeto na década de 1970, cujo resultado foi traduzido no Brasil em 1988, que analisou os entraves para garantia de direitos constitucionais em diversos países e até hoje influenciam significativamente as reflexões sobre o acesso à justiça.

Foram identificados por eles três grandes grupos de desafios para o acesso à justiça e três ondas reformistas que surgiram para contornar esses entraves.

No que concerne aos desafios, foram encontrados entraves de caráter econômico, sociocultural, organizacional e processual, que tinham maior impacto para os indivíduos

em situação de vulnerabilidade nos diversos aspectos, como aqueles que vivem em comunidades afastadas, como as rurais.

Sobre os aspectos econômicos e socioculturais, os altos custos para se acessar a justiça em conjunto com a falta ou ineficácia da informação faz com que muitos cidadãos não identifiquem e reivindiquem seus direitos.

As dificuldades organizacionais também são tidas como entraves para o acesso à justiça, pois na medida em que grupos com interesses compatíveis não conseguem se unir e organizar, torna-se mais difícil a batalha por direitos difusos e coletivos, que facilitariam e reduziriam os custos para a defesa dos mesmos.

E, por fim, temos os desafios processuais, que estão relacionados ao Judiciário, como a morosidade, excesso de formalismo e burocracia, falta de uma estrutura adequada que alcance as mais diversas localidades e pessoas, que levam muitas pessoas a desistirem de buscar justiça.

Além das barreiras enfrentadas, Cappelletti e Garth analisaram como os países vinham lidando com o enfrentamento desses obstáculos, identificando três padrões ao longo do tempo, que chamaram de três ondas renovatórias.

Na primeira onda, eles verificam que para contornar o alto custo processual a gratuidade de justiça, os remédios constitucionais que independem de patrocínio de advogado ou defensor, o provimento de assistência jurídica integral por instituições privadas e advocacia pro bono, defensorias públicas e outras assistências estatais se colocavam como minimizadoras dos entraves contra o acesso à Justiça.

Na onda que se relaciona com aspectos organizacionais, a criação e adaptação de procedimentos judiciais de defesa de direitos coletivos contribuiriam para combater os desafios de representação desses direitos.

E, por fim, tratam de um conceito mais amplo de acesso à justiça, que muito se relaciona com as previsões de nossa Constituição atual, no sentido de quebrar barreiras processuais, ficando em celeridade, diversidade de instituições e mecanismos para resolver e até prevenir conflitos. Daí surge a base de criação da tutela antecipada, os Juizados Especiais, a Justiça itinerante, dentre outros instrumentos de garantia de acesso à Justiça.

A partir desses estudos, então, novas concepções de aplicação do direito ganham visibilidade, como meio de auxiliarem a busca por soluções para trabalhar de forma eficiente as questões relativas à justiça.

5. A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS COMUNIDADES RURAIS

A abordagem apresentada até aqui demonstra a necessidade de compreendermos o acesso à Justiça de forma democrática, que alcance a todos os cidadãos.

E, a partir dessa concepção, é possível perceber que independente das dificuldades organizacionais, operacionais, das distâncias, questões socioculturais, econômicas, espaciais etc., o acesso à justiça precisa alcançar a todos.

E a problemática que envolve o presente estudo está relacionada a análise se as comunidades rurais do país vêm sendo efetivamente alcançadas por esse Princípio.

Nesse diapasão, os estudos realizados demonstram que o acesso à justiça encontra entraves de forma geral, especialmente quando trata-se de sua amplitude, e isso se agrava quando tratamos das localidades mais afastadas do meio urbano, onde não se concentram presentes os Tribunais, as Defensorias, Promotorias, Centros de atendimentos jurídicos gratuitos e informações relativas a educação sobre direitos.

E, não só isso, nosso país possui uma dimensão territorial muito grande e está marcado pela diversidade sociocultural e econômica, o que muito impacta nas condições para o exercício de direitos.

Visto isso, a seguir serão analisados mais especificamente os entraves enfrentados para efetivação do direito/Princípio do Acesso à Justiça nas comunidades rurais do país.

5.1 ENTRAVES AO ACESSO À JUSTIÇA

Como dito acima, muitas são as questões que interferem na efetivação do Acesso à Justiça, e aqui serão destacadas algumas.

Ao longo dos estudos, o que se denota é que temos estruturas e políticas públicas, quando existentes, precárias para garantir esse direito, que refletem na falta de logísticas para que os serviços públicos cheguem às comunidades rurais, para que as pessoas sejam informadas e conscientizadas sobre seus direitos, garantias e como fazê-los valer.

A falta de acesso à justiça pela ineficiência da máquina estatal compromete a missão de levar a justiça a quem dela necessita e, conseqüentemente, compromete o Estado de Direito. E é essa a realidade que ainda enfrentamos ao tratarmos do acesso à Justiça nas áreas rurais.

Infelizmente, a falta de eficiência do Estado vem comprometendo esse direito e causando muitos prejuízos à sociedade na medida em que torna a prestação jurisdicional

inacessível para grande parte da população, especialmente aquelas que estão distantes dos centros urbanos, dificultando e até impossibilitando o exercício e reconhecimento de direitos e comprometendo a missão de fazer justiça previsto em nossa Constituição.

Nesse sentido, a análise aqui posta indica que o primeiro passo para que se alcance a efetivação do acesso à justiça é promover a informação, mas, infelizmente, as comunidades rurais acabam não recebendo ou recebendo pouca instrução quanto aos seus direitos por estarem em localizações tidas como desprivilegiadas, afastadas dos centros urbanos, onde geralmente ocorrem os movimentos sociais e ações estatais nesse sentido.

Além disso, a tecnologia muitas vezes não chega à essas pessoas, dificultando o acesso a informação.

A falta de políticas públicas voltadas para a conscientização e alcance das comunidades localizadas nas regiões rurais também são pouco presentes e precárias, o que se relaciona com a dificuldade de acesso e grande extensão territorial do país.

Outras questões que dificultam o acesso à justiça estão relacionadas aos fatores sociais e culturais. Por falta de instrução e a ideia equivocada de que a justiça é para poucos, muitos indivíduos acabam vendo o acesso à justiça como algo inalcançável ou extremamente burocrática e moroso, fazendo muitos preferirem deixar de exercer seus direitos. Sem contar a utilização de vocabulário jurídico não compreensível para os menos instruídos intelectualmente.

A falta de recursos financeiros e a ausência de Instituições que cheguem a essas localidades rurais configuram igualmente empecilhos para a efetivação do acesso à justiça. Muitas pessoas não possuem recursos financeiros para chegar até as Defensoria, Ministério Público, Centros de Estudos Jurídicos de Faculdades, Tribunais e outros espaços imprescindíveis à justiça.

Ademais, as dificuldades logísticas para oferta dos serviços públicos necessários ao atendimento das populações locais também ainda são muitas, em razão das distâncias, condições das estradas, de segurança e falta de investimentos em aparato material e pessoal para este fim.

Assim, é preciso analisar estratégias para que o Estado de Direito não seja comprometido, o que será a seguir abordado.

5.2 ALTERNATIVAS

As dificuldades existentes para efetivação do acesso à justiça têm sido alvo de muitos estudos e debates no país na busca por alternativas para combater essas barreiras ou, ao menos, para minimizar os entraves existentes.

Com a finalidade precípua de promover o acesso à Justiça e fomentar a cidadania, é preciso que se invista em informação e conscientização, o que é possível por meio de políticas públicas direcionadas a educação em direitos, de incentivo aos movimentos sociais e pelas iniciativas das instituições privadas comprometidas com o social.

Levar às comunidades rurais informações sobre direitos e como buscar amparo para alcançá-los, mediante uma linguagem adequada e temas que se relacionem com cada localidade e suas especificidades, é uma importante estratégia para o alcance do acesso à justiça, uma vez que não se pode acessar aquilo que não se conhece.

Portanto, a Educação em direito e a oferta de informação clara, são pilares para efetivação do Princípio do Acesso à Justiça e defesa do Estado de Direito.

Além disso, a criação de estruturas para prestação dos serviços públicos básicos e instalação das instituições indispensáveis à Justiça, como Defensorias, Ministério Público e OAB nas diversas regiões rurais é fundamental. Ainda nesse sentido, considerando que estamos diante de um país de grande dimensão, a fim de promover melhor uso de recursos econômicos, uma alternativa são os núcleos itinerantes, que podem alcançar um maior número de regiões e pessoas com menor custo.

A justiça itinerante, por meio de atendimentos regulares previamente estabelecidos mediante calendários amplamente divulgados em cada região também precisa ser pensada para viabilização da prestação jurisdicional.

Esta é uma alternativa que reduz o problema causado pelas distâncias geográficas, pela falta de acesso às tecnologias e falta de recursos financeiros, é a Justiça indo ao cidadão que possui maior dificuldade de acesso aos serviços públicos.

É preciso, ainda, nesse paradigma ampliado do acesso à justiça, buscar soluções consensuais dos conflitos para garantia da pacificação social; reduzir a formalidade e burocracia, dando-se ênfase a eficiência e celeridade na resolução dos conflitos e expandir as ações afirmativas que levem o cidadão a reconhecer seus direitos e saber como buscá-los por meio de convênios entre o Poder Judiciário, os auxiliares da Justiça e instituições provadas como universidades.

Investir em tecnologia e no preparo de pessoas para utilizá-las e reduzir as distâncias também é mecanismo favorecedor desse processo de democratização do acesso à justiça, de modo que alcance as comunidades rurais.

Sendo assim, vemos que as estratégias para efetivação desse Direito estão relacionadas a levar a Justiça até essas comunidades rurais, e não apenas o Judiciário, e que isso demanda esforços, especialmente relacionados às políticas públicas, de modo a garantir que de fato todos gozem do direito constitucionalmente assegurado, sob pena de comprometimento da democracia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, garante que todos os brasileiros tenham acesso ao Poder Judiciário e à Justiça, e amplia a compreensão sobre sua extensão.

É, portanto, direito fundamental, que se constituiu como Princípio Constitucional, que passa a ser muito mais que a garantia de acesso ao Poder Judiciário, abrangendo a garantia de efetividade de acesso a todas as garantias previstas no ordenamento jurídico por diversos mecanismos, abrangendo a necessidade de informação e conscientização sobre direitos; o acesso aos serviços públicos, incluindo o Judiciário, bem como às diversas formas de resolução de conflitos.

Todavia, muitos entraves ainda estão presentes para sua efetivação, sendo necessária atenção e empenho do Estado para superar este problema, mediante a criação de estratégias e utilização de alternativas facilitadoras que leve esse direito à todos, superando as barreiras, especialmente quando tratamos das comunidades rurais, que por se encontrarem longe dos centros urbanos acabam sofrendo ainda mais com esses obstáculos, notadamente pelo perfil socioeconômico e cultural de suas populações.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria**. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de Direito Processual. Nona Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946.

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

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 de setembro de 2021.

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, DF, 27 setembro 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALANTER, Marc. **Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão**. Revista brasileira de sociologia do Direito, Porto Alegre, 2015.

HAMURABI. **Código de Hamurabi**. Código de Manu. Lei das XII Tábuas. 2. ed. Bauru: Edipro, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. In: DINAMARCO; Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **Direito alternativo: uma contribuição à teoria do direito em face da ordem justa**. Curitiba: Juruá, 2002

Capítulo 3

**LEI MARIA DA PENHA E A AMPLIAÇÃO DO
CONCEITO DE FAMÍLIA: VULNERABILIZAÇÃO E
PESSOAS LGBTIQ+**

Lorena Araújo Matos

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

LEI MARIA DA PENHA E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: VULNERABILIZAÇÃO E PESSOAS LGBTIQ+

Lorena Araújo Matos

Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Bolsista CAPES/PROEX.

e-mail: l.maatos@gmail.com

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD-UFAM); Pós-

Doutor em Direito - Universidade de Brasília (UNB); e-mail: thiagogaleao@hotmail.com

Resumo

O presente estudo tem como objeto de pesquisa a relação da Lei Maria da Penha com a ampliação do conceito de família, a partir da consideração de relações homoafetivas e vividas por pessoas trans e travestis como dignas de aplicação da proteção da referida lei. Para tanto, a presente pesquisa está estruturada em três seções. Inicialmente, analisa-se a existência de vulnerabilidade em relações homoafetivas e compostas por pessoas trans, travestis, por meio de uma análise de violência simbólica e hierarquia de gênero. Em um segundo momento, faz-se uma análise de entendimentos doutrinários sobre a ampliação do conceito de família pela Lei Maria da Penha, para que ao final se concretize uma análise jurisprudencial sobre a temática. Realizou-se a presente pesquisa por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Violência. Família. Pessoas LGBTIQ+. Vulnerabilidade.

Abstract

The present study has as its research object the relationship of the Maria da Penha Law with the expansion of the concept of family, from the consideration of homoaffective relationships and experienced by trans and transvestites as worthy of application of the protection of that law. Therefore, this research is structured in three sections. Initially, we analyze the existence of vulnerability in homosexual relationships and composed of trans people, transvestites, through an analysis of symbolic violence and gender hierarchy. In a second moment, there is an analysis of doctrinal understandings about the expansion of the concept of family by the Maria da Penha Law, so that, in the end, a jurisprudential analysis on the subject is carried out. The present research was carried out through bibliographic research.

Keywords: Violence. Family. LGBTIQ+ people. Vulnerability.

INTRODUÇÃO

De pronto, destaca-se que o objetivo do presente artigo é analisar a ampliação do conceito de família a partir da promulgação da Lei Maria da Penha, tendo como elemento basilar a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, sedimentada em valores como igualdade, liberdade, dignidade e solidariedade, conforme previsto em seu art. 5º.

Partindo-se de preceitos constitucionais, ressalta-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2013, que reconheceu o casamento homoafetivo, ensejando um amparo jurídico ao mesmo, devendo ser reconhecido como uma entidade familiar, considerando-se os preceitos de um Direito Civil Constitucional.

Especificamente sobre a Lei Maria da Penha (LMP), a referida tem como objeto a violência doméstica e familiar contra a mulher. Entretanto, a partir de um estudo filosófico, jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, sustenta-se que o conceito de violência familiar deve ser interpretado em um viés ampliado, considerando as novas múltiplas formações familiares, entre elas as derivadas de uniões homoafetivas, considerando-se o art. 5º, p.º, da LMP, que sustenta a não distinção por orientação sexual, promovendo-se assim a sua aplicação a qualquer indivíduo que esteja em situação vulnerável em razão de violência doméstica, familiar, inclusive pessoas trans.

Para tanto, o presente artigo tem como pergunta de pesquisa: em que medida a Lei Maria da Penha amplia o conceito de família, sob a base de um Direito Civil Constitucional?

O estudo está alicerçado em três momentos. Inicialmente, fez-se uma breve contextualização da relação da Lei Maria da Penha para com relacionamentos homoafetivos, buscando-se refletir sobre a existência de vulnerabilidade nestes. Em um segundo momento da pesquisa, destacam-se entendimentos doutrinários sobre a ampliação no conceito de família e aplicação da Lei Maria da Penha a casais homoafetivos.

Por fim, a jurisprudência pátria é revelada como um instrumento de aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos, para tanto, sempre importante destacar os entendimentos dos tribunais superiores, no que diz respeito, às demandas ainda controversas.

1 LEI MARIA DA PENHA E RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS: A VULNERABILIDADE PERSISTE?

Por meio da aplicação da Lei Maria da Penha, a partir da identificação de inúmeras jurisprudências, observa-se uma ampliação de sentidos, quando a mesma é aplicada a casais homoafetivos masculinos, ainda que em sua redação haja a expressão “mulher”. Entende-se totalmente compreensível e legítima a referida ampliação, considerando-se que o grau de vulnerabilidade que legitima a referida lei também pode vir a existir em uma relação homoafetiva masculina.

Obviamente, é de conhecimento público os altíssimos índices de violência contra a mulher em nosso país, ainda mais em âmbito doméstico e familiar. Uma violência que está correlacionada a uma cultura do patriarcado que produz homens, em sociedade, como supostos proprietários do corpo da mulher. Conseqüentemente, como o indivíduo é colocado como dono, o mesmo se dá ao direito de violar o seu objeto [sic].

Ocorre que, as uniões homoafetivas não estão imunes às referidas relações de poder reproduzidas em sociedade. Com graus e configurações distintas, uma união homoafetiva não está imune a uma vulnerabilização de um dos integrantes da relação em detrimento do outro. Nada obsta, portanto, que uma lei que foi criada para proteger indivíduos de uma violência em âmbito doméstico e familiar seja aplicada a um conceito de família ampliada.

Inclusive, a referida aplicação com o conceito ampliado de família está condizente com o que preceitua o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina que o magistrado, quando da aplicação da lei, atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum. Não se deve fechar os olhos para a sociedade, muito pelo contrário, é essencial a oxigenação da letra de lei pela sociedade. Ademais, o magistrado pode fazer uso do seu poder geral de cautela, com fins de aplicar a lei Maria da Penha a casais homoafetivos.

Por meio da aplicação da referida lei às uniões homoafetivas, pode-se sustentar que há a ampliação do conceito de família, no sentido de que pela primeira vez em âmbito infraconstitucional esta deixa de ser o que a lei preceitua, não é mais constituída por lei, e sim pela vontade de seus integrantes, mais uma vez à luz dos preceitos da Constitucionalização do Direito Civil, mais especificamente do Direito de Família.

1.1 A VULNERABILIDADE DO FEMININO COMO PRODUTO DE UMA HIERARQUIA: VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

Jessé Souza (2003) comenta que a oposição entre homem e mulher se trata de uma diferenciação sexual que perpetua a mesma lógica da oposição de classes, no sentido de que ao homem são próprios trabalhos intelectuais, que necessitem do uso da mente. À mulher, todavia, estão reservados os trabalhos manuais e os que necessitam de sua corporalidade. O que repercute, ademais, no seu prestígio perante a sociedade e no próprio valor econômico do seu trabalho, materializado pelo seu salário.

Uma hierarquia moral marcada pela concepção de superioridade do masculino, uma concepção falocêntrica. O masculino representa o superior, o ser racional, detentor do falo, fazendo-o perfeito e completo. A mulher, entretanto, pela sua associação à emoção e à ausência do falo, representa o inferior, a ausência. Comentando a inferioridade do feminino em detrimento do masculino, a filósofa Judith Butler (2014, p.152, grifo nosso) destaca:

Mas há, é claro, Irigay, que denuncia a dialética do Mesmo e do Outro como um falso binário, a ilusão de uma diferença simétrica que consolida a economia metafísica do falocentrismo, a economia do mesmo. Em seu ponto de vista, tanto o Outro como o Mesmo são marcados como masculinos; **o Outro é apenas uma elaboração negativa do sujeito masculino, com o resultado de que o sexo feminino é irrepresentável** – ou seja, é o sexo que, nessa economia significativa, não o é. Mas não o é também no sentido de que escapa à significação unívoca característica do Simbólico, e de que **não é uma identidade substantiva, mas sempre e somente uma relação indeterminada de diferença na economia que o representa como ausente. Trata-se do sexo que não é ‘um’, no sentido de que é múltiplo e difuso em seus prazeres e seu modo de significação. De fato, talvez os prazeres aparentemente múltiplos de Herculine se qualificassem como a marca do feminino, em sua polivalência e sua recusa a se submeter aos esforços reprodutivos da significação unívoca.**

O masculino como marca tanto do “Mesmo”, como do “Outro”, sendo que este representa a figura do feminino, compreendida como a elaboração negativa do masculino, tendo em vista que representa a ausência, o inverso deste. Butler (2014), citando Irigay, destaca que se sustenta um sistema binário simétrico, quando na realidade essa simetria não existe, justamente porque tal sistema é produzido por uma estrutura de dominação constituída e marcada pela inferioridade do feminino em detrimento do masculino.

O feminino como um sexo que não é único, no sentido de que possui múltiplos prazeres e indeterminadas diferenças. Consequentemente, o feminino engloba a

sexualidade que não se enquadra à lógica binária, como, por exemplo, o/a (x) hermafrodita Herculine, que à luz da referida concepção falocêntrica, possui múltiplos prazeres, no sentido de não se enquadrar à lógica heterossexual, e por isso ser associado ao feminino. Desta forma, o feminino é associado à polivalência, a prática sexual incompatível com a lógica binária é acrescida à concepção feminina.

Ainda sobre a concepção de superioridade do masculino sobre o feminino, pode-se citar o filósofo Bourdieu, em sua obra *A Dominação Masculina – A condição feminina e a violência simbólica*, quando sustenta a existência de uma estrutura de dominação simbólica, fundada em uma visão masculinizada, que produz a ideia de perversidade do polimorfo, no sentido de “[...] excluir do universo do pensável e do factível tudo o que caracteriza pertencer ao outro gênero – e em particular todas as virtualidades biologicamente inscritas no ‘perverso polimorfo’ que, se dermos crédito a Freud, toda criança é [...]” (Bourdieu, 2014, p.40).

A perversidade do polimorfo é associada à figura do feminino, que é entendido como um sexo que não é uno, justamente por ser constituído por múltiplos prazeres, fazendo-se alusão a desejos e prazeres que não se amoldam à lógica heterossexual.

O feminino é associado à inferioridade, ausência e perversidade, conseqüentemente a sua influência no masculino deve ser proibida e evitada. Assim, a feminidade é compreendida como um elemento contaminador [sic], no sentido de que se deve controlar a influência do feminino no masculino. A homossexualidade, por exemplo, seguindo esta lógica de raciocínio, representaria a contaminação do masculino pelo feminino, o que justifica o seu controle pelo dispositivo de sexualidade, através da produção de categorias, de identidades sexuais.

Percebe-se, assim, que o controle das práticas sexuais não compatíveis com a lógica binária está intimamente relacionado com a questão da inferioridade e perversidade do feminino, no sentido de que pelo feminino ser considerado inferior, representar a ausência e estar associado à perversidade do polimorfo, a contaminação por ele deve ser gerenciada.

Trata-se de um controle relacionado diretamente à concepção de contaminação do homem pela mulher, a feminização do homem. O problema seria o feminino no homem. A superioridade se contaminaria com a inferioridade e a perversidade do feminino, por isso deve ser controlada, sendo a produção de identidades sexuais um dos instrumentos de controle das práticas sexuais desviantes da lógica binária.

Trata-se de uma forma de produzir e controlar a sexualidade, de forma que se gerencie e obstaculize a possibilidade de tomar concepções fora desse complexo de poder e verdade construídos sobre o sexo. Uma estrutura hegemônica, que controla as possibilidades sexuais do indivíduo e até mesmo as formas de subversão, tendo em vista que estas são limitadas, internamente, pela estrutura de poder produzida pelos discursos preexistentes.

O dispositivo de sexualidade como o responsável pela produção de padrões pré-existentes de sexualidade, pautados em uma matriz heterossexual e binária. Consequentemente, não é garantida ao indivíduo a livre escolha, tendo em vista que já houve uma escolha e uma criação anterior.

Identifica-se, portanto, uma hierarquia moral produtora do binômio masculino e feminino, no qual esta assume um papel de inferioridade e perversidade. Por consequência, o indivíduo identificado sexualmente fora dessa lógica binária é enxergado como “outro”, é identificado como diverso, como integrante de um espaço específico.

Sustenta-se uma lógica binária, em que o padrão de normalidade é próprio da relação firmada entre o masculino e o feminino. Não há espaços de normalidade para terceiros que desviem sexualmente dessa lógica de coerência sexual. Os desviantes sexuais são considerados anormais, artificiais e incoerentes. Ademais, além de se desviarem da lógica binária, heterossexual, tais indivíduos são considerados perversos, contaminados pela feminidade, contaminados pela inferioridade e perversidade do feminino.

Desta forma, não podem ser considerados como “mesmos”, não podem ser vistos como iguais àqueles que se amoldaram à lógica heterossexual. São desviantes, anormais, não podendo se misturar com os dotados de normalidade, naturalidade, os arrazoados. Aos contaminados; aos perversos; aos afeminados, a marcação de espaços específicos que os diferenciem dos indivíduos superiores.

Os desviantes sexuais não podem ser confundidos com os indivíduos dotados de razão, de normalidade. Devem ocupar espaços determinados, espaços autônomos aos dos naturais. Devem ser tratados de forma específica, apartados, setorizados. Aquilo que é inferior, perverso, deve ser isolado [sic].

Ocorre que estamos diante de uma configuração de poder empreendedora, era do Biopoder (Foucault, 2014), em que o exercício do poder é executado de forma multifacetada, não se contentando em exercer suas relações de poder sobre relações

consideradas heteroafetivas. Tal hierarquia de gênero não deixa de atingir as relações consideradas desviantes pelo próprio complexo de poder, como, por exemplo, relações homoafetivas e envolvendo mulheres travestis e trans.

Bourdieu (2014) comenta que os homossexuais são atravessados por uma estigmatização, imposta por atos coletivos de categorização, que ensejam segregações, marcadas por uma negatividade. Tem-se, desta forma, a formação de grupos, de categorias estigmatizadas.

Esta estigmatização só fica clara quando um movimento político identificado através de tais categorias reivindica visibilidade, quando o movimento político luta pelo seu reconhecimento, pela legitimidade dos seus interesses comuns.

Os corpos e as mentes dos indivíduos, em profundidade, são atravessados por uma violência simbólica, ao ponto de que estes não conseguem refletir sobre o ato de dominação exercido sobre eles ou mesmo a relação deles com os dominantes. O indivíduo dominado tende a ratificar a perspectiva do dominante sobre si próprio.

Assim, por um ato não voluntário, o indivíduo é forçado a aceitar as categorias de percepção dominante, o que o faz viver envergonhado em relação às experiências sexuais, uma vez que estas, à luz da perspectiva dominante, definem o indivíduo. Desta forma, este se divide entre o medo de ser descoberto, de ser visto sem suas máscaras, e o desejo de ser reconhecido pelos demais do seu grupo, de ser reconhecido pelos outros indivíduos identificados como homossexuais (BOURDIEU, 2014).

Os indivíduos classificados como homossexuais mesmo sendo dominados, assim como as mulheres, não raramente, aplicam a si próprios os princípios dominantes. Bourdieu cita como exemplo a necessidade de em uma relação identificada como homossexual se ter uma divisão de papéis, o ativo e o passivo, o masculinizado e o feminizado. Para o filósofo, trata-se de uma das “mais trágicas antinomias de dominação simbólica” (2014, p. 167), qual seja: a tentativa de subversão às estruturas sociais e cognitivas através de categorias dominantes.

Conclui-se, portanto, que a vulnerabilidade produzida sobre o feminino não é própria a corpos considerados biologicamente femininos e sim a papéis e posições de gênero, construídos socialmente, que incluem a mulher trans e travesti, assim como relações homoafetivas atravessadas pela ocupação de papéis, de caixetas empilhadas sobre a base do elemento gênero.

2 FAMÍLIA: ALÉM DE NORMATIVAS LEGAIS

A Lei Maria da Penha incide sobre qualquer modalidade de violência, seja violência física, psíquica, patrimonial, sexual, moral, dentre outras, conforme consta no art. 7º da lei. Entretanto, a violência tem que ser baseada no gênero, conforme dispõe o art. 5º da Lei 11.340/2006.

Quando analisamos questões baseadas no gênero, é importante destacar que há conceituações distintas, dependendo do substrato teórico escolhido. No trabalho em questão, utilizo-me das concepções de Ela Wiecko e Carmen Hein de Campos (2018, p. 3), as quais destacam a que associação sexo-gênero foi explicitada na Recomendação Geral 33 da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher:

A associação sexo-gênero foi explicitada na Recomendação Geral 33, a qual no seu item 7 explica que “a discriminação pode ser dirigida contra as mulheres por motivo de sexo e gênero. **Gênero refere-se a identidades, atributos e papéis socialmente construídos para mulheres e homens e ao significado cultural imposto pela sociedade às diferenças biológicas, que se reproduzem constantemente no sistema de justiça e suas instituições**” (CEDAW, 2015).

Assim, com as transformações sociais, os direitos humanos ganham força nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito, logo, não há como se pensar em aplicação dos direitos fundamentais sem discutir questões de gênero.

A Lei Maria da Penha objetiva combater violência, já citadas acima, entretanto, convém destacar que a repercussão de algum ato de violência praticado no âmbito familiar, vai além de aspectos criminais, engloba todo o contexto de relação dos indivíduos, podendo acarretar traumas psicológicos, danos patrimoniais, danos físicos e a sensação de desamparo e descrédito nas relações humanas.

Assim, vale destacar que o conceito de família foi modificado, anteriormente a mulher não tinha voz, direitos e nem era vista como um sujeito que tem vontade própria. Ocorre que essa concepção patriarcal, arcaica e machista deu espaço para o afeto. Hoje, família tem o caráter de realização pessoal, profissional e mental de todos os indivíduos.

Maria Berenice Dias, em artigo intitulado “A família homoafetiva” destaca que (2021):

Basta atentar que a Constituição da República elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Apesar de não utilizada a palavra afeto, está consagrado o princípio da afetividade. Pode-se até dizer que houve a constitucionalização do afeto, no momento em que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica. Como a união estável se constitui

sem necessidade da chancela estatal, isso significa que é a afetividade que une e enlaça as pessoas, a ponto de merecer reconhecimento e a inserção no sistema jurídico.

Espera-se da família um ambiente de acolhimento, de dar e ouvir a voz dos sujeitos que formam aquele vínculo de afeto, assim, de acordo com a Constituição Federal (1988) a entidade familiar busca no afeto a concretização do que se espera de felicidade.

A família transcende sua própria historicidade, pois suas formas de constituição variam de acordo com a dimensão temporal, social e geográfica. Para compreender o Direito das Famílias na atualidade, é necessário atentar que o conceito de família sofreu variações ao longo dos tempos (DIAS, 2021).

O afrouxamento dos laços entre Estado e Igreja acarretou profunda evolução social e a mutação do próprio conceito de família, que se transformou em verdadeiro caleidoscópio de relações, que muda no tempo de sua constituição e se consolida em cada geração (GROENINGA, 202, p. 126).

Embora a antropologia, a sociologia e a psicanálise já tivessem estabelecido um conceito mais aberto de família, foi a Constituição da República, do ano de 1988, que lhe emprestou uma nova dimensão, ao introduzir o termo generalizante: entidade familiar. Dita mudança provocou a maior revolução no âmbito das relações familiares (DIAS, 2021).

E é nessa dimensão complexa e infinita que a instituição, conceituação de família sofreu ampliação, para abarcar toda forma de afeto e amor. Falar de família é, acima de tudo, falar de amor na sua forma mais sublime – ou pelo menos é o que se espera – é encontrar o respeito e o acolhimento que todos, absolutamente, todos merecem e precisam.

Importante destaque é no que se refere a aplicação da LMP a casais homoafetivos masculinos, Maria Berenice Dias destaca que:

[...] mesmo que a Lei Maria da Penha tenha protegido somente a mulher, esta proteção estende-se aos homens vítimas de violência doméstica, não importando, o sexo dos companheiros. Segundo o dispositivo constitucional que prevê o princípio da igualdade, tal regra deve ser também estendida aos casais homossexuais formados por dois homens, em sendo o caso (2013).

Portanto, com base no entendimento da autora acima, basta que esteja presente a hipótese de violência doméstica, familiar ou intrafamiliar, não importando se a vítima é mulher ou homem, aplica-se a LMP.

No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes (2013), aponta que:

[...] parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicados em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc.) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha e do seu poder cautelar geral, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito.

Observa-se que o princípio da igualdade se faz presente nessa aplicação, portanto, a Lei Maria da Penha deve ser aplicada em todas as relações em que existir violência doméstica, não importando o sexo, mas sim o objetivo de resguardar vítimas.

3 JURISPRUDÊNCIA: APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA A CASAIS HOMOAFETIVOS

Em nível jurisprudencial, destacam-se os julgamentos, em conjunto, da ADI 4.277 e da ADPF 132, de relatoria do Min. Ayres Britto, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas, dessa forma, a Suprema Corte efetivou mais ampliação no que diz respeito a ampliação do conceito de família.

Maria Berenice Dias, no artigo intitulado “A família homoafetiva”, destaca que:

Ainda que, quase intuitivamente, se conceitue a família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são calcados no amor. Dão origem a um novo estado civil, merecendo as ações respectivas ser apreciadas nas varas especializadas. Não há como não considerar família o relacionamento em que transparece o afeto como fato gerador de efeitos jurídicos. Nada diferem ditas uniões para que não possam ser identificadas como uma entidade familiar, a ensejar, enquanto inexistir um regramento legal, a aplicação analógica das regras jurídicas que regulam a união estável e o próprio casamento.

A dificuldade do campo jurídico em tratar de questões referentes a sexualidade humana e gênero só retarda uma evolução humanitária, uma evolução de conceitos que são, na verdade, transformados em preconceito.

É nesse contexto de mudanças que a Lei Maria da Penha amplia o preceito familiar, para englobar as uniões homoafetivas, afinal, é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico e, como destacado acima, as uniões homoafetivas são entidades familiares. Ressalta-se que violência doméstica é aquela que acontece no âmbito de uma família.

Maria Berenice Dias destaca que para quem “a Lei Maria da Penha, de modo expresso, enlaça no conceito de família as uniões homoafetivas”, uma vez que “o parágrafo único do art. 5º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar”.

A autora conclui que pela primeira vez foi consagrado, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros. Ao ser afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada a proteção tanto as lésbicas como as travestis, as transexuais, que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos as situações de violência contra o gênero feminino justificam a especial proteção.

Alguns autores, por exemplo Luiz Flávio Gomes, Cláudia Nunes, destacam essa ampliação do conceito de família trazido pela Lei Maria da Penha e a sua aplicação para casais homoafetivos, corroborando a luta por igualdade entre relações hetero e homoafetivas.

Manter práticas discriminatórias seja na aplicação de uma lei criminal, seja uma lei civil é corroborar com o retrocesso social, já caminhamos alguns passos no quesito proteção de direitos, dar voz a sujeitos invisíveis socialmente, porém, é preciso continuar a luta por igualdade de direitos, por reconhecimento, pois só assim a existência dos “diferentes”, do “outro” é garantida.

4 METODOLOGIA

A metodologia utilizada no presente artigo foi a bibliográfica, utilizando de artigos científicos, jurisprudência e legislação vigente referente ao tema da pesquisa.

5 ANÁLISE DE DADOS

Diante das hipóteses levantadas no presente estudo, observa-se que a aplicação da Lei Maria da Penha possibilitou a ampliação do conceito de família. Hodiernamente, a instituição família vai além de preceitos legais, de preceitos conservadores.

A pluralidade social não comporta mais paradigmas limitadores de formações familiares, núcleos de famílias são inúmeros e passíveis de proteção legislativa.

Nesse sentido, o objetivo do artigo foi destacar que a Lei Maria da Penha é possível ser aplicada às pessoas trans/travestis, trazendo ao contexto jurisprudências sobre a problemática.

Nota-se que ainda exige esforço social, jurídico e, também, político para efetivar direitos para todos, a existência do ser humano tem que ser garantida no seu maior grau de dignidade.

A resposta a ser dada nesse tópico do presente estudo é ainda uma construção, porém, pretendemos abrir portas para reflexões do porquê falar de sexualidade, identidade de gênero ainda é um tabu.

A Lei Maria da Penha é uma norma legal importantíssima no contexto de proteção às mulheres, mas também pode ser ampliada para proteção de pessoas no núcleo familiar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme disposto na introdução do presente estudo, este teve como objetivo analisar em que medida a Lei Maria da Penha representa uma ferramenta de ampliação do conceito de família.

Para que este questionamento pudesse começar a ser respondido, entendeu-se por necessário responder um outro questionamento antes: existe vulnerabilidade que justifique a aplicação da LMP em relações que não sejam heteroafetivas e cisgêneras? Em outras palavras, caberia se aplicar a LMP em relações homoafetivas e/ou compostas por pessoas trans/travestis.

Em um primeiro momento, portanto, o presente artigo se debruçou em entender uma hierarquia de gênero disseminada socialmente, que coloca o masculino como superior, enquanto o feminino como inferior e elemento de contaminação [sic]. Ocorre que esta hierarquia não é exclusiva de relações entre homens e mulheres cis, atravessando também a vivência de pessoas LGBTIQ+ em seus relacionamentos, por meio da chamada dominação simbólica.

O dominado acaba por aderir aos elementos de sua dominação. Trata-se de um ciclo vicioso de opressão, que trabalha por meio da sutileza e da aderência do sujeito que está sendo dominado.

Logo, ao se falar na aplicação da LMP a relações envolvendo pessoas do mesmo sexo ou pessoas trans, travestis, não se fala de corpo, de força física ou qualquer outro elemento que se projeta socialmente em níveis de natureza, de essência.

Fala-se de posição social, de espaço de vulnerabilidade, vulnerabilização do feminino que é atravessada na vivência de uma mulher trans, de uma mulher travesti, de uma mulher lésbica e até mesmo na vivência de uma relação homoafetiva masculina, uma vez que há papéis criados na mesma enquanto parceiro masculino e feminino, pautados em uma lógica falocêntrica.

Feitas essas considerações, o estudo se direciona a entender pela ampliação do conceito de família por meio da aplicação da Lei Maria da Penha, a partir de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, pautadas em uma lógica constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina – A condição feminina e a violência simbólica. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero – Feminismo e subversão da identidade. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CASTILHO, E.W.V, CAMPOS, C.H. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero.

Disponível em

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24904/IBCCRIM-Os%20obstáculos%20impostos%20a%20mulheres%20nas%20visitas%20aos%20presos%20como%20forma%20de%20injustiça%20de%20gênero%20no%20Tribunal%20do%20Distrito%20Federal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 de março de 2019.

DIAS, Maria Berenice. Novos contornos do Direito de Família. Disponível em:

[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_561\)1_novos_contornos_do_direito_de_familia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_561)1_novos_contornos_do_direito_de_familia.pdf). Acesso em 14 de abril de 2020.

DIAS, Maria Berenice. A família homoafetiva. Disponível em:

https://berenedias.com.br/a-familia-homoafetiva/#_ftn5. Acesso em 04 de abril de 2022.

DIAS, M. B.; REINHEIMER, T. L. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-domestica-e-as-unioes->

homoafetivas-por-maria-berenice-dias-e-thiele-lobes-reinheimer/. Acesso em 04 de abril de 2022.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: A vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Violência "machista" da mulher e Lei Maria da Penha : mulher bate em homem e em outra mulher. Disponível em <http://www.lfg.com.br> . Acesso em 04 de abril de 2022.

SOUZA Jessé. A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

Capítulo 4

**O INSTITUTO DA QUERELA NULLITATIS NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL PÁTRIO COMO MEIO
EFICIENTE DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA
INCONSTITUCIONAL**

Pedro Alves Costa Neto

Michelle Borges Cavalcante Cunha

Filipe Vieira Rocha

João Nazareno Nascimento Moraes Junior

Jacks Rodrigues Ferreira Filho

**O INSTITUTO DA *QUERELA NULLITATIS* NO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL PÁTRIO COMO MEIO EFICIENTE DE IMPUGNAÇÃO DA COISA
JULGADA INCONSTITUCIONAL**

Pedro Alves Costa Neto¹

Doutorando em Direito (UNESA/Estácio). Mestre em Educação Profissional e Tecnológica (IF Sertão-PE). Técnico Ministerial na Promotoria de Justiça da Comarca de Várzea Alegre-CE. E-mail: pedroalcneto@hotmail.com

Michelle Borges Cavalcante Cunha²

Doutoranda em Direito (UNESA/Estácio). Mestre em Gestão de Negócios Turísticos (UECE). Auditora de Controle Interno na Controladoria e Ouvidoria Geral (CE)

Filipe Vieira Rocha³

Especialista em Direito Administrativo (UCAM). Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Ceará

João Nazareno Nascimento Moraes Junior⁴

Doutorando em Direito (UNESA/Estácio). Mestre em Ciência Política (UFPA)

Jacks Rodrigues Ferreira Filho⁵

Doutorando em Direito (UNESA/Estácio), Mestre em Direito e Gestão de Conflitos (UNIFOR). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas (UECE).

¹ Doutorando em Direito (UNESA/Estácio). Mestre em Educação Profissional e Tecnológica pelo Instituto Federal do Sertão Pernambucano. Bacharel em Direito pela URCA - Universidade Regional do Cariri. Técnico Ministerial na Promotoria de Justiça da Comarca de Várzea Alegre-CE. E-mail: pedroalcneto@hotmail.com

² Doutoranda em Direito (UNESA/Estácio). Mestre em Gestão de Negócios Turísticos (UECE). Bacharel em Direito (Estácio de Sá) e Ciências contábeis (UNIFOR). Auditora de Controle Interno na Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará

³ Especialista em Direito Administrativo (UCAM). Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Ceará. Bacharel em Direito (URCA). E-mail: filiperocha945@gmail.com

⁴ Doutorando em Direito (UNESA/Estácio). Mestre em Ciência Política (UFPA). Especialista em Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Renato Saraiva (CERS). Professor (UNESA) e Advogado. E-mail: joaomoraesjr@hotmail.com

⁵ Doutorando em Direito (UNESA/Estácio), Mestre em Direito e Gestão de Conflitos (UNIFOR). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas (UECE), Especialista em Direito Administrativo (UNESA/ESTÁCIO), Especialista em Direito das Famílias (UNESA/ESTÁCIO). E-mail: jacksfilho@gmail.com

RESUMO

O presente estudo busca investigar a aplicabilidade do instituto da *querela nullitatis* no ordenamento jurídico brasileiro. Inicia-se com um brevíssimo histórico do instituto, explicitando a atual possibilidade de subsistência da *querela nullitatis* na sistemática processual civil brasileira, notadamente elencando as hipóteses de cabimento e o juízo competente para conhecer do pedido. Realizou-se uma intensa pesquisa bibliográfica considerando a contribuição de autores como CARVALHO (2014), CUNHA (2009) e MACEDO (2005). Ao final, concluiu-se que a *querela nullitatis* é o meio mais eficiente para a impugnação da chamada coisa julgada inconstitucional.

Palavras-chave: *Querela Nullitatis*. Sentença. Inexistência. Coisa Julgada. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

The present paper seeks to investigate the applicability of the institute of *querela nullitatis* in Brazilian legal system. It begins with a very brief history of the institute, explaining the current possibility of subsistence of *querela nullitatis* in Brazilian civil procedural system, notably listing the appropriate hypotheses and the competent court to hear the request. An intense bibliographic research was carried out considering the contribution of authors such as CARVALHO (2014), CUNHA (2009) and MACEDO (2005). In the end, it was concluded that *querela nullitatis* is the most efficient way to challenge the so-called unconstitutional *res judicata*.

Keywords: *Querela Nullitatis*. Verdict. Nonexistence. *Res judicata*. Legal Security.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança na perspectiva processual no que tange às relações individualizadas. O direito passou a ser mais dinâmico e sua aplicação no caso concreto paulatinamente deixou de ser vista como mero apêndice e se transformou em instrumento hábil para a efetivação dos direitos na sociedade atual.

Deriva desta nova ordem constitucional a inaceitabilidade de conceitos estanques e absolutos. A coisa julgada também foi relativizada em detrimento da segurança jurídica. Ainda que se busque a estabilidade das relações jurídicas e a indeclinabilidade da tutela jurisdicional, a atividade judicante, como qualquer ato humano, pode produzir decisões judiciais ofensivas aos valores superiores do ordenamento jurídico vigente.

O problema exsurge quando tais decisões ganham caráter imutável após o seu trânsito em julgado. Nesse contexto, instaurou-se uma certa celeuma entre aqueles que aceitam ou não a relativização da coisa julgada.

Neste cenário, brota a *querela nullitatis*, instrumento processual autônomo, capaz de extirpar do ordenamento jurídico sentenças que padecem de vícios insanáveis, os quais não se convalidam com o tempo, nem mesmo ante a coisa julgada.

O objeto central deste estudo é investigar a aplicabilidade do instituto da *querela nullitatis* no âmbito do ordenamento jurídico nacional. Para atingir a finalidade proposta, foi utilizada como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada através da leitura exaustiva de livros e artigos científicos de que trata o assunto.

Buscou-se absorver as ideias e concepções de autores como: CARVALHO (2014), CUNHA (2009) e MACEDO (2005).

2. O INSTITUTO DA QUERELA NULLITATIS COMO FORMA DE EXTIRPAR DO ORDENAMENTO JURÍDICO DECISÕES CONTRÁRIAS À ORDEM CONSTITUCIONAL.

Inicialmente convém enfatizar que há dois meios para impugnação da sentença judicial: o recurso e a ação rescisória. Referidos instrumentos são comumente usados para sanar tanto *errores in procedendo* como *errores in iudicando*. São, portanto, meios para se discutir a validade e a justiça de uma decisão. O recurso é instrumento hábil para se impugnar uma decisão judicial no curso do processo principal (até o trânsito em julgado). Já a ação rescisória desconstitui a coisa julgada material dentro do prazo de dois anos após o trânsito em julgado da sentença.

No entanto, após o biênio para ajuizamento da ação rescisória, restando patentes vícios gravíssimos na decisão judicial, ficaria o jurisdicionado refém do sistema processual? Crê-se que não. Em casos tais, apresenta-se o instituto da *querela nullitatis* como forma de extirpar do ordenamento jurídico decisões contrárias à ordem constitucional.

Segundo CAVALCANTI (2014), “a *querela nullitatis* é um expediente processual que objetiva a denúncia das nulidades absolutas ocorridas no processo, independente de preclusão (biênio para ajuizamento da ação rescisória)”.

A *querela nullitatis* remonta desde período entre 568 d.C e 1500 d.C, oriunda do direito italiano, derivada da influência germânica. Nesta época não se apresentava como ação autônoma, era mero *imploratio officie iudicis*. Ganhou notoriedade no direito canônico e na doutrina medieval para arguição de nulidades (CARVALHO, 2013).

Nesta época houve uma efervescência dos provimentos recursais, iniciando-se uma grande confusão entre os conceitos de nulidade e existência, decorrente da fusão de algumas espécies recursais. Segundo MELO (2012),

[...] as nulidades podiam ser apeladas e a matéria reservada à apelação passou a abarcar as nulidades, uma vez que as sentenças nulas foram erigidas ao mesmo patamar das sentenças inexistentes e os glosadores deixaram de verificar suas peculiaridades, de modo que, acabaram também sendo atacadas por meio da *querela nullitatis*. Assim, as sentenças inexistentes ficaram, então, sem uma via autônoma própria. Em suma, tantos os vícios de existência e de nulidade passaram a ser impugnados via *querela nullitatis*.

A *querela nullitatis* desdobrava-se em duas espécies: ***querela nullitatis sanabilis*** para *errores in procedendo* menos graves e ***querela nullitatis insanabilis*** para os mais graves.

Atualmente, a *querela nullitatis sanabilis* foi suprimida pela apelação e a espécie *insanabilis* ainda subsiste em nosso ordenamento jurídico. Para CAVALCANTI (2014), ela tem o condão de “expurgar do universo jurídico aqueles vícios, que, de tão graves, não se sanariam com a preclusão temporal e, por conseguinte, sobreviveriam à formação da coisa julgada”.

O instituto da *querela nullitatis*, embora não tenha previsão legal expressa, permanece nitidamente aplicável ao direito brasileiro. A corroborar, o Rel. Min. Waldemar Zveiter no excerto abaixo extraído do acórdão do STJ (publicado no DJ de 04/11/1991), referente ao REsp 12586-SP, assim preleciona:

[...] A tese da *querela nullitatis* persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual, não se constitui, nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso.

Para MACEDO (2005: 75), há previsão expressa da *querela nullitatis* em nosso ordenamento jurídico, a teor do art. 475-L do CPC, contudo a única hipótese de cabimento, segundo referido autor, seria a falta ou nulidade de citação do réu revel.

Tem-se, portanto, que a *querela nullitatis insanabilis* subsiste no direito pátrio como remédio aplicável para a impugnação de sentença contaminada por vícios transrescisórios.

A ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis*) para grande parte da doutrina é cabível nos casos de ausência de pressupostos processuais de existência e de falta de condição da ação. Para outros, a *querela nullitatis* existe apenas em casos restritos, como na hipótese de citação nula ou inexistente.

É certo que nas sentenças prolatadas em que não se vislumbram os pressupostos processuais de existência, tais como: petição inicial válida, competência do juízo, imparcialidade do juiz, capacidade processual, legitimidade processual e citação válida, estas jamais transitariam em julgado, haja vista que, na realidade, nada mais são do que um ato processual **inexistente**, derivada de uma relação jurídica processual também **inexistente**. Destarte, é impossível que seja rescindida, já que é inconcebível ação rescisória sobre algo que jamais chegou a existir.

Assim, tem-se que para combater os efeitos jurídicos derivados por este ato inexistente, torna-se imperiosa que tal inexistência seja declarada pelo Poder Judiciário, por meio da *querela nullitatis*, a moderna ação declaratória de inexistência.

Nessa esteira, preleciona CAVALCANTI (2014) que “a qualquer momento, em qualquer grau de jurisdição, sem necessidade de ação própria ou através da declaração de inexistência, essas sentenças podem ser declaradas inexistentes”. E ainda pontua adiante que “se operavam algum efeito, deixam de produzi-lo de imediato”.

Não se pode olvidar, todavia, que a ação rescisória e a ação anulatória não têm o condão de expurgar do ordenamento jurídico sentenças tidas como inexistentes, eis que tais ações, embora tenham previsão legal expressa, são de caráter desconstitutivo e não declaratório.

Por outro lado, se a sentença estiver eivada de vício consistente em um dos seus pressupostos de validade, tais como: litispendência, coisa julgada, cláusula compromissória, dentre outros, labuta-se no campo da nulidade. Desta forma, o ato jurídico é existente e, portanto, é cabível ação rescisória no prazo legal.

Para melhor ilustrar, CAVALCANTI (2014) traz a baila alguns casos em que é perfeitamente cabível a *querela nullitatis*, a saber:

- a) sentença com ausência de decisório;

- b) sentenças proferidas em processos instaurados por meio de uma ação, faltando uma de suas condições;
- c) sentenças proferidas em feito em que tenha faltado pressuposto processual de existência – citação, petição inicial, jurisdição e capacidade postulatória;
- d) sentenças em que teria havido citação nula aliada à revelia;
- e) sentença em que não tenha sido citado um litisconsórcio necessário unitário;
- f) sentença que não contenha a assinatura do juiz ou que não esteja escrita.

Importante ressaltar que sob o pálio do princípio de *pas de nullité san grief*, se a sentença for favorável ao réu não citado ou invalidamente citado, ou seja, não lhe trazer prejuízos, restará prejudicada a sua nulificação, haja vista que a *querela nullitatis* deve buscar harmonizar o vício processual e o prejuízo decorrente. No caso concreto, temos que o réu não citado ou invalidamente citado careceria de interesse de agir para a propositura da *querela nullitatis*, por não ter havido prejuízo para sustentar a demanda.

Segundo CUNHA; DIDIER JR. (2009: 457), a competência para a *querela nullitatis* “é do juízo que proferiu a decisão nula, seja o juízo monocrático, seja o tribunal, nos casos em que a decisão foi proferida em processo de sua competência originária”.

Tal entendimento foi adotado pelos nossos tribunais pátrios, que já se pronunciaram a respeito, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. QUERELLA NULITATIS. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO. PROVIMENTO.

1. A *querela nullitatis*, também denominada ação declaratória de inexistência, é adequada para impugnar sentenças inexistentes, não havendo prazo para tanto, pois trata-se de vício que subsiste à coisa julgada.
2. Como é de cediço, este tipo de ação anulatória é da competência do juízo de 1º grau, porquanto não se trata de afastamento dos efeitos da coisa julgada, como sói acontecer com as ações rescisórias (art. 485 do CPC), mas objetiva, sim, o reconhecimento de que a relação jurídica processual e a sentença nunca existiram no universo jurídico.
3. Em suma, a competência originária para o processamento e julgamento da presente é a do juízo que proferiu a decisão nula, no caso dos autos, a 29ª Vara Federal e não do Tribunal a que está vinculado.
4. Assim, se o autor busca a anulação de sua citação e de todos os atos judiciais posteriores a esta, referentes à ação de despejo nº 97.0010085-5, não poderia agora juízo distinto, no caso, a 1ª Vara Federal, processar e julgar a presente querela, uma vez que, não há hierarquia entre os juízos da 1ª e 29ª Varas Federais, mormente existindo pedido de antecipação de tutela para suspender a execução da sentença proferida na aludida ação de despejo que tramitou na 29ª Vara Federal.
5. Apelação a que se dá provimento.

(TRF-2.^a Região, AC 440522, rel. Des. Fed. Salete Maccaloz, 7.^a Turma Especializada, unânime, DJU 24/9/2009, grifos acrescidos.)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A competência para a revisão, desconstituição ou anulação das decisões judiciais (seja pela via recursal, rescisória, por ação anulatória ou mesmo querela nullitatis), é do próprio sistema que a proferiu, assim o sendo também quanto à sua execução.

2. Precedentes da Terceira Seção desta Corte e da Quinta Turma do STJ. (TRF-4.^a Região, AGRAR 2008.04.00.023483-6/RS, rel. Des. Fed. Celso Kipper, 3.^a Seção, unânime, D.E. 15/10/2008.) (sublinhei)

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, concluiu-se que o instituto da *querela nullitatis* subsiste no direito processual civil pátrio, tendo sido absorvida por outros institutos jurídicos, especialmente, a ação rescisória, que com ela não se confunde, sendo aquela aplicável em outras situações que esta não possui aptidão, com vistas a extirpar do mundo jurídico situações de afronta às linhas de contorno da processualística civil brasileira.

Apesar de inexistentes, é importuno salientar, que as sentenças com vícios de inconstitucionalidade produzem efeitos enquanto não expurgadas do mundo jurídico. Destarte, é imperiosa a necessidade da utilização da via processual autônoma para denunciar vícios insanáveis que afetam a alma do processo, tornando ilegítima a sentença que foi prolatada sem a observância dos pilares do direito processual. Em se conhecendo o vício, é mister o Poder Judiciário declarar a inexistência da relação jurídica e sustar os efeitos da sentença viciada.

Logo, percebe-se que não há que se falar em coisa julgada, mas em inexistência. Assim, permanece viva a *querela nullitatis* como instrumento mais adequado para afastar decisões juridicamente inexistentes, sendo ação autônoma, instaurada a qualquer tempo, ensejando relação jurídica diversa daquela na qual se proferiu a decisão impugnada, cuja competência é do órgão julgador que proferiu a decisão viciada, seja ele juízo monocrático ou tribunal.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Camilo de Oliveira. *A inexistência jurídica da coisa julgada inconstitucional e a querela nullitatis como instrumento para sua impugnação*. In: Processo e jurisdição.

IOCOHAMA, Cesu Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Coord.). Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4845b84d63ea5fa8>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CAVALCANTI, Rafael Novais de Souza. *Querela Nullitatis*: estudo acerca de sua aplicabilidade no atual ordenamento jurídico pátrio. In: Jus Navigandi. Teresina, ano 19, n. 3881, 15 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26682>>. Acesso em: 6 abr. 2014.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 7. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2009.

MACEDO, Alexander dos Santos. *Da querela nullitatis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELO, Fabiano Murilo. A querela nullitatis insanabilis face ao princípio da segurança jurídica. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12139&revista_caderno=21. Acesso em: 6 abr. 2014.

Capítulo 5

**IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE
ACESSIBILIDADE NO SISTEMA CARCERÁRIO DO
ESTADO DE SÃO PAULO SOB A ÓTICA DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO PRESO COM
DEFICIÊNCIA**

João Vitor Fernandes Pereira

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE NO SISTEMA CARCERÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO PRESO COM DEFICIÊNCIA

João Vitor Fernandes Pereira

Advogado. Professor do Centro Paula Souza (CPS). Mestrando em Direito pelo Centro Universitário UNIFIEO, Especialista em Direito Processual e Prática Processual pela Universidade Paulista e em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. E-mail: joaovitor.fpereira@gmail.com

Resumo: O presente trabalho possui como objetivo verificar se o Estado de São Paulo oferece celas e condições de acessibilidade no sistema carcerário e em quantidade suficiente para atender aos presos portadores de deficiência enquanto instrumento de efetivação dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Justifica-se a escolha do tema, uma vez que conforme último levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) há, no Estado de São Paulo, cerca de 233.089 (duzentos e trinta e três mil e oitenta e nove) presos no Estado de São Paulo, sendo que desse montante 2.417 (dois mil, quatrocentos e dezessete) são pessoas com deficiência. O trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e documental, com aportes na doutrina e na legislação, a partir de material nacional e estrangeiro. O resultado da pesquisa revelou que, dos 176 (cento e setenta e seis) presídios no Estado de São Paulo, apenas 47 (quarenta e sete) estão em conformidade com a Norma da ABNT nº 9.050/2004, com capacidade para atendimento de 1.061 (hum mil e sessenta e um) detentos com deficiência, representando, portanto, 27% (vinte e sete por cento) com atendimento da legislação em vigor, quantidade esta, desproporcional em relação ao número de presos com deficiência. Nesse contexto, constata-se que há uma ineficiência na prestação do serviço de encarceramento em massa em prol da população detenta portadora de deficiência, circunstância esta, que representa nítida contradição e violação aos direitos humanos, bem como afronta direta à dignidade da pessoa humana. Oportuno asseverar, que tais dados são preocupantes, na medida em que o preso deficiente possui o direito de ter o cumprimento de sua pena em estabelecimentos prisionais que lhe proporcionem condições dignas e de acessibilidade, bem como para reestabelecerem o seu convívio em sociedade. Logo, constata-se que há uma extrema necessidade de estudos e implementação de políticas públicas no sistema carcerário, sobretudo, na ampliação de unidades prisionais com condições de acessibilidade no Estado de São Paulo, a fim de que o detento deficiente possa ter acesso à inclusão social e cumprimento da pena de forma digna e em consonância com os direitos humanos, motivo pelo qual cabe ao Poder Público promover iniciativas para inclusão desses indivíduos na sociedade e oferecer condições dignas para o cumprimento de sua pena, haja vista que são direitos humanos que devem ser efetivados.

Palavras-chave: Políticas Públicas; Acessibilidade; Sistema Carcerário; Preso com Deficiência; Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: The present work aims to verify if the State of São Paulo offers cells and conditions of accessibility in the prison system and in sufficient quantity to serve prisoners with disabilities as an instrument for the realization of human rights and human dignity. The choice of the theme is justified, since according to the last survey carried out by the National Penitentiary Department (DEPEN) there are, in the State of São Paulo, about 233,089 (two hundred and thirty-three thousand and eighty-nine) inmates in the State of São Paulo. Paulo, and of this amount 2,417 (two thousand, four hundred and seventeen) are people with disabilities. The work was developed from bibliographical and documental research, with contributions in the doctrine and in the legislation, from national and foreign material. The survey result revealed that, of the 176 (one hundred and seventy-six) prisons in the State of São Paulo, only 47 (forty-seven) are in compliance with the ABNT Standard No. 9,050/2004, with a capacity to serve 1,061 (one thousand and sixty-one) detainees with disabilities, representing, therefore, 27% (twenty-seven percent) with compliance with the legislation in force, a disproportionate amount in relation to the number of prisoners with disabilities. In this context, it appears that there is an inefficiency in the provision of mass incarceration services for the disabled inmates, a circumstance that represents a clear contradiction and violation of human rights, as well as a direct affront to human dignity. It is opportune to assert that such data are worrisome, as the disabled prisoner has the right to have his sentence served in prisons that provide him with dignified and accessible conditions, as well as to re-establish his coexistence in society. Therefore, it appears that there is an extreme need for studies and implementation of public policies in the prison system, especially in the expansion of prisons with accessibility conditions in the State of São Paulo, so that the disabled inmate can have access to inclusion social and serving the sentence in a dignified manner and in line with human rights, which is why it is the responsibility of the Government to promote initiatives for the inclusion of these individuals in society and to offer dignified conditions for the fulfillment of their sentence, given that they are human rights that must be made effective.

Keywords: Public policy; Accessibility; Prison system; Imprisoned with Disabilities; Dignity of human person.

INTRODUÇÃO

Conforme último levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) há, no Estado de São Paulo, cerca de 233.089 (duzentos e trinta e três mil e oitenta e nove) presos no Estado de São Paulo, sendo que desse montante 2.417 (dois mil, quatrocentos e dezessete) são pessoas com deficiência.

Nessa seara, há um tema importante que merece uma atenção especial por parte do Poder Público, consiste na análise das condições de acessibilidade oferecidas em prol da do detento deficiente no sistema carcerário quando no cumprimento de sua pena.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho consiste em verificar se o Estado de São Paulo oferece celas e condições de acessibilidade no sistema carcerário e em quantidade suficiente para atender aos presos portadores de deficiência enquanto instrumento de efetivação dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

Para isso, o presente trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e documental, com aportes na doutrina e na legislação, a partir de material nacional e estrangeiro.

Visando explanar o assunto com mais propriedade, o artigo será dividido em três partes.

A primeira consistirá em uma abordagem objetiva a respeito de noções gerais e a legislação internacional e nacional aplicável ao deficiente, a fim de alocá-los no ordenamento jurídico pátrio.

A segunda abordará conceitos gerais sobre os direitos humanos e os seus reflexos sob a ótica da dignidade da pessoa humana, estabelecendo uma relação com a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e o preso portador de deficiência.

Por fim, a terceira parte consistirá na análise das políticas públicas e sua implementação no sistema carcerário no Estado de São Paulo em prol do preso deficiente.

1. DEFICIENTE FÍSICO E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Como é cediço, há um aumento significativo na população com deficiência no Brasil, fato este, que tem chamado a atenção do Poder Público, notadamente, sobre a instituição de direitos e criação de políticas públicas em prol das pessoas que apresentam deficiência.

Aliás, apenas para ilustrar essa situação, um levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou que 8,4% da população brasileira acima de 2 anos (o que representa 17,3 milhões de pessoas) possui algum tipo de deficiência, sendo que 49,4% seria população idosa (IBGE, 2019).

Em plano internacional, destaca-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que por sua vez, é um tratado internacional que visa assegurar ao deficiente o pleno exercício e de forma igualitária todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

O aludido diploma internacional traz valiosas contribuições e projeta uma conscientização das nações a respeitarem e assegurarem direitos e garantias em prol da população deficiente, conforme se depreende da análise do art. 1º, dispondo, *in verbis*:

Artigo 1

Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (ONU, 2007, Art. 1º)

Como se vê, há um cuidado por parte das Organizações Internacionais no sentido de promover o acesso a todos os direitos e garantias fundamentais a pessoa que apresenta qualquer tipo de deficiência.

Seguindo a égide e o anseio internacional, o Brasil também passou a se preocupar com o assunto, na medida em que foram criadas normas e ferramentas para assegurar a proteção aos direitos da pessoa com deficiência.

Em plano nacional, destaca-se a Constituição Federal de 1988 (CF/88), que por sua vez, estabelece e atribui a competência para proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, conforme se depreende da análise dos arts. 23, II, e, 24, XIV, que dispõe, *in verbis*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; (BRASIL, 1988, Art. 231)

Em plano infraconstitucional, a principal legislação sobre o assunto em questão é o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, isto é, a Lei nº 13.146/2015, que por sua vez, traz valiosas contribuições e representa um instrumento normativo que busca tutelar os direitos da população deficiente, bem como traz o conceito jurídico de pessoa com deficiência, conforme se infere na análise do art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015, Art. 2º)

Além disso, a aludida legislação também preconiza acerca do direito de acessibilidade, direito este, fundamental que deve ser assegurado pelo Poder Público e pelas instituições privadas, em seu art. 53, que dispõe, *in verbis*:

Art. 53. A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social. (BRASIL, 2015, Art. 53)

Como se vê, há vasta legislação aplicável ao cidadão portador de deficiência, tanto em âmbito internacional e nacional, que estabelecem direitos e garantias ao indivíduo, produzindo reflexos, inclusive, aos detentos com deficiência.

2. DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, em síntese, consistem no conjunto de direitos indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade.

Assim, podemos afirmar que os direitos humanos são direitos essenciais e indispensáveis para uma vida digna, ou seja, são direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, é pertinente a ponderação de André de Carvalho Ramos (2017, p. 40):

Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos.

Robert Alexy (2019), por outro lado, pontua que os direitos humanos são definidos por 5 (cinco) características, a saber: são direitos universais, fundamentais, abstratos, morais e prioritários.

Acerca das características dos direitos humanos:

A primeira é a universalidade. Todo ser humano enquanto ser humano é portador ou possuidor de direitos humanos. Do lado dos destinatários a universalidade é a mais complicada. Alguns direitos humanos, como o direito à vida, opõem-se a todos que podem ser destinatários de deveres, ou seja, a todos os seres humanos, mas também a todos os estados e organizações. Outros direitos humanos, como o direito à participação na formação da vontade política, opõem-se meramente contra o estado ao qual o indivíduo pertence ou no qual ele vive. A segunda característica é o caráter fundamental de seu objeto. Os direitos humanos não protegem todas as fontes e condições imagináveis do bem-estar, mas somente interesses e necessidades fundamentais. A terceira é a abstração. Pode-se rapidamente concordar que todos possuem direito à saúde. A quarta e quinta característica dizem respeito à sua validade. Os direitos humanos possuem, enquanto tais, somente uma validade moral. A existência dos direitos humanos é sua existência. (ALEXY, 2019, p. 100-101)

Oportuno asseverar, que, quando se fala em dignidade, tal vocábulo “provém de *'dignus'*, que por sua vez, ressalta aquilo que possui honra ou importância” (SARMENTO, 2016, p. 38).

Desse modo, podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida (SILVA, 2014).

Nesse contexto, com o passar dos anos, tanto nos diplomas internacionais quanto nacionais, a dignidade humana passou a se tornar parte integrante e obrigatória no ordenamento jurídico, chegando, inclusive, a atingir o nível de princípio geral ou fundamental do Estado.

Dando ênfase a imprescindibilidade da efetivação da dignidade humana, é cirúrgica a ponderação de Vander Ferreira de Andrade (2007, p. 50):

Diferentemente do que ocorre com direitos como liberdade, igualdade, entre outros, a dignidade humana não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que identifica o ser humano como tal. Logo, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção.

Ciente desse cenário e dessa aspiração mundial, o ordenamento jurídico pátrio reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se infere na análise do disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), *in verbis*:

Art. 1º **A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos**:

(...)

III - **a dignidade da pessoa humana**; (BRASIL, 1988, Art. 1º, III) (grifei)

Conforme destaca Zulmar Fachim (2015, p. 207), a “a dignidade da pessoa humana é o valor fundante do Estado brasileiro (art. 1º, inciso III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa”.

Nessa linha de raciocínio e diante da amplitude do conceito e dos reflexos da dignidade humana na sociedade, cabe ao Estado promover a sua implementação por meio de políticas públicas a todos os cidadãos, inclusive aos detentos deficientes.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS NO SISTEMA CARCERÁRIO

3.1 Conceito de Políticas Públicas

Conforme pondera Leonardo Secchi (2017), para compreendermos o campo da ciência política, se faz necessária a compreensão de 2 (dois) conceitos fundamentais, a saber: problema público e política pública.

Secchi (2017) pontua que o problema público seria um problema intersubjetivo, na medida em que deverá incomodar uma quantidade significativa de atores, ao passo em que a política pública seria uma diretriz para solucionar e enfrentar o problema público. Nessa linha de raciocínio:

O problema público está para a doença, assim como a política pública está para o tratamento. Metaforicamente, a doença (problema público) precisa ser diagnosticada, para então ser dada uma prescrição médica de tratamento (política pública), que pode ser um remédio, uma dieta,

exercícios físicos, cirurgia, tratamento psicológico, entre outros (instrumentos de política pública) (SECCHI, 2017, p. 05).

Outro conceito interessante é o proposto por Francisco José da Silveira Lobo Neto (2002, p. 23):

Políticas públicas são consideradas ações tomadas pelo Estado para efetivar preceitos constitucionais acerca das demandas da sociedade que garantam à redistribuição das riquezas e dos bens e serviços sociais nas áreas de educação, saúde, meio ambiente, tecnologia, economia, segurança, trabalho, etc. (grifei)

Nesse contexto, percebe-se que o Poder Público deverá promover políticas públicas voltadas para o encarceramento em massa, devendo atender aos direitos e garantias do preso, inclusive, do deficiente.

Aliás, mesmo que esteja privado de sua liberdade, o condenado possui direitos básicos para preservação de sua integridade física e dignidade enquanto ser humano, legalmente protegida, seja pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), lei infraconstitucional ou tratados internacionais.

Ademais, nunca é tarde lembrar que os estabelecimentos penais são locais destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime fechado, semiaberto ou aberto, podendo, ainda, acolher presos provisórios que aguardam o seu julgamento.

Nesse diapasão, a garantia de condições mínimas a população carcerária é um dos corolários indispensáveis para o desenvolvimento de qualquer nação, exigindo-se do Poder Público a implementação de políticas públicas no sistema carcerário, na medida em que são seres humanos que merecem ter o cumprimento de sua pena em estabelecimentos prisionais que lhe proporcionem condições dignas, bem como para reestabelecerem o seu convívio em sociedade.

Conforme já destacado, em plano internacional, temos a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que por sua vez, traz direitos e garantias fundamentais para a pessoa com deficiência, inclusive, ao preso.

Um dos aspectos que chamam a atenção no sistema carcerário está relacionado com as condições de acessibilidade. Sobre esse assunto, a aludida convenção internacional, preconiza, *in verbis*:

Artigo 9

Acessibilidade

1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros (ONU, 2007, Art. 9)

Em plano infraconstitucional, destaca-se o art. 53 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, por sua vez, dispõe, *in verbis*:

Art. 53. A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social. (BRASIL, 2015, Art. 53)

Como se verifica, há uma preocupação com o direito de acessibilidade a pessoa com deficiência, direito este, que deverá ser assegurado em locais públicos, inclusive, no sistema penitenciário.

3.2 Realidade do Sistema Carcerário Indígena no Estado de São Paulo

Conforme último levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2019) há, no Estado de São Paulo, cerca de 233.089 (duzentos e trinta e três mil e oitenta e nove) presos no Estado de São Paulo, sendo que desse montante 2.417 (dois mil, quatrocentos e dezessete) são pessoas com deficiência.

Considerando as peculiaridades e necessidades especiais da população com deficiência no sistema carcerário, o presente trabalho teve o intuito de verificar se há condições de acessibilidade nos presídios do Estado de São Paulo em quantidade suficiente para atendimento desse público.

Nesse contexto, os dados obtidos podem ser ilustrados no quadro abaixo:

Categoria: Acessibilidade	Quantidade	Porcentagem	Capacidade de pessoas
<i>Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. Por acessibilidade, entende-se o estabelecimento de condições e possibilidades de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de edificações, seus espaços, mobiliários e equipamentos, proporcionando às pessoas com deficiência a maior independência possível e aumento das condições de realização das mesmas atividades que as demais pessoas.</i>			
Estabelecimentos com módulos/alas/celas adaptados em conformidade com a Norma Brasileira ABNT n. 9050, de 2004	47	27%	1061
Estabelecimentos com módulos/alas/celas parcialmente adaptados, não observando todos os requisitos da Norma Brasileira ABNT n. 9050, de 2004	74	42%	1622
Estabelecimentos sem ala ou cela exclusiva	55	31%	
Sem informação	0	0%	

Fonte: DEPEN (2019)

Pela análise da tabela acima, percebe-se que, dos 176 (cento e setenta e seis) presídios no Estado de São Paulo, apenas 47 (quarenta e sete) estão em conformidade com a Norma da ABNT nº 9.050/2004, com capacidade para atendimento de 1061 (hum mil e sessenta e um) detentos, representando, portanto, 27% (vinte e sete por cento) com atendimento da legislação em vigor.

Porém, conforme já destacado, no Estado de São Paulo há uma estimativa de que há 2.471 (dois mil, quatrocentos e setenta e um) presos deficientes, motivo qual conclui-se que não há estabelecimentos prisionais suficientes, adaptados e com acessibilidade aos detentos portadores de deficiência.

Nesse contexto, constata-se que há uma ineficiência na prestação do serviço de encarceramento em massa em prol da população detenta portadora de deficiência, circunstância esta, que representa nítida contradição e violação aos direitos humanos, bem como afronta direta à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, impõe-se a necessidade de implementação de políticas públicas no sistema carcerário do Estado de São Paulo, a fim de que os detentos portadores de

necessidades especiais possam ter o cumprimento de sua pena em estabelecimentos prisionais que lhe proporcionem condições dignas e de acessibilidade, bem como para reestabelecerem o seu convívio em sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do exposto, pode-se concluir que há um número significativo de presos portadores de deficiência no Estado de São Paulo, motivo pelo qual o sistema carcerário deverá proporcionar condições de acessibilidade aos detentos que necessitarem.

Ocorre que, embora tenham sido criadas normas e garantias legais a esse direito, percebe-se que há uma ineficiência na prestação do serviço público ao detento deficiente no sistema prisional.

Oportuno asseverar, que isso é preocupante, na medida em que o preso deficiente possui o direito de ter o cumprimento de sua pena em estabelecimentos prisionais que lhe proporcionem condições dignas e de acessibilidade, bem como para reestabelecerem o seu convívio em sociedade.

Nesse contexto, constata-se que há uma extrema necessidade de estudos e implementação de políticas públicas no sistema carcerário, sobretudo, na ampliação de unidades prisionais com condições de acessibilidade no Estado de São Paulo, a fim de que o detento deficiente possa ter acesso à inclusão social e cumprimento da pena de forma digna e em consonância com os direitos humanos.

Naturalmente, essa circunstância demonstra que a expansão das políticas públicas no sistema carcerário em prol do preso deficiente é um desafio constante e permanente, porém, cabe ao Poder Público promover iniciativas para inclusão desses indivíduos na sociedade e oferecer condições dignas para o cumprimento de sua pena, haja vista que são direitos humanos que devem ser efetivados, não sendo possível concluir de maneira diversa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A Dignidade da Pessoa Humana: Valor-Fonte da Ordem Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Cautela, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988 (CF/88)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09/08/21.

BRASIL. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 09/08/21.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Relatório Analítico São Paulo**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/SP>. Acesso em 25/08/2021.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional de Saúde (2019)**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9160-pesquisa-nacional-de-saude.html?=&t=sobre>. Acesso em 15/09/2021.

LOBO NETO, Francisco José da Silveira. **Formação Pedagógica em Educação Profissional na Área da Saúde: enfermagem. Módulo 2 – Educação, sociedade e cultura**. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde/Fundação Oswaldo Cruz, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: http://www.pcdlegal.com.br/convencaoonu/wp-content/themes/convencaoonu/downloads/ONU_Cartilha.pdf. Acesso em 18/09/2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. 1. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Capítulo 6

**DESPATRIARCALIZAÇÃO DOS ESTEREÓTIPOS
FEMININOS: CONTRIBUIÇÕES DOS MOVIMENTOS
SOCIAIS E DA CONSTITUÇÃO FEDERAL DE 1988**

Aline Rodrigues Maroneze

Rosângela Angelin

**DESPATRIARCALIZAÇÃO DOS ESTEREÓTIPOS FEMININOS:
CONTRIBUIÇÕES DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Aline Rodrigues Maroneze

Mestra em Desenvolvimento e Políticas Públicas pelo PPGDPP, da Universidade Federal da Fronteira Sul, UFFS – Campus Cerro Largo/RS. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES/PROSUC. E-mail: aline_maroneze@yahoo.com.br

Rosângela Angelin

Pós-Doutora nas Faculdades EST (São Leopoldo). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu Doutorado e Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. E-mail: rosangela@san.uri.br

RESUMO: O patriarcado tem sido uma forma de pensar, organizar e agir nas sociedades, subjugando, em especial, as mulheres. Apesar da atuação do patriarcado, a violência e a estereotipação dos corpos das mulheres na idade média – com sinais evidentes, ainda na contemporaneidade –, o presente estudo, por meio de um estudo hipotético dedutivo, acompanhado de uma hermenêutica feminista, lança como questionamento da pesquisa: Quais as contribuições dos movimentos feministas e da Constituição Federal de 1988 na despatriarcalização dos estereótipos femininos? O estudo demonstrou as contribuições dos movimentos feministas e de mulheres, bem como da Constituição Federal de 1988 na despatriarcalização de estereótipos femininos. Os movimentos feministas e de mulheres, com sua atuação frente às denúncias, lutas, resistência e anúncio de que as mulheres também são humanas e, portanto, signatárias de direitos e garantias de cidadania. A Constituição Federal de 1988, com normas que revolucionam a sociedade, num evidente movimento de despatriarcalização de estereótipos femininos. Muito embora se tenha logrado avanços, é necessário que, junto a isso, as mudanças culturais acompanhem esse avanço.

Palavras-Chave: Constituição Federal de 1988. Despatriarcalização. Estereótipos Femininos. Movimentos Feministas.

ABSTRACT: Patriarchy has been a way of thinking, organizing and acting in societies, subjugating, in particular, women. Despite the role of patriarchy, violence and stereotyping of women's bodies in the middle ages - with evident signs, even in contemporary times -, the present study, through a hypothetical deductive study,

accompanied by a feminist hermeneutics, launches as a questioning of the research: What are the contributions of feminist movements and the Federal Constitution of 1988 in the depatriarchalization of female stereotypes? The study demonstrated the contributions of feminist and women's movements, as well as the Federal Constitution of 1988 in the depatriarchalization of female stereotypes. Feminist and women's movements, with their action in the face of complaints, struggles, resistance and announcement that women are also human and, therefore, signatories of rights and guarantees of citizenship. The Federal Constitution of 1988, with rules that revolutionize society, in an evident movement of depatriarchalization of female stereotypes. Even though progress has been made, it is necessary that, along with this, cultural changes accompany this progress.

Keywords: Federal Constitution of 1988. Depatriarchy. Female stereotypes. Feminist movements.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*Por um mundo onde sejamos socialmente iguais,
humanamente diferentes e totalmente livres.*

Rosa Luxemburgo

O corpo social sofreu grandes transformações com o passar das eras. E estas transformações ficam ainda mais visíveis quando se lança um olhar sobre as mulheres e a conquista de direitos de cidadania. A sociedade mudou e aos poucos as mulheres foram ganhando espaço e reconhecimento, por intermédio da ação de movimentos sociais. Contudo, o sistema econômico capitalista e o patriarcado ainda oprimem as mulheres, desmerecendo-as, humilhando-as e, estereotipando-as de muitas formas. Uma das formas mais coloquiais de estereotipação das mulheres que não se enquadram nos parâmetros patriarcais é denomina-las de “bruxas”, remetendo a história pregressa da caça às bruxas, na Idade Média, que exterminou um contingente elevado de mulheres e ditou um lugar de subcidadania para elas.

Apesar da atuação do patriarcado, a violência e a estereotipação dos corpos das mulheres na idade média – com sinais evidentes, ainda na contemporaneidade -, o presente estudo, por meio de um estudo hipotético dedutivo, acompanhado de uma hermenêutica feminista, lança como questionamento da pesquisa: Quais as contribuições dos movimentos feministas e da Constituição Federal de 1988 na despatriarcalização dos estereótipos femininos?

Para atender ao tema central da pesquisa, o estudo está estruturado em três seções, sendo que num primeiro momento, o texto se atém em investigar sobre a atuação do patriarcado na criação de estereótipos negativos relacionados às mulheres, para, na sequência, estudar sobre e como os Movimentos Feministas atuam na emancipação das mulheres e, conseqüentemente, na quebra de estereótipos negativos ligados à imagem da mulher. Finalmente, o texto se atém a lançar um olhar sobre as contribuições da Constituição Federal de 1988 na despatriarcalização dos estereótipos femininos e, conseqüente emancipação.

A ATUAÇÃO DO PATRIARCADO NA CRIAÇÃO DOS ESTERÍÓTIPOS NEGATIVOS RELACIONADOS ÀS MULHERES

Esta seção tem como objetivo refletir sobre o patriarcado e a sua relevância na construção dos estereótipos negativos atrelados à imagem da mulher, uma vez que ainda paira no imaginário popular, em especial, o arquétipo da bruxa má, feia e indisciplinada, figura esta que é constantemente reforçada pelos contos infantis e pelas produções cinematográficas. Além disso, a caça às bruxas perdura na sociedade patriarcal atual, também sob a forma de condenação, demérito contra mulheres que afrontam as regras patriarcais, bem como pode ser vista como um fundamento para as violências que os corpos das mulheres vivenciam na atualidade.

Sylvia Walby (1990), é uma das autoras que acredita que o conceito de patriarcado é de suma importância para que possa ser analisada sobre a desigualdade de gênero. No livro, “Theorizing Patriarchy”, a autora apresenta um estudo sobre as seis estruturas patriarcais identificadas por ela, e por onde o patriarcado agiria, são elas: 1) o trabalho doméstico; 2) o trabalho e as desigualdades salariais e de funções; 3) o patriarcado nas instituições públicas; 4) violência masculina; 5) relações patriarcais no campo da sexualidade; e 6) relações patriarcais em instituições culturais (como igrejas, mídia e a reprodução dos estereótipos). Sobre isso, é importante esclarecer que estes campos se complementam e reforçam a reprodução da lógica patriarcal na tentativa de dominar as mulheres.

Sobre a questão da dominação masculina é imprescindível trazer os ensinamentos de Pierre Bourdieu (2005), quando ele afirma que para que possa ser

compreendida a questão da condição das mulheres ao longo da história é necessário que se atente também para as instituições como a família, a Igreja, o Estado, a Escola, entre outros, conforme pondera o autor.

A pesquisa histórica não pode se limitar a descrever as transformações da condição das mulheres no decurso dos tempos, nem mesmo a relação entre os gêneros nas diferentes épocas; ela deve empenhar-se em estabelecer, para cada período, o estado do sistema de agentes e das instituições, Família, Igreja, Estado, Escola etc., que, com pesos e medidas diversas em diferentes momentos, contribuíram para arrancar da História, mais ou menos completamente, as relações de dominação masculina. (BOURDIEU, 2005, p. 101).

No patriarcado também acaba por haver “a divisão das coisas e das atividades (sexuais e outras), segundo a oposição entre o masculino e o feminino, recebe sua necessidade objetiva e subjetiva de sua inserção em um sistema de oposições homólogas.” (BOURDIEU, 2005, p. 16). Para Bourdieu (2005), o patriarcado acaba por definir os papéis sociais que cabem aos homens e os que cabem às mulheres, assim como é definida a forma de se comportar, vestir e falar, sendo que determinados costumes e roupas são de homens e somente destes, e outras são exclusivas das mulheres. Esta diferenciação acaba, de maneira inconsciente, naturalizando inclusive violências.

Heleieth Iara Bongiovani Saffioti (2005), afirma que no patriarcado as mulheres são tidas como objetos de conteúdo sexual para os homens, não passando de meras geradoras de outras vidas, e objetos sexuais para satisfação dos homens:

as mulheres são objetos da satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros, de força de trabalho e de novas reprodutoras. Diferentemente dos homens como categoria social, a sujeição das mulheres, também enquanto grupo, envolve prestação de serviços sexuais a seus dominadores. Esta soma de dominação com exploração é aqui entendida como opressão. Ou melhor, como não se trata de fenômeno quantitativo, mas qualitativo, ser explorada e dominada significa uma realidade nova. (SAFFIOTI, 2005, p. 42).

Nesse sentido, sobre o que vem a ser o patriarcado, Saffioti (2005) aponta uma definição, ao afirmar que o patriarcado se parece com uma máquina que funciona sem parar, quase que de forma automática, ao afirmar isso a autora busca igualar percepções, muito embora o patriarcado se transforme a depender do lugar e da cultura, ganhando mais ou menos força. Segue a autora ponderando:

Patriarcado exprime, de uma só vez, o que é expresso nos outros termos, além de trazer estampada, de forma muito clara, a força da instituição, ou seja, de uma máquina bem azeitada que opera sem cessar e, abrindo mão de muito rigor, quase automaticamente. (SAFFIOTI, 2005, p.38).

Ainda, sobre a estrutura do patriarcado, Heidi Hartmann(1994) denuncia a existência de uma solidariedade masculina em favor da dominação e opressão das mulheres:

Entiendo por patriarcado un conjunto de relaciones sociales que tiene una base material y en el cual hay relaciones jerárquicas entre los hombres y una solidaridad entre ellos, que les permiten controlar a las mujeres. El patriarcado es por lo tanto el sistema de opresión de las mujeres por los hombres.(HARTMANN,1994, p. 256).

É necessário dizer que, segundo o entendimento de muitas autoras feministas o patriarcado e o capitalismo tem uma relação de muita proximidade, já que foi justamente o surgimento do sistema patriarcal que consolidou o capitalismo. Esta afirmação se comprova a partir dos ensinamentos da economista e feminista Heidi Hartmann (1994), que afirma que essa lógica de dominação masculina pode ser explicada a partir da divisão sexual do trabalho, onde os homens experientes e com bons salários, seriam substituídos por mulheres com remuneração reduzida e carga excessiva de trabalho, ainda acrescenta que o capitalismo acabou por se sobressair ao patriarcado, conforme segue:

Los capitalistas heredaron la segregación de los empleos por sexos, pero muy a menudo han podido utilizarla en beneficio propio. Si pueden sustituir a hombres de experiencia por mujeres menos pagadas, mucho mejor; si pueden debilitar a los trabajadores amenazando con hacerlo, también les conviene; y en todo caso, se pueden utilizar esas diferencias de status para gratificar a los hombres y comprar su apoyo al capitalismo con beneficios patriarcales, también está bien [...].El capitalismo creció sobre el patriarcado. (HARTMANN, 1994, p. 289-290).

Dessa forma, enquanto perdurar a lógica do capitalismo, a igualdade das mulheres frente aos homens será um sonho distante e utópico, porque o capital tende a acentuar a lógica opressiva presente no patriarcado, conforme afirma Istvan Mézáros (2002):

Sob o domínio do capital em qualquer de suas variedades - e não apenas hoje, mas enquanto os imperativos desse sistema continuar a determinar as formas e os limites da reprodução sociometabólica - a 'igualdade de mulheres' não passa de simples falsa admissão.(MÉZÁROS, 2002, p. 301).

Para que pudesse se firmar enquanto sistema econômico, “o capitalismo precisou destruir: a herege, a curandeira, a esposa desobediente, a mulher que ousa viver

só, a mulher obeah que envenenava a comida do senhor e incitava os escravos a se rebelarem” (FEDERICI, 2017, p. 14).

Dentro desse contexto do patriarcado capitalistas da atualidade se faz importante lançar um olhar de aproximação entre quem eram as bruxas do medievo e que são as bruxas hoje. Pode-se perceber que as ditas bruxas do período medieval eram, em sua maioria mulheres fortes, independentes e que, de alguma forma contrariavam, não se adequavam ou resistiam às normas impostas, comprometendo o ideal de poder, tanto da Igreja, quanto do próprio Estado. Por isso todas aquelas mulheres que ameaçassem este ideal deveriam ser caçadas, torturadas, condenadas e queimadas nas fogueiras, num ato que tinha, no fundo, um cunho pedagógico para as demais mulheres.

A imagem da bruxa, criada pela Igreja e pelo patriarcado representa as mulheres que o capitalismo anseia aniquilar, para que, assim, possa se firmar enquanto sistema econômico, estas tais bruxas eram: “a herege, a curandeira, a esposa desobediente.” (FEDERICI, 2017, p. 22). Portanto todas as mulheres que não estivessem alinhadas aos preceitos cristãos impostos pela Igreja, corriam o risco de serem torturadas ou mortas pelos Tribunais da Inquisição. A ideia concebida sobre as mulheres consideradas bruxas era baseada na imagem feia e desagradável, algumas eram anciãs ou possuíam alguma deficiência física, mas também poderiam ser as mulheres muito bonitas, que despertassem desejo sexual nos padres ou nos homens comprometidos, já que se entendiam que as mulheres enfeitiçariam os homens através da beleza (FEDERICI, 2017).

O estereótipo da “bruxa” construído pela Igreja Católica durante a Inquisição repercute até os dias de hoje, e isso pode ser percebido através da imagem da bruxa que é veiculada nos desenhos infantis e nas histórias contadas às crianças. A maldade e a magia geralmente estão ligadas à figura da bruxa, que também vem atrelada ao feio e ao repugnante. Toda essa construção negativa da figura da mulher como bruxa, repercute nocotidiano das mulheres que não se adequam ao status quo, ou seja, que não seguem os papéis de gênero esperados para ela, gerando desvalorização e demérito.

Tais posicionamentos são responsáveis pela naturalização de violências, já que a mulher raramente é considerada vítima, mas sim culpada por toda e qualquer violência que sofre. Buscando aprofundar os processos de resistência das mulheres diante de tantas violências, a próxima seção do capítulo ocupa-se com uma breve retomada das contribuições dos movimentos feministas para a emancipação das mulheres e a desconstrução de estereótipos.

A CONTRIBUIÇÃO DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS PARA A EMANCIPAÇÃO DAS MULHERES E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS

Esta parte da investigação tem como objetivo estudar sobre os movimentos feministas e como sua mobilização emancipa as mulheres e ressignifica estereótipos, inclusive, o das bruxas. Para isso, a pesquisa tem como ponto de partida o estudo sobre os movimentos feministas, já que eles são movimentos sociais bastante amplos e diversificados, ao passo que existem muitos debates teóricos e políticos ao seu entorno, tendo esses movimentos surgido como movimentos de luta coletiva, depois da metade do século XX. Assim, os movimentos feministas surgem como uma forma de buscar a mudança da lógica de opressão destinada às mulheres e reproduzida pelo patriarcado. Então, essas mobilizações surgem quando as mulheres se (re)conhecem como oprimidas e buscam uma alternativa equitativa às relações de gênero (FOUGEYROLLAS-SHWEBEL, 2009).

Os movimentos feministas surgem baseados nos princípios dos direitos humanos universais e da igualdade, ao passo que as mulheres percebem a relação desigual entre homens e mulheres. O feminismo nasce em meio à afirmação dos princípios universais de igualdade, ou seja, na conceituação dos direitos humanos universais, e a realidade de uma divisão desigual de poderes entre homens e mulheres. (FOUGEYROLLAS-SHWEBEL, 2009).

Embora existam muitas vertentes estudiosas do feminismo, acredita-se ser importante dar destaque ao feminismo socialista, já que ele entende ser necessária uma unidade entre homens e mulheres, onde ambos devem buscar o fim do “patriarcado capitalista”, pois ele não traz prejuízos apenas para as mulheres, já que essa desigualdade também está baseada na luta de classes. Nesse sentido, pondera Haraway:

Se o capitalismo e o patriarcado são um sistema único, chamado patriarcado capitalista, então a luta contra a opressão de classe e de gênero deve ser unificada. A luta é obrigação de homens e mulheres embora a organização autônoma das mulheres permanecesse como uma necessidade prática (HARAWAY, 2004, p. 229).

De forma geral, o feminismo tem como objetivo a busca por igualdade, respeitando as diferenças, visão essa onde o indivíduo, independente de gênero, não

tenha que submeter-se a lógica das relações hierarquizadas. Nesse sentido, as ideias feministas buscam romper com padrões estereotipados e hierarquizados dos sexos:

O feminismo busca repensar e recriar a identidade de sexo sob uma ótica em que o indivíduo, seja ele homem ou mulher, não tenha que adaptar-se a modelos hierarquizados, e onde as qualidades „femininas“ ou „masculinas“ sejam atributos do ser humano em sua globalidade (ALVES; PITANGUY, 2003, p.9).

Por conta do patriarcado, operar-se na sociedade uma distribuição desigual de poderes entre homens e mulheres, o que resulta em violências e discriminações sociais e institucionais até os dias atuais. Gerda Lerner (2019), pondera sobre a lógica da coisificação da mulher no patriarcado:

Mulheres eram objeto de venda ou troca no mercado de casamentos para o benefício de suas famílias; mais tarde, elas eram conquistadas ou compradas como escravas, onde seus serviços sexuais eram parte de seu trabalho, e suas crianças eram propriedade de seus mestres. Em todas as sociedades conhecidas a mulher era a primeira a ser escravizada entre os povos conquistados, enquanto os homens eram mortos. (LERNER, 2019, p. 212-213).

Importante destacar que os movimentos feministas são amplos e diversificados, e devido a sua grandiosidade eles abrange diversos tipos de movimentos de mulheres, como o feminismo burguês, o feminismo radical, das mulheres socialistas, mulheres lésbicas, negras, enfim, uma enorme gama de concentração de mulheres lutando por seus direitos, por igualdade, cidadania e emancipação, visto que as pautas que dizem respeito às mulheres são muitas e se diferenciam a depender de quais mulheres estamos falando (FOUGEYROLLAS-SHWEBEL, 2009).

Os movimentos feministas surgem para questionar e apontar a disparidade entre homens e mulheres, buscando através da conquista de direitos e do reconhecimento da mulher enquanto sujeita, a equidade entre os gêneros e a emancipação feminina. Nesse sentido, Rosângela Angelin e Noli Bernardo Hahn (2019) dividem os movimentos feministas do Ocidente em três períodos distintos. O primeiro período inicia-se no século XVIII e início do século XX, onde os movimentos feministas surgem com a Revolução Francesa e questionam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que excluiu as mulheres como sujeitas detentoras de direitos políticos. Então, como forma de protestar e buscar por reconhecimento Olympe de Gouges, escreve a Declaração da Mulher e da Cidadã, mas isso custou sua vida, uma vez que acabou sendo morta pelo Estado em sinal de repressão pela afronta. Estes movimentos também questionam os estereótipos

convencionais reproduzidos pelo patriarcado. Assim, Riane Eisler (2007) vai afirmar sobre os movimentos de mulheres do século XIX:

não só desafiou os estereótipos convencionais de dominância masculina e submissão feminina; pela primeira vez na história escrita, ofereceu também um inédito e importante desafio frontal ao sistema vigente, atingindo em cheio seu cerne ideológico. [...] Isto porque, além de desafiar a tradicional dominação de homens sobre mulheres, questionou também o mais fundamental dos valores de nosso sistema, segundo o qual traços como ternura, compaixão e pacifismo são considerados femininos e, portanto, totalmente inadequados para homens verdadeiramente “masculinos” – e para a governança social. (EISLER, 2007, p. 210).

Já o segundo período dos movimentos feministas ocorreu entre os anos de 1960 e 1980 e diz respeito “a valores voltados à problemática da diferença, aos costumes culturais em relação às mulheres, em especial, aspectos voltados à sua sexualidade, à violência contra elas e, também, ao mercado de trabalho.” Por fim, a terceira fase “iniciou-se após a década de 1990, frente à ampliação no debate envolvendo a sexualidade feminina e a libertação sexual, buscando ampliar direitos sexuais e direitos reprodutivos das mulheres.” (ANGELIN; HAHN, 2019, p. 95).

As conquistas dos movimentos feministas são muitas, contudo, apesar disso, um grande número de mulheres ainda vive uma vida restrita, que ainda é definida pelos homens, mas a mudança também precisa acontecer dentro de cada uma, para que, enfim, possa ser alcançada a emancipação do sexo feminino, conforme pondera Touraine:

A libertação das mulheres não seria completa se não as libertasse de toda referência ao seu ser próprio, à sua natureza ou à sua “psicologia”. A construção de si pelas mulheres é fundada sobre o aquilo que resiste à sua identidade social, isto é, sobre uma natureza que não se reduz a uma cultura ou a uma organização social. É assim que as mulheres vão se erguendo até chegar à afirmação da singularidade e à liberdade de escolher sua própria vida, definida pela oposição a toda definição imposta de fora (TOURAINÉ, 2007, p. 47).

Touraine (2007) afirma que a lógica da opressão/submissão presente no patriarcado foi algo culturalmente aprendido ao longo de muitos anos, sendo que a igreja, a escola, a família e as instituições tem muita contribuição para a formação desta cultura. Confirmando o que foi dito acima, Riane Eisler (2007, p. 240), vai afirmar que a relação entre o que é dominado e o que está dominando: “é internalizado desde o nascimento por todas as crianças que crescem numa família tradicional de dominância masculina”. Aqui,

chama-se a atenção, mais uma vez, para a importância da atuação da família no reforço e perpetuação do patriarcado na sociedade, e também na mudança deste padrão.

Simone de Beauvoir (1967, p. 9), por sua vez, afirma que, “nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade.” Sobre o modo de agir das mulheres e a pretensa “passividade” feminina, pondera a autora:

Assim, a passividade que caracterizará essencialmente a mulher "feminina" é um traço que se desenvolve nela desde os primeiros anos. Mas é um erro pretender que se trata de um dado biológico: na verdade, é um destino que lhe é imposto por seus educadores e pela sociedade (BEAUVOIR, 1967, p. 21).

Por fim, diante de tudo o que fora visto até aqui, percebe-se a importância e a relevância dos movimentos feministas no cenário social, onde através de sua mobilização conquistou uma série de direitos às mulheres, garantindo um reconhecimento igualitário para as mulheres e, resgatando a ideia das bruxas como mulheres subversivas que enfrentavam a igreja e o Estado em nome de suas convicções e de garantia de uma vida boa para todas e todos (ANGELIN, 2005).

Desta forma, percebe-se que os movimentos feministas trazem às mulheres reconhecimento, esperança, cidadania e emancipação social, garantindo a possibilidade, do exercício uma vida com dignidade e autonomia. Disso também vai depender a mudança cultural voltada para a desconstrução do patriarcado que atinge toda a sociedade. Dando sequência, a última seção dessa pesquisa busca lançar um olhar para a contribuição da Constituição Federal de 1988, no que diz respeito a despatriarcalização dos estereótipos femininos no contexto social.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DIREITOS DAS MULHERES: UMA ANÁLISE SOBRE A CONTRIBUIÇÃO LEGAL NA DESCONSTRUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS PRECONCEITUOSOS E NA EMANCIPAÇÃO FEMININA

Nesta seção busca-se tecer apontamentos sobre a Constituição Federal de 1988, e sua contribuição na desconstrução de estereótipos negativos criados pelo patriarcado e dirigidos às mulheres como forma de desmerecê-las e desqualificá-las, corroborando para a subcidadania. Contudo, antes de se adentrar ao debate acerca das contribuições da Constituição Federal de 1988 nesse processo de emancipação das

mulheres, é importante se ter presente a forma como as mulheres eram reconhecidas no decorrer da história, para então, poder-se mensurar os avanços trazidos pela carta constitucional.

Porum longo período da história as mulheres foram desvalorizadas, desprezadas e diminuídas frente ao contexto da vida privada, assim como da vida pública. Elas não tinham lugar nos espaços e nas instituições públicas, tampouco na política. Seu lugar estava reservado ao âmbito doméstico, no cuidado do lar e da família. Sobre a inferioridade com que a mulher era tratada, traz-se a obra de Aristóteles (1991, p. 29), chamada “A Política”, onde o autor remonta a ideia da superioridade do homem sobre a mulher, ao ponderar que, “Em todas as espécies, o macho é evidentemente superior à fêmea: a espécie humana não é exceção. [...] a força de um homem consiste em se impor, a de uma mulher, em vencer a dificuldade de obedecer.” (ARISTÓTELES, 1991, p. 31).

Sobre a questão da inferioridade feminina, reafirmada pela sociedade e pelo Estado, Hanna Arendt (1989), esclarece que às mulheres estavam destinadas à esfera privada, onde eram as únicas responsáveis pelo cuidado da família, da casa, pela educação dos filhos. Já aos homens correspondia o papel de provedores do lar e o espaço na política. Este espaço era destinado apenas aos homens, já que às mulheres sequer podiam opinar sobre assuntos simples, tampouco assuntos envolvendo a polis:

O que distinguia a esfera familiar era que nela os homens viviam juntos por serem compelidos por suas necessidades e carências [...]. A comunidade do lar decorria da necessidade: era a necessidade que reinava sobre todas as atividades exercidas no lar [...]. A esfera da polis, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da família constituía a condição natural para a liberdade na polis. (ARENDR, 1989, p. 40).

As breves ponderações, acima, demonstram a concepção das mulheres no período da Grécia clássica que foram sofrendo transformações no sentido de uma adequação do patriarcado, ideias essas que perduram no imaginário e nas próprias legislações do cenário contemporâneo, como pode ser visto no Brasil que, até 2002 tinha um Código Civil que considerava a mulher relativamente capaz, criando um estereótipo de fragilidade e debilidade perante as coisas do Estado. Por sua vez, o Código Penal, até pouco tempo, se pautava na análise do que seria uma mulher homesta, a partir de estereótipos envoltos de características ainda medievais.

Assim, com as mobilizações dos movimentos feministas e de mulheres no processo da Constituinte, que gerou a Constituição Federal de 1988⁶, muitas demandas das mulheres foram acolhidas no berço do regime democrático republicano que estava sendo gestado. Conforme preceituado no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil é constituída em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. (BRASIL, 1988).

Como pode ser perceber pelo artigo que inaugura o arcabouço legal da Constituição Federal de 1988, não há qualquer menção a diferenças entre homens e mulheres, pelo contrário, é dado destaque aos fundamentos constitucionais que regerão o país, como por exemplo a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Portanto, homens e mulheres são cidadãos e cidadãs, e gozam de cidadania e dignidade, o que vai ser confirmado no *caput* do art. 5º, que elenca a igualdade de todos e todas perante a lei, bem como a garantia da vida, da liberdade, da igualdade, segurança e propriedade, os quais são chamados de direitos fundamentais individuais, dando-se um destaque para o inciso I desse artigo:

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

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]. (BRASIL, 1988).

Ainda no art. 5º, destaca-se o inciso XVIII que versa sobre a licença maternidade à mulher trabalhadora, que terá direito ao afastamento do trabalho por cento e vinte dias sem que este afastamento lhe cause demissão ou perda/desconto no salário: “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.” (BRASIL, 1988). Não menos importante é o art. 3º, da Constituição Federal de 1988, que apresenta as metas do Estado brasileiro e consagra, no inciso IV do texto constitucional a prerrogativa e o compromisso do Estado em promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação:

⁶Nesta pesquisa não será abordada sobre todas as Constituições que o Brasil teve, mas somente a título de informação, refere-se, de maneira muito breve, neste trabalho, em ordem temporal, as constituições que dirigiram o país, quais sejam: as constituições dos anos de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Constituição Federal de 1988, promulgada após um longo período ditatorial, com a sua promulgação nascia a esperança de um novo tempo, e o Estado Democrático de Direito.

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988).

O inciso acima citado denota o princípio da diferença e da diversidade, deixando evidente os esforços do estado em despatriarcalizar os estereótipos femininos que geram opressão. Seguindo o rol de conquistas dos movimentos feministas e de mulheres, merece destaque o art. 7º que, historicamente foi o marco inaugural do reconhecimento das mulheres camponesas como trabalhadoras e, por conseguinte, merecedora, por direito, de benefícios trabalhista e previdenciários que historicamente lhe foram negados. Além disso, proíbe a diferenciação salarial entre homens e mulheres. (BRASIL, 1988).

Dando sequência ao rol de conquistas das mulheres na busca da despatriarcalização das relações vigentes, traz-se à baila o art. 183, § 1º da Constituição Federal de 1988⁷, que versa sobre usucapião, que pode ser conferido tanto ao homem quanto à mulher, ou a ambos, independente do estado civil, para que a mulher possa adquirir o título de domínio da propriedade urbana não há a exigência de que seja casada. (BRASIL, 1988). Não se pode olvidar que, em muitos momentos da história brasileira, a mulher precisou da anuência e da autorização do marido para que pudesse realizar atos da vida civil.

Já o artigo 189 do texto constitucional, traz a mesma garantia à mulher no que se refere à concessão de domínio à mulher, sem que haja a necessidade de casamento, só que neste caso, trata-se da distribuição de imóveis rurais, pela reforma agrária:

Art 189 Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei (BRASIL, 1988).

⁷ “Art. 183 Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1 - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil; [...]” (BRASIL, 1988).

O artigo 201 da Constituição Federal de 1988 garante o direito à pensão por morte para a mulher, que tenha casado ou que tenha uma união estável: “V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5 e no art. 202” (BRASIL, 1988). Já o art. 226, § 5 vem emancipar a mulher do dever de manter o casamento, o que durante muito tempo foi obrigação apenas da mulher, sendo que ela se encontrava em desvantagem com relação ao matrimônio. Contudo, o referido artigo liberta a mulher deste dever, quando afirma que, “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”(BRASIL, 1988)

Quando a Constituição Federal proclama que homens e mulheres possuem o mesmo dever legal sobre o casamento, está garantindo à mulher o direito à igualdade perante o marido, já que nem sempre foi desta maneira, uma vez que historicamente, os homens gozaram de privilégios, enquanto a mulher era vítima de desigualdades, preconceitos e violências dentro da sua própria família.

Após realizar essa breve retomada da atuação dos movimentos feministas e de mulheres na gestão da Constituição Federal de 1988 e, das conseqüentes contribuições para a despatriarcalização de estereótipos femininos, é importante se ter presente que, dessas normativas constitucionais, muitas legislações e políticas públicas foram criadas dentro do contexto brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar a breve pesquisa que teve como escopo refletir sobre as contribuições dos movimentos feministas e da Constituição Federal de 1988 na despatriarcalização dos estereótipos femininos, percebe-se que a atuação dos movimentos feministas, como movimentos de denúncia, lutas, resistência e anúncio de que as mulheres também são humanas e, portanto, signatárias de direitos e garantias de cidadania, foram decisivos e importantes.

A atuação dos movimentos feministas e de mulheres perpassou as ruas e, culminou em direitos e garantias apregoados na Constituição Federal de 1988, a qual tem contribuído para a emancipação das mulheres, ao dar visibilidade à mulher em muitos dispositivos legais ao longo do texto constitucional, como pode ser visto nesta pesquisa e, com isso, refletir seus preceitos principiológicos para todo o ordenamento jurídico.

Contudo, isto ainda é insuficiente, já que a positivação dos direitos não garante a real efetividade. No entanto, é um avanço muito importante, levando-se em consideração que se vive em uma sociedade patriarcal, que ainda julga e estereotipa a mulher no sentido de desqualificá-la e desvalorizá-la, assim como foi feito com as bruxas do medievo, inclusive, no sentido das mais variadas violências. Como pode ser percebido, a Constituição Federal de 1988, logrou emancipar as mulheres em muitos sentidos: individual, social, político e civil. O princípio da igualdade isonômica talvez seja um dos avanços mais importantes, porque em muitos momentos, a mulher foi considerada inferior ao homem, e este princípio atua como forma de desconstruir a pretensa inferioridade que o patriarcado insiste em reafirmar.

Assim, a Constituição Federal de 1988 e os movimentos feministas despatriarcalizam a sociedade ao reafirmar que não existe superioridade ou inferioridade entre as pessoas, ao passo que todas e todos são seres humanos e humanas. Ao mesmo tempo que atua na despatriarcalização da sociedade a Carta Magna também ressignifica estereótipos negativos dados à mulher, uma vez que também veda o preconceito e a discriminação entre os gêneros. Contudo, também fica evidente ao longo da pesquisa, que a perseguição às mulheres e a repercussão de estereótipos negativos, ainda permanece bem vivos na sociedade e no imaginário popular, uma vez que a bruxa continua sendo vista como uma mulher desobediente, transgressora de regras e indisciplinada. Por outro lado, os movimentos feministas tem ressignificado a figura das “bruxas”, como mulheres fortes, resistente, lutadoras e emancipadas que, foram perseguidas justo por serem emancipadas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. 8. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2003.

ANGELIN, Rosângela. *A “caça às bruxas”*: uma interpretação feminista. Revista Espaço Acadêmico n° 53. Outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/053/53angelin.htm>>. Acesso em: 29 set. 2021.

ANGELIN, Rosângela; HAHN, Noli Bernardo. *Movimentos Feministas e a Vida das Mulheres*: (re)construindo possibilidades emancipatórias. Curitiba: Editora CRV, 2019.

ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo. Martins Fontes.1991.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vademecum. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- EISLER, Riane. *O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro*. São Paulo: Palas Athena, 2007.
- FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: Mulheres, Corpos e Acumulação Primitiva*. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.
- FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Movimentos feministas. In: HIRATA, Helena et al. *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p.144-149.
- HARAWAY, Donna. "Gênero" para um dicionário marxista: a política sexual de uma palavra. *Cadernos Pagu*, n. 22, pp. 201-246. 2004.
- HARTMANN, Heidi. Capitalismo, patriarcado y segregación de los empleos por sexos. In: BORUERIAS, Cristina; CARRASCO, Cristina; ALEMANY, Carmem (comp.). *Las mujeres y El trabajo: rupturas conceptuales*. Barcelona: Icaria: Fuhem, D.L. 1994 (economía crítica, 11).
- LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. São Paulo: Editora Cultrix, 2019.
- MÉZÁROS, Istvan. *Para além do capital*. Tradução de Paulo Sérgio Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo Editorial; Editora da UNICAMP, 2002.
- SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Gênero e Patriarcado. In: CASTILLO-MARTÍN, Márcia; OLIVEIRA, Sueli de. *Marcadas a Ferro. Violência contra a Mulher. Uma Visão Multidisciplinar*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. p. 35-76.
- TOURAINÉ, Alain. *O mundo das mulheres*. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- WALBY, Sylvia. *TheorizingPatriarchy*. Oxford: BasilBlackwellLtd, 1990.

Capítulo 7

**A INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA DO
ENCARCERAMENTO CAUTELAR DE MULHERES
GESTANTES E MÃES DE CRIANÇAS NO BRASIL**

Bruno Ávila Fontoura Kronka

Priscila Guimarães Marciano

A INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA DO ENCARCERAMENTO CAUTELAR DE MULHERES GESTANTES E MÃES DE CRIANÇAS NO BRASIL

Bruno Ávila Fontoura Kronka⁸

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci (Grupo Uniasselvi). Bacharel em Direito Pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Priscila Guimarães Marciano⁹

Aluna especial do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Analista Judiciária da Justiça Federal de Mato Grosso do Sul.

RESUMO

O encarceramento preventivo de mães de crianças e de mulheres gestantes no Brasil reproduz uma estrutura cruel e revela o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, reconhecido com tal pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 143.641. O presente artigo tem por objetivo estudar a invisibilidade da mulher dentro do sistema prisional brasileiro tendo em vista a falta de espaço adequado para uma gravidez e de maternidade seguras. Demonstra a ausência de espaço adequado para gestante e lactante como a falta de berçários, alas adequadas para amamentação e creches para cuidarem de seus filhos dentro das grades. Também se estuda a vitimização secundária da criança, decorrente do ambiente existente na carceragem em que se encontram suas mães. Como a violação de direitos nesses casos é perpetrada pelo Estado e a solução é dada pelo próprio agente violador, na ausência de condições adequadas que assegurem às gestantes, mães e crianças os direitos previstos em lei como proteção à maternidade e proteção à infância, deve a prisão cautelar ser convertida em prisão domiciliar. O artigo aborda a evolução histórica das leis e da jurisprudência para a concessão de prisão domiciliar para essas mulheres e as condições do cárcere no país, sob a ótica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e da ausência de política de gênero. A alternativa ao cárcere é a prisão em suas residências, mas o estudo revela que o elevado número de mulheres que podem pleitear a concessão do benefício demonstra que tal direito não está sendo efetivado. A pesquisa realizada é do tipo

⁸ Mestrado em Direito. Email para contato: brunokronka@gmail.com.

⁹ Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público. Email para contato: pmarcian@trf3.jus.br.

exploratória, promovendo uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se do método hipotético-dedutivo para tanto. O artigo conclui pela vulnerabilidade social da mulher detenta no Brasil dentro da perspectiva de uma cultura do encarceramento, especialmente quando na qualidade de gestante ou mãe de menor impúbere.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Encarceramento cautelar. Prisão domiciliar. Mães de crianças. Mulheres gestantes.

ABSTRACT

The preventive incarceration of mothers of children and pregnant women in Brazil reproduces a cruel structure and reveals the “unconstitutional state of affairs” of the Brazilian prison system, recognized as such by the Supreme Court in Habeas Corpus 143.641. This article aims to study the invisibility of women within the prison system in view of the lack of adequate space for safe pregnancy and maternity. It demonstrates the absence of appropriated spaces for pregnant and lactating women as well as the lack of nurseries, adequate wards for breastfeeding and day care centers to take care of their children within the bars. And it is also studied the secondary victimization of the child arising from the environment in the prison where their mothers are. As the violation of rights in these cases is perpetrated by the State and the solution is given by the violating agent, in the absence of adequate conditions to ensure that pregnant women, mothers and babies have the rights provided by law such as maternity protection and childhood protection, the precautionary prison must be converted into home confinement. The article addresses the historical evolution of laws and jurisprudence for the granting of house arrest for these women and prison conditions in the country, from the perspective of the fundamental principle of human dignity and the absence of a gender policy. The alternative to prison is prison in their homes, but the study reveals that the high number of women who can claim the grant of the benefit demonstrates that this right is not being fulfilled. The conclusions were based on exploratory research that uses bibliographic and review of jurisprudence, using a hypothetical-deductive method. The article concludes that there is a clear social vulnerability of women incarcerated in Brazil, because of the culture of incarceration, especially when they are pregnant or mothers of children.

Keywords: Dignity of the human person. Precautionary incarceration. Home prison. Mothers of children. Pregnant women.

INTRODUÇÃO

Como é sabido, a superlotação carcerária no Brasil, população estimada em 682,1 mil pessoas para 440,5 mil vagas, a falta de higiene nas celas, contágio de doenças (G1, 2021), guerras entre facções são alguns dos problemas enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro que ecoam o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Inserida nesse contexto, a mulher grávida, puérpera ou mãe de criança experimenta a invisibilidade dentro do sistema prisional tendo em vista a ausência de espaço adequado para gestante e lactante como a falta de berçários, alas adequadas para amamentação e creches para cuidarem de seus filhos dentro das grades.

A relevância do artigo se revela a partir do aumento expressivo no número de mulheres presas nos últimos anos no país. De acordo com dados da Revista Brasileira de Execução Penal, do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a população feminina no sistema prisional saltou de 12.925 em 2005 para 36.999 em 2020, a quinta maior do mundo (RBEP, 2021, p. 88).

Tendo como foco o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o presente artigo vai abordar a evolução histórica das leis e da jurisprudência para a concessão de prisão domiciliar para mães de criança ou gestantes e as condições do cárcere para essas mulheres no país. A prisão domiciliar é uma alternativa à prisão preventiva, onde a pessoa fica recolhida em sua residência em vez de aguardar o julgamento do processo na unidade prisional.

Cumprir destacar que a prisão preventiva é um tipo de prisão cautelar e tem por escopo resguardar o processo antes do trânsito em julgado. Trata-se de medida excepcional, devendo ser decretada levando em consideração a presunção de inocência e o preenchimento de requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal (CPP).

Mesmo com a determinação no art. 318, incisos IV e V do CPP, segundo o qual é possível a conversão de prisões preventivas pelas domiciliares às mulheres grávidas ou que têm filhos menores de 12 anos (redação incluída pela Lei 13.257, de 08.03.2016, conhecida como o Marco Legal da Primeira Infância), o Poder Judiciário vinha se recusando a aplicar a previsão legal que aplacariam em parte tais dados.

Um olhar atento à redação do artigo 318 do CPP observa que o juiz *poderá* substituir a prisão preventiva pela domiciliar nas hipóteses ali elencadas. Assim, para retirar a interpretação discricionária da legislação, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 143.641, determinou a colocação obrigatória de mulheres grávidas e mães de crianças ou pessoas com deficiência em prisão domiciliar ante a falta de estrutura específica no cárcere, desde que cumpridos requisitos objetivos.

Por meio de uma pesquisa do tipo exploratória e descritiva, utilizando o método de abordagem dedutivo e os métodos de procedimento documental e bibliográfico, pretende-se estudar o tema a trazer reflexões partindo da premissa que a proteção da mãe implica a proteção da criança e, que, os cuidados dos filhos, são, na maioria das vezes, atribuídos às mulheres, de modo que a privação de liberdade pode gerar efeitos a desestruturar os lares durante o tempo que a mulher aguarda o julgamento do processo.

1 A invisibilidade da mulher no sistema prisional brasileiro

Pesquisa de Barboza e Gollner relata que as mulheres no cárcere vivem sem condições de acolhimento digno para os menores ou para os nascituros (BARBOZA; GOELLNER, 2018), em claro desrespeito a padrões internacionais de atendimento às presas, como os fixados pelas diretrizes de Bangkok, da ONU.

Dados do DEPEN apontam essa negligência às necessidades específicas da mulher ao descrever que “discriminações de gênero são notórias no sistema prisional, um sistema construído e pensado pela ótica masculina, para o acautelamento e exercício profissional masculino, impõe sérias limitações a vivência dos corpos femininos” (BRASIL, 2021, p. 88).

Essas limitações do sistema prisional são demonstradas pelo DEPEN por meio de levantamentos como o que aponta que, no Brasil, a maior parte dos estabelecimentos é voltada ao público masculino (três quartos), enquanto apenas 7% das unidades prisionais é feminina e 17% é formada por estabelecimentos mistos (BRASIL, 2021, p. 88).

Esse quantitativo díspar pode ser um dos fatores para que as mulheres sejam um grupo com pouca visibilidade no que toca às políticas públicas dentro dos presídios, sendo um público que corresponde a 4,94% da população prisional (BRASIL, 2021, p. 88).

Seguindo esse pensamento, os mesmos dados do DEPEN demonstram que:

as estruturas físicas, os recursos materiais e humanos, em boa parte destas Unidades Prisionais não estão preparados para acompanhar as especificidades do gênero feminino, apresentando uma configuração que remonta a condições estruturais precárias, como instalações superlotadas, condições insatisfatórias de ventilação, iluminação, higiene etc (BRASIL, 2021, p. 88).

Ainda na lição de Barboza e Goellner, consta-se que “as prisões foram feitas para o sexo masculino e até os dias atuais não se adequaram às necessidades femininas, principalmente quando se tratam do período pré e pós natal” (BARBOZA; GOELLNER, 2018)

Inúmeras vezes os filhos permanecem com as mães na própria cela, local impróprio para garantir uma maternidade sadia; isso quando o recém-nascido não é retirado do convívio com sua mãe, impedido de receber amamentação. Não raras vezes a

criança passa por uma peregrinação em razão da constante alteração de sua guarda, entre uma madrinha, tia, avó, até eventualmente ser colocada em adoção (ITCC, 2016).

Soma-se a isso, o fato de a mulher presa sofrer o preconceito e julgamento moral de sua conduta ilícita ser incompatível com o papel de mãe:

A criminalização de determinadas condutas se conjuga com as questões de gênero, especialmente a maternidade, constituindo-se um imbricamento indissociável entre a condição de “mulher criminosa” e “mulher mãe”. Com isso, especificidades de gênero, em vez de conferirem um tratamento focado na proteção de direitos, são mobilizadas para agravar a situação da mulher e imputar-lhe maior punição (ITCC, 2019, p. 16).

A invisibilidade da mulher, que é estrutural na sociedade brasileira irradia-se, portanto, para o sistema prisional, produto de políticas públicas formuladas sob a ótica machista que o criou e o mantém.

2 Direitos humanos das mulheres no cárcere

No âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) relatou o desrespeito do Estado brasileiro aos direitos humanos no sistema penitenciário, especialmente no que tange à falta de atendimento específico para mulheres¹⁰.

Ainda no cenário internacional, em 2015, os países membros da ONU assumiram a “Agenda 2030” com 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), desdobrados em 169 metas com o objetivo de solucionar questões como pobreza, fome, educação trabalho, desigualdades, entre outros. Nesse contexto, o ODS 5 busca alcançar a igualdade de gênero e em seu desdobramento, a meta 5.2 pretende eliminar todas as formas de violência contra mulheres nas esferas públicas e privadas. Objetivo desafiador que deve orientar a política de alternativa à prisão de mulheres detentas que apresentam a condição de gestantes, puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade ou de pessoas com deficiência.

¹⁰ Nesse sentido, assim observou em seu relatório o Conselho de Direitos Humanos da ONU em sua revisão Periódica Universal do ano de 2012: “119.68 Tomar medidas para melhorar as condições das prisões, em especial para melhorar as condições dos presídios femininos, em conformidade com as normas internacionais, e assegurar a proteção dos direitos humanos de todos os detidos, incluindo as garantias do devido processo legal e de proteção contra o tratamento cruel e desumano (Eslovênia)” (BRASIL, 2012A, p. 59).

Olhando para o ordenamento jurídico brasileiro, vetor basilar é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, Constituição Federal de 1988, que irradia seus efeitos para toda a legislação.

Nesse sentido, a CF/88 positivou incontáveis direitos humanos anteriormente reconhecidos em diplomas internacionais, dentre eles algumas garantias aos apenados, aos presidiários e algumas discriminações positivas para a mulher presa. Estabeleceu, no rol do artigo 5º, como direitos fundamentais (e cláusulas pétreas), que não haverá penas cruéis (inciso XLVII, alínea e); que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (inciso XLVIII); que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (inciso XLIX); bem como “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (inciso L) (BRASIL, 1988).

Ainda com fundamento na CF/88, importante destacar que a proteção à maternidade é direito social, previsto no art. 6º. (BRASIL, 1988), rol de direitos fundamentais, que são direitos humanos positivados no texto constitucional (ABRANCHES, 2017).

Por outro lado, o melhor interesse da criança é critério hermenêutico e cláusula genérica implícita no ordenamento jurídico nacional que deve nortear as ações consagradoras dos direitos fundamentais dos menores, como decorrência lógica da doutrina da proteção integral.

Porém, a criança sofre uma vitimização secundária decorrente do ambiente existente na carceragem em que se encontram suas mães, seja por não haver celas adequadas ao convívio, seja por não haver creches ou berçários. E se as crianças forem encaminhadas para morar com outros membros da família fora das grades, há o rompimento dos laços afetivos com a mãe, o que passa ao largo de uma formação sadia.

Nessa linha, o estudo do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania assevera que “sendo socialmente atribuída às mulheres a responsabilidade prioritária pelos cuidados domésticos e familiares, sua privação de liberdade gera efeitos sobre toda a estrutura familiar e comunitária na qual estão inseridas” (ITCC, 2019, p. 7).

A respeito de mães e filhos na prisão, as Regras de Bangkok fornecem uma interessante diretriz:

[...] Regra 49

Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.

[...] Regra 52

1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente. [...] (BRASIL, 2016A).

As mesmas regras sustentam que “mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles” (BRASIL, 2016A, regra 50), ou que “ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão” (BRASIL, 2016A).

Nesse contexto, desde 2016, o art. 318 do Código de Processo Penal dispõe que é possível a conversão de prisões preventivas pelas domiciliares a grávidas e àquelas que têm filhos menores de 12 anos.

Mas mesmo com o aparato legal, as prisões domiciliares não vinham sendo impostas às mulheres que permaneciam no cárcere em uma situação descrita como de “profunda e generalizada violação de direitos fundamentais dos presos” (BRASIL, 2018), pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 20.02.2018, por ocasião do julgamento do pedido de Habeas Corpus coletivo (HC 143.641), de relatoria o ministro Ricardo Lewandowski, em que houve o reconhecimento do “Estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro quanto à insuficiência estrutural específica à mulher presa.

Extraí-se do voto do ministro relator, em que descreve informações fornecidas pelo Departamento Penitenciário Nacional, a falta de estrutura como creche, berçário, centro materno infantil e cela para gestante, mesmo sendo mulheres presas em sua maioria por tráfico de drogas, crime sem violência ou grave ameaça à pessoa:

[...] Inicialmente, cabe observar que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres (Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça, Junho/2017), “a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014”, incremento muito superior ao da população masculina, que ainda assim aumentou exagerados 220% no mesmo período, a demonstrar a tendência geral de aumento do encarceramento no Brasil (INFOPEN Mulheres, p. 10).

Especificamente no tocante à prisão provisória, “enquanto 52% das unidades masculinas são destinadas ao recolhimento de presos provisórios, apenas 27% das unidades femininas têm esta finalidade”, apesar de 30,1% da população prisional feminina ser provisória (INFOPEN Mulheres, p. 18-20).

Mais graves, porém, são os dados sobre infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais, sobre os quais cabe apontar que:

(i) nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19);

(ii) nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).

(...) Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico” (SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, I. Prisioneiras: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002) [...] (BRASIL, 2018).

Por essa razão, a 2ª Turma do STF determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças ou deficientes sob sua guarda que cumprissem certos requisitos.

A decisão da Corte afirma ainda que existe no país a cultura do encarceramento mesmo havendo alternativa penal enquanto não há o trânsito em julgado. Sob esse enfoque, destaca-se:

imposição exagerada e irrazoável de prisões provisórias a mulheres vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal e processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. (CAVALCANTE, 2020, p. 1039).

Após esse julgado do STF, o Congresso Nacional adicionou ao CPP o art. 318-A, no bojo da Lei 13.769, de 19 de dezembro de 2018, determinando a substituição da prisão preventiva da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência pela prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa e, não tenha cometido o crime contra o filho ou dependente.

Assim, restou incorporado à legislação o entendimento da jurisprudência de obrigatoriedade de conversão da prisão preventiva em domiciliar desde que a mulher cumpra os requisitos objetivos, demonstrando não se tratar de uma discricionariedade do magistrado.

3 Situação das mães encarceradas no Brasil

Levantamento do DEPEN junto aos estados aponta que, no ano de 2018, do quantitativo de 9.245 mulheres que atendiam ao requisito do HC 143.641 do STF, apenas 1.978 prisões domiciliares foram efetivadas. Já no ano de 2019, 3.388 mulheres tiveram prisão domiciliar concedida contra 5.111 que ainda aguardavam pelo benefício. (RBEP, 2021, p.94)

No início da pandemia de COVID-19, maior crise sanitária, econômica e social do século XXI, nota técnica do DEPEN, revelou que, no início de 2020, havia 208 presas grávidas, 44 presas puérperas e 12.821 mães com crianças de até 12 anos no sistema carcerário brasileiro (BRASIL, 2020).

Como se pode observar, mesmo após alterações legislativas no Código de Processo Penal e interpretações jurisprudenciais favoráveis, 13.073 mulheres estavam presas e, desse total, 3.233 eram presas provisórias, ou seja, 24% não possuíam a condenação com trânsito em julgado. Nos dados divulgados não foram contabilizadas mulheres presas mães de pessoas com deficiência, o que poderia aumentar ainda mais o total de candidatas elegíveis ao benefício de prisão domiciliar (BRASIL, 2020).

A pesquisa de Irene Maestro do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), a partir de dados da capital paulista, constatou que existe uma forte resistência do Judiciário em aplicar a prisão domiciliar às mães presas (ITCC, 2019).

A mesma pesquisa aduz que a questão da maternidade não resta efetivamente incorporada na análise do caso concreto, eis que argumentos como a prática do tráfico de drogas, aspectos referentes às circunstâncias do crime, impacto na segurança pública e antecedentes criminais são impeditivos constantemente observados na manutenção da prisão preventiva (ITCC, 2019).

O Judiciário reluta em aplicar, portanto, a própria jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, que pacificou ser presumida a indispensabilidade da presença física da mãe para o desenvolvimento emocional equilibrado da criança, de modo que o poder-dever do juiz de substituir a prisão preventiva por domiciliar somente pode ser afastado em casos excepcionais, sempre atento à proteção integral e prioritária da criança (BRASIL, 2019).

Outra pesquisa realizada pelo jornal El País (2019) destaca que mesmo após a alteração legislativa de 2018 e com a decisão da Corte Superior do mesmo ano, juízes vêm

descumprindo as determinações e impondo prisão mais rigorosa, diversa da domiciliar, às mães grávidas, mães de menores impúberes ou de deficientes.

Uma prisão preventiva que confina mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natais, assistência regular no parto e pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas a seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis, e ao respeito à integridade física e moral da presa.

A manutenção dessas mães com os seus filhos em presídios com condições inadequadas equivale à situação do condenado que cumpre regime de pena mais gravoso pela ausência de estabelecimento penal adequado.

Diante desse cenário, Cavalcante afirma que “os cuidados com a mulher presa não se direcionam apenas a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão” (CAVALCANTE, 2020, p. 1039).

Ao explicar a luta pela dignidade humana, Joaquín Herrera Flores enfatiza que “não estamos diante de privilégios, meras declarações de boas intenções ou postulados metafísicos que exponham uma definição da natureza humana isolada das situações vitais” (FLORES, 2009, p. 19).

Para consolidar a concepção concreta de dignidade, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, aduz:

A cidadania democrática pressupõe a igualdade diante da lei, a igualdade da participação política e a igualdade de condições socioeconômicas básicas, para garantir a dignidade humana. Esta terceira igualdade é crucial, pois exige uma meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas pela correta implementação de políticas públicas e de programas de ação do Estado (FEITOSA, 2010, p.45).

Ante a falta de políticas públicas que garanta igualdade de condições para proteger a maternidade e a infância, deve ser conduzido raciocínio idêntico ao utilizado para edição da Súmula Vinculante n. 56, segundo a qual “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (BRASIL, 2016B).

Com efeito, o RE 641.320/RS que deu origem à referida súmula permite, entre outras, a colocação de presos em prisão domiciliar caso falem vagas no regime adequado menos grave¹¹.

No caso da manutenção da prisão cautelar de mães e gestantes observa-se o preenchimento dos mesmos três pressupostos que levaram a Corte Constitucional da Colômbia à declarar o “estado de coisas inconstitucional” (precedentes que deram origem à decisão proferida pelo STF na ADPF MC/DF), quais sejam: uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais; a inércia ou a incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades¹².

Resta evidente que o Estado brasileiro, na figura do Poder Executivo omitiu-se em tomar medidas adequadas para tratamento das presas gestantes e que exercem a maternidade de crianças; e que há descumprimento de legislação processual penal, que materializa dispositivos da Constituição reconhecendo às mães do cárcere, cautelarmente presas, o direito de exigir do Estado que a medida de colocação em prisão domiciliar seja analisada no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O encarceramento feminino que vitimiza as mães e o(a)s filho(a)s deve ser encarado como violador do princípio da dignidade da pessoa humana. Nem mesmo a maternidade é motivo suficiente para que o Estado respeite os direitos humanos básicos da detenta e da criança, mal abrigada e vítima colateral dos estigmas da invisibilidade do gênero.

¹¹ Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado (BRASIL, 2016C).

¹² Os precedentes da Corte Constitucional da Colômbia são mencionados no acórdão proferido na ADPF 347 MC/DF do STF: Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004. (BRASIL, 2016D).

O julgamento do Habeas Corpus n. 143.641 pela 2ª Turma do STF foi um grande passo coletivamente dado pela em favor de um atendimento mais humano às mulheres presas cautelarmente e aos seus filhos também submetidos ao sistema prisional. Esse foi o primeiro precedente em que se admitiu a concessão da ordem coletiva, um marco na jurisprudência no enfrentamento da violação de direitos humanos.

A posterior reforma do Código de Processo Penal, sedimentando o entendimento da jurisprudência, também sinaliza um caminhar no vetor condutor da dignidade das presas gestantes ou mães de crianças ou pessoas com deficiência que aguardem julgamento definitivo.

Deve-se ter como objetivo principal privilegiar a convivência familiar, enfatizando a proteção integral e prioridade absoluta, resguardando o interesse das crianças e das pessoas com deficiência e protegendo a maternidade em todos os seus aspectos físico, emocional e social.

No entanto, o número elevado de mulheres em penitenciárias aptas a requererem prisão domiciliar pode demonstrar que os juízes ainda não estão aplicando medidas mais humanas na imposição da prisão. Tais dados demonstram a vulnerabilidade social da mulher detenta no Brasil, especialmente quando na qualidade de gestante ou mãe de menor impúbere.

Em respeito aos direitos humanos, a manutenção dessas mulheres no cárcere demonstra-se desproporcional, devendo a segregação ser substituída por prisão domiciliar, eis que a cautelar deve ser imposta apenas como *ultima ratio*.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sergio. **A era do imprevisto**: a grande transição do século XXI. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

BARBOSA, Euzimara Gonçalves; GOELLNER, Maila Beatriz. **O impacto emocional na criança**: a mãe no ambiente prisional. Revista Científica Da Faculdade De Educação E Meio Ambiente, 9(2), p. 803–811. 2018. Disponível em: <http://www.faema.edu.br/revistas/index.php/Revista-FAEMA/article/view/608/659>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Nota Técnica 17/2020, processo SEI 08016.018784/2018-01**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública Assinado em 28.04.2020. Disponível em https://www.gov.br/depen/pt-br/arquivos/copy4_of_DSEI_MJ11491722NotaTcnica.pdf Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Revista Brasileira de Execução Penal**. v. 2, n. 2, 419p (jul./dez. 2021). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021. Disponível em <http://rbepdepen.depen.gov.br/index.php/RBEP/issue/view/rbepv2n2/17> Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. 1ª ed. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 2016A. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf> . Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **O Brasil na Revisão Periódica Universal das Nações Unidas**: principais documentos do segundo ciclo. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2012A. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002185/218516m.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 470.549/TO**. 5ª Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 12 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. 19 fev. 2016D.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC coletivo 143.641**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 22 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320**. Relator ministro Gilmar Mendes. Plenário. Tema 423. DJE de 1º ago. 2016C.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 56**. Plenário. DJE de 8 ago. 2016B.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de Jurisprudência**: Dizer o Direito. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

EL PAÍS. **Mães Presas apesar de proibição legal.** *Humans Right Watch*, 12 mai. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/12/politica/1557696833_169304.html Acesso em: 22 set. 2021.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais.** *Prim Facie*, [S. l.], v. 5, n. 8, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/7182> . Acesso em: 22 set. 2021.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

G1. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superpopulação nos presídios em meio à pandemia.** Publicado em 17 mai. 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 22 set. 2021.

ITCC. **Documentário “Mães Do Cárcere” traz relatos de mulheres que perderam seus filhos ao serem presas.** Portal ITCC. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania: 2016. Disponível em: <http://itcc.org.br/documentario-maes-carcere-traz-relatos-mulheres-perderam-seus-filhos-ao-serem-presas/> . Acesso em: 22 set. 2021.

ITCC. **Maternidade Sem Prisão:** diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres / Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. – São Paulo: ITCC. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/12/politica/1557696833_169304.html Acesso em: 22 set. 2021.

RÍOS, Luis Carlos Alzate. **El estado de cosas inconstitucional.** In: Revista internauta de prática jurídica, ISSN-e 1139-5885, n. 13, 2004.

Capítulo 8

**A TRANSCENDÊNCIA DO SILÊNCIO: A RELAÇÃO
ENTRE GHOST NOTES E A CONSTITUIÇÃO
DIGITAL SIMBÓLICA**

Gabriel Guedes Toscano

A TRANSCENDÊNCIA DO SILÊNCIO: A RELAÇÃO ENTRE GHOST NOTES E A CONSTITUIÇÃO DIGITAL SIMBÓLICA

Gabriel Guedes Toscano

Graduando do 10º período do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Pesquisador do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade

(LABIRINT). E-mail: gabrieltoscano99@gmail.com

Resumo: O presente trabalho busca empreender uma análise acerca da polissemia do silêncio como estrutura essencial e significativa para a correta compreensão da complexidade dos discursos, tanto na música quanto no Direito. No âmbito musical, é realizado um estudo acerca da função do silêncio nas *ghost notes*, notas rítmicas que não têm um correspondente sonoro, e que são executadas de maneira tão sutil pelos intérpretes que se tornam imperceptíveis para o público em geral, falseando, assim, a análise dos ouvintes. Com relação ao Direito, o silêncio é analisado a partir da teoria da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves. Nesta, o silêncio se mostra como protagonista no desenvolvimento do fenômeno simbólico, que se revela quando há uma falta de normatividade constitucional em contraste com uma hipertrofia de sua função simbólica. Por fim, realiza-se uma comparação entre a constitucionalização simbólica e as *ghost notes* com a Lei Federal nº 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet, observando a intencionalidade ou não da vagueza e dos silêncios do texto normativo, que muitas vezes ensejam o falso sentimento de ineficácia da lei.

Palavras-chave: Silêncio; Marco Civil da Internet; *Ghost Notes*; Discurso Musical; Constitucionalização Simbólica.

Abstract: This paper seeks to analyse the polysemy of the silence as an essential and significant structure for the correct comprehension of the complexity of the discourses in both music and Law. In the musical scope, the article focus on a study over the function of the silence on the ghost notes, which are rhythmic notes that have no audible correspondent, and that are played in such a deemphasized manner that turns itself invisible to the general audience, distorting their perception. With respect to law, the silence is analysed from the symbolic constitutionalization theory of Marcelo Neves. On the theory, the silence appears as a leading actor on the developing of the symbolical phenomenon, revealing itself when there is a lack of constitutional instrumentality in contrast to a hypertrophy of its symbolic function. The study concludes with a comparison between the symbolic constitutionalization, the ghost notes and the Federal Law n. 12.965/2014, known as the Marco Civil da Internet, observing whether there is an intentionality or not on the emptiness and silences of the regulatory text, what normally causes the false feeling of the inefficacy of the law.

Keywords: Silence; Marco Civil da Internet; Ghost Notes; Musical Discourse; Symbolic Constitutionalization.

1. INTRODUÇÃO

“(…) sempre, em qualquer lugar e sempre, o resto é silêncio” (Huxley, 2014, p. 14). É fator universal da significação, e age atravessando, compondo e sendo fundo de todo e qualquer ato de comunicação. Este é o silêncio polissêmico e metamorfo, que inserido no contexto da realidade social, apresenta-se como o silêncio do medo, da alegria, do místico, da contemplação ou ainda, tomando de empréstimo a poesia de Zé Rodrix, como o silêncio das línguas cansadas (Carvalho e Trindade, 1979).

Apesar da essencialidade do silêncio para a compreensão da completude de uma mensagem, a ideologia moderna da comunicação reproduz a ideia de que a profusão urgente de palavras é a solução para os problemas sociais da atualidade, relegando ao silêncio o papel de vazio, como algo que deve ser evitado (Le Breton, 1997). Em uma sociedade dominada pelos meios de comunicação em massa e inserida em um contexto de infodemia (OPAS, 2020), o conteúdo das mensagens torna-se meramente acessório, e a comunicação funciona apenas como meio de ratificar a existência dos interlocutores, no sentido de que se um indivíduo fala e o outro escuta, ambos estão pretensamente participando da sociedade (Le Breton, 1997).

A necessidade de permanecer em incessante comunicação, afastando qualquer resquício de silêncio, gera, como efeito último, a hemorragia do discurso (Le Breton, 1997). A inexistências de pausas, ausências e silêncios, situação agravada pela ininterrupta transmissão de sons e ruídos em celulares e televisões, leva à saturação da própria comunicação, que deixa de apresentar um sentido claro e contextualizado, para soar como algo quase hipnotizante, assemelhando nossa sociedade àquela retratada na Londres distópica de Admirável Mundo Novo (Huxley, 2014b).

O silêncio é evitado por causar temor e deslumbramento na grande maioria das pessoas, ele propicia a chance do indivíduo se enxergar presente em sua própria vida (Kagge, 2017), o que gera uma reflexão profunda capaz de desencadear um despertar do indivíduo para a fatídica realidade a sua volta. Mas para além disso, devido à noção criada de silêncio como falta, as pessoas se rendem à força imperativa do dizer, buscando fugir do risco de acabar como um “homem sem sentido” (Orlandi, 2007), justamente pelo fato de estarem em silêncio.

A professora Eni Orlandi, ao falar sobre o discurso, versa que este é “uma fala que fala com outras palavras, através de outras palavras”, e que para que o sentido faça

sentido, é necessário que o silêncio impregne de significado a comunicação (Orlandi, 2007, p. 15). Assim, resta clara a existência de um liame essencial entre significação e silêncio, o que faz este ser muito mais que um fenômeno acústico, sendo, em verdade, uma construção social (Beeman, 2006).

Entendido da referida maneira, para que o silêncio dote de significado os discursos, é preciso que seja interpretado em conjunto com o contexto no qual está inserido, buscando dar um sentido específico para aquela determinada comunicação. Além disso, deve-se compreender que o discurso apenas tem real significado à medida que se remete a outro discurso, criando novos entrelaçamentos essenciais para que se alcance a percepção completa do que busca se dizer (Orlandi, 2007).

Com o objetivo de analisar o silêncio em toda sua complexidade, a professora Orlandi distinguiu este fenômeno em duas vertentes: o silêncio fundante e a política do silêncio (silenciamento).

O silêncio fundante parte da crença de que “o real da significação é o silêncio. E como o nosso objeto de reflexão é o discurso, chegamos a uma outra afirmação que sucede a essa: o silêncio é o real do discurso” (Orlandi, 2007, p. 29). A partir desta perspectiva, o silêncio é compreendido como algo que significa por si próprio, e que, na verdade, é cortado pela fala a partir de aparições pontuais em sua imensidão, de forma análoga ao que é apresentado na obra do compositor austríaco Anton Webern, no primeiro movimento do Quarteto Op. 22, no qual relances de notas interrompem o contínuo silêncio da música, pintando com sons a partitura e o sentimento dos ouvintes (Webern, 1978).

Na concepção do silêncio fundante, é importante pontuar que este não é definido de modo negativo, como algo contrário à fala. O silêncio, simplesmente, é. Assim, é que Le Breton afirma que “silence et parole ne sont pas contraires, l’un et l’autre sont actifs et signifiants, le discours n’existe pas sans leus liaison mutuelle” (Le Breton, 1997, p. 18)¹³. Sendo, portanto, o silêncio parte integrante e essencial do discurso, quanto mais se fala, mais o silêncio se instala, mais os sentidos se tornam possíveis e mais se tem ainda a dizer (Orlandi, 2007).

No tocante ao silenciamento, tem-se que este diz respeito à dimensão política do silêncio, quando o silêncio recorta o dizer. Observa-se tal faceta do silêncio quando por

¹³ “Silêncio e palavra não são contrários, ambos são ativos e significantes, sem a sua união o discurso não existe” (Le Breton, 1997, p. 18, tradução nossa).

dizer algo, o emissor deixa de dizer outra coisa, delimitando assim os sentidos possíveis para o seu discurso. O silenciamento, deste modo, é visto “como forma não de calar, mas de fazer dizer ‘uma’ coisa, para não deixar de dizer ‘outras’.” (Orlandi, 2007, p. 53).

Feita esta breve imersão nos infinitos horizontes do silêncio, parte-se para uma análise prática dos sentidos e significados deste fenômeno dentro das áreas da música e do Direito, nas quais a polissemia do silêncio toma proporções ainda maiores, envolvendo intérprete, criador e público.

2. O SILÊNCIO NA MÚSICA: GHOST NOTES

Antes de adentrar especificamente na função do silêncio na música, cumpre-se realizar uma justificativa do motivo pelo qual aqui se relaciona e se compara música e Direito, áreas que podem, em uma superficial análise, parecerem distantes, mas que na verdade compartilham dos mesmos sentidos, sabores e silêncios.

Tanto a música quanto o Direito são construções sociais. Ambos são compostos por uma complexa relação entre intérprete, criador e público, tendo como condição essencial para o seu desenvolvimento e perpetuação, uma intrínseca relação com o contexto no qual estão inseridos. Deste modo, assumem a função de servir como lentes pelas quais pode-se captar a realidade social a partir de uma perspectiva diferente. Acerca destas relações entre música e Direito, versa o professor Giorgio Resta (2020, p.14):

Sia la musica sia il diritto, pur con tutte le loro indubitabili differenze, rappresentano forme di cultura le quali ruotano intorno al fondamentale problema dell'ordine' – inteso sia nel senso di relazione strutturale tra le parti dell'insieme, siano questi suoni o norme, sia nel senso di rapporto tra lo specifico artefatto culturale di riferimento e l'ambiente sociale circostante – ed è proprio a partire da tale paradigma che i rapporti tra i due campi della cultura si sono istituzionalizzati.¹⁴

Sendo compostos por uma esfera estrutural interna e também por uma esfera externa relacionada com o contexto, música e Direito têm, em seu âmago, a função da

¹⁴ “Tanto a música quanto o Direito, apesar de todas as suas indubitáveis diferenças, representam formas de cultura que giram em torno do fundamental problema da ‘ordem’ – entendida tanto no sentido de uma relação estrutural entre as partes do todo, sejam esses sons ou normas, ou no sentido da relação entre artefato cultural específico de referência e o ambiente social circundante – e é justamente a partir desse paradigma, que as relações entre os dois campos da cultura tornam-se institucionalizados” (Resta, 2020, p.14, tradução nossa).

linguagem e da comunicação, sendo repletos de necessárias interpretações, improvisações e silêncios. Ambas as manifestações culturais apenas existem, tomam forma e se mostram na realidade a partir da linguagem, não se podendo concebê-las de maneira dissociada do universo linguístico (Franca Filho, 2020).

A partir desta noção da função de comunicação que interliga música e Direito, chega-se à conclusão cabal de que, em ambas as áreas, o dizer e o silenciar se delineiam como cruciais fatores para a correta compreensão do significado e do sentido tanto de uma manifestação quanto da outra. A necessidade de se interpretar a música e o Direito a partir do dito e do não dito, alimenta a ideia de que mais que friamente ler as normas ou as notas, urge a essencialidade de se sentir o que se interpreta. Assim, versa o professor Marcílio Franca, que “na música e no direito, o dizer e o silenciar se entremeiam, sempre repletos de múltiplos significados, sentidos, inquietudes, poderes, palavras e interrelações, perfazendo uma borgeana hiperretórica do sensível.” (Franca Filho, 2021, p. 108).

Analisando especificamente o silêncio na música, deve-se ter em mente que este figura como a ausência que justifica a presença, e que a partir da simbiose de ambas forma-se o discurso musical (Ramos, 1997). Por meio das pausas e silêncios, o discurso musical é dotado de sentido e de expressão, o que faz a música transcender e migrar das pautas da partitura para o imaginário dos ouvintes, que por entrarem em ressonância com a melodia executada, passam a integrar o corpo da música e, inclusive, a percebê-la de maneira única e pessoal.

O silêncio, apesar de aparentar ser uniforme e sempre idêntico, em verdade, pode assumir diferentes funções dentro do universo de uma música a depender do instante em que aparece. As ocasiões nas quais o silêncio pode surgir são: no momento que antecede o início de uma execução musical, nos espaços entre os movimentos da obra, durante a execução da peça, ou no momento posterior ao fim da execução (Henrique, 2002).

Observa-se que os sentidos do silêncio são extremamente circunstanciais e que dependem das influências externas do ambiente, da forma com a qual foi executada pelo intérprete, e também das influências de ordem interna do ouvinte, que pode atingir diferentes níveis de percepção com relação ao silêncio. Por isso, não é possível se pleitear que o silêncio represente o nada absoluto, um mero não-ser, “a pausa não só é real, como ela existe intencionalmente (tão intencionalmente quanto a vírgula em uma sentença).” (Imaguire, 2009, p. 36-37).

É neste mesmo sentido, de negar a irrelevância e vazio do silêncio, que a professora e escritora Susan Sontag assim versa (1969, p.14):

[...] there is no such thing as empty space. As long as a human eye is looking there is always something to see. To look at something that's "empty" is still to be looking, still to be seeing something — if only the ghosts of one's own expectations. In order to perceive fullness, one must retain an acute sense of the emptiness which marks it off; conversely, in order to perceive emptiness, one must apprehend other zones of the world as full.

Por todo o exposto, resta evidente que o silêncio é unidimensional fisicamente, entretanto multidimensional com relação à percepção dos ouvintes (Margulis, 2007). Isto ocorre porque o silêncio é absorvido e interpretado de maneiras diversas a depender do indivíduo que o escuta e também do momento circunstancial no qual esta pessoa se encontra. A música, a partir de seu conjunto de sons e silêncios, guia de modos variados o escutar dos ouvintes, fazendo com que, inclusive, alguns escutem o silêncio de forma prolongada ou mais curta, de forma súbita ou ganhando lentamente intensidade (Margulis, 2007).

Passa-se, então, a dar um especial enfoque não mais na música e em sua melodia, mas sim no escutar, desenvolvendo-se o estudo do chamado *meta-listening* (Margulis, 2007), quando a impressão que a música gera no ouvinte, afetando seu subconsciente, é mais importante que as notas executadas pura e simplesmente.

Com fins de se ilustrar a importância desse novo paradigma de percepção musical, cumpre-se fazer uma explicação acerca das *ghost notes*. Essas são, segundo o percussionista Dann Sherril, “subdivisions of the beat which are played very softly and extremely deemphasized. They are deemphasized almost to the point of silence so that the ghost note then represents a rhythmic placeholder in much the same way as a rest.” (Sherrill, 2008, p. 16).

As *ghost notes* apresentam-se como notas rítmicas sem um correspondente sonoro, que apesar de estarem na partitura, são executadas de maneira extremamente sutil, ao ponto de serem imperceptíveis para o público em geral. Essas notas são quase mudas, mas, ainda assim, soam como algo intencional (DeSantis, 2015). Deste modo, devido à execução sabidamente sem ênfase dada pelo musicista, este acaba por falsear a correta análise do público (salvo do espectador atento e com noções musicais), posto que

os ouvintes escutam o silêncio como correspondente a uma pausa ou um vazio na música, quando, na verdade, corresponde a notas sutilmente escritas na partitura dos intérpretes.

A percepção da audiência torna-se, portanto, incompleta com relação ao que está sendo executado naquele instante pelo musicista. Já este último, consegue este efeito a partir da mais perfeita execução das *ghost notes*, criando um universo particular da própria música, se utilizando de silêncios e tensões para dar à obra a dinâmica preterida por seu autor, tendo como objetivo final o regozijo de toda a plateia que se delicia musicalmente de sua própria falta de percepção.

3. O SILÊNCIO NO DIREITO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Assim como a música, o Direito é arte. De modo semelhante ao observado nas demais artes, o Direito é interdisciplinar, atribui grande importância para as experiências e percepções pessoais dos intérpretes, não pode ser reduzido meramente ao seu texto legal, e rejeita a ideia de ser uma manifestação cultural autônoma (Bagnall, 2016).

Para além disto, conforme relatado no capítulo anterior, o Direito reverbera seu significado a partir do silêncio. Assim, apesar desta ser uma verdade muitas vezes duramente admitida pelos aplicadores e intérpretes do Direito, para se compreender completamente os sentidos impregnados nos textos jurídicos, é necessária a realização de um estudo da hermenêutica do silêncio, como expressa o professor Lawrence Tribe, quando assim disserta: “Without a more explicit grammar of how silences may and may not operate in the interpretation of law – a syntax of the unsaid – we may say that law cannot be made by silence, but the echo will return: “Oh yes it can: just watch!” (Tribe, 1982, p. 524).

O silêncio ganha ainda maior relevância no contexto da Constituição, quando se apresenta como um sustentáculo da ordem constitucional, garantindo, em última análise, a integridade e coerência do Estado Democrático de Direito (Gil, 2020). Isto se dá devido ao fato de que o silêncio dota de flexibilidade o texto normativo e consegue expressar, por meio da ausência de palavras, determinados pontos que se positivados, perderiam sua complexidade e seu amplo âmbito de significância.

O professor Michael Foley, ao versar acerca do assunto, pontua que os silêncios constitucionais habitam o entremeio do microcosmo das normas não codificadas com o macrocosmo das normas constitucionais expressas. Neste tocante, afirma:

The 'understandings' present in the twilight zone between these two layers are 'unwritten' because it is recognized that any attempt to define them would be not merely unnecessary or impossible, but positively misguided and even potentially threatening to the constitution itself. This is because such 'understandings' only remain understood as long as they remain sufficiently obscure to allow them to retain an approximate appearance of internal coherence and clarity, while at the same time accommodating several potentially conflicting and quite unresolved points of issue (Foley, 1989, p. 9).

Por meio da criação do texto constitucional de um Estado, os legisladores constituintes regulam situações futuras baseados, sobretudo, no passado (Dixon e Ginsburg, 2011). Devido à complexidade de tal missão, o silêncio ganha espaço essencial no texto constitucional, especialmente em decorrência dos seguintes fatores: da dificuldade em garantir o acordo entre os constituintes acerca das matérias tratadas, do curto espaço de tempo para a elaboração da constituição, das limitações informacionais dos constituintes no momento da assembleia, e das incertezas com relação a como as instituições irão absorver as novas normas (Fadel, 2018).

Desta maneira, observa-se que, deliberadamente, os legisladores constituintes optaram por se utilizar de silêncios ou de uma linguagem ambígua no texto constitucional, com o intuito de deixar certas questões de cunho político não totalmente definidas, buscando garantir a longevidade da constituição (Loughlin, 2017). O texto constitucional que seja reputado como completo, no sentido de abarcar o máximo de questões possíveis em seu corpo, já nasce desacreditado, posto que é fato inconteste a condição de constante atualização e renovação dos textos jurídicos, de forma com que sejam capazes de acompanhar a realidade social.

Há de se notar que a enorme maioria das constituições duram, em média, apenas 19 anos (Elkins et al., 2009). A razão desta pouca perenidade é o fato dos documentos constitucionais serem por demais prolixos e detalhados, ao ponto de serem de difícil absorção por parte das instituições e da sociedade, que são os intérpretes do direito vivo (Tribe, 2018).

No Direito Brasileiro muito se discute acerca do papel do silêncio nos textos jurídicos, especialmente na constituição. Há duas opiniões acerca de sua função: a primeira, acredita que os silêncios constitucionais são silêncios eloquentes, e a segunda, acredita tratarem-se de lacunas normativas. Assim, observa-se que "o silêncio poderá ser intencional quer porque a matéria deva ser remetida ao legislador, de modo a permitir a

intensificação das lutas políticas; quer porque, realmente, nada deva ser dito.” (Campos, 2011, p. 345).

A diferença principal que caracteriza os silêncios como eloquentes ou como lacunas normativas, reside no fato de que, nos casos de lacunas, o legislador constitucional, regra geral, não tem conhecimento acerca da matéria que deixou de ser regulada, ou a deixou silente como forma de delegar a função regulatória para gerações futuras que poderiam enfrentar diferentemente a questão em pauta. Já nos casos de silêncio eloquente, a matéria silenciada é do conhecimento do legislador, e este, mesmo assim, nada dispõe acerca da mesma, com o objetivo de torna-la inexistente na realidade normativa do Estado (Campos, 2011).

Diante desta duplicidade de possibilidades, o Supremo Tribunal Federal (STF), apesar de reconhecer a existência e validade da teoria do silêncio eloquente, normalmente aplica uma interpretação evolutiva e principiológica na análise das normas constitucionais, afastando as hipóteses de silêncio eloquente (Gil, 2020). Esta opção pela colmatação das lacunas há de ser bastante equilibrada e razoável, buscando não se tornar uma porta aberta para um possível despotismo constitucional, no qual a corte suprema do Estado tenha em seu âmbito de poder a força para readequar os silêncios constitucionais da maneira que melhor lhes prouver (Fadel, 2018).

O silêncio também tem papel relevante no Direito quando se observa a teoria da constitucionalização simbólica do professor Marcelo Neves. A teoria parte do pressuposto de que as instituições não podem ser resumidas ao seu valor simbólico, mas que são inconcebíveis sem o mesmo (Neves, 2011). Assim, fazendo primeiramente uma análise acerca da legislação simbólica, afirma-se que nestas, o significado latente da lei prevalece sobre o seu significado manifesto, demonstrando a essencialidade do simbólico neste tipo de legislação (Neves, 2011).

Ao se falar acerca da legislação e constitucionalização simbólica, faz-se necessária a compreensão de que estas não têm apenas um valor simbólico, mas sim que ocorre a prevalência de pautas político-ideológicas em detrimento da eficácia do caráter normativo e instrumental do texto jurídico:

Evidentemente, a distinção entre função instrumental, expressiva e simbólica só é possível analiticamente; na prática dos sistemas sociais, estão sempre presentes essas três variáveis. Porém, quando se afirma que um plexo de ação tem função simbólica, instrumental ou expressiva, quer-se referir à predominância de uma dessas variáveis, nunca de sua

exclusividade. Assim é que 'legislação simbólica' aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental (Neves, 1996, p. 325).

A própria complexidade da realidade jurídica e política torna impossível a existência de uma regulação capaz de atender positivamente aos anseios de toda a população, apresentando-se como um instrumento seguro de controle social (Neves, 2011). Neste contexto, muitos textos jurídicos assumem forte papel político-ideológico fazendo com que, ao contrário do que ocorre nos textos normativos instrumentais (que equilibram as funções simbólicas e instrumentais do texto normativo), os silêncios intencionais ganhem relevância sobre as normas positivadas, dando forte sentido simbólico ao texto em prejuízo de sua eficácia normativa. A partir do exposto, Neves define a legislação simbólica como "produção de textos cuja referências manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico." (Neves, 2011, p. 30).

A consequência mais visível proveniente da legislação simbólica é a falta de eficácia normativa dos textos jurídicos. Observa-se que não há uma concretização normativa do texto legal, no sentido de que não ocorre a observância, execução, aplicação e uso do direito positivado na lei (Neves, 2011). Nestas circunstâncias, o texto legal torna-se incapaz de garantir a existências dos dois pilares principais para o sistema jurídico: primeiramente, não consegue dirigir normativamente a conduta dos cidadãos, e depois, não serve para assegurar as expectativas normativas dos mesmos, não cumprindo seu dever de ser garantidor da segurança jurídica (Neves, 2011).

Buscando classificar os tipos de legislações simbólicas, Kindermann criou o modelo tricotômico, no qual divide-as em três categorias: legislação para confirmação de valores sociais, legislação-álibi, e legislação como fórmula de compromissos dilatórios (Kindermann, 1988 *apud* Neves, 2011).

Em linhas gerais, a legislação simbólica com foco na confirmação de valores sociais ocorre quando um grupo dominante influencia a atividade legiferante, visando à positivação de normas que assegurem que seu ponto de vista e seus valores são os corretos, mesmo que a esta norma não corresponda nenhuma eficácia prática, servindo apenas como reconhecimento ficto de sua superioridade. A legislação-álibi aparece

quando “o legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas” (Neves, 2011, p. 36). Por fim, a legislação como fórmula de compromisso dilatatório desponta nas situações em que o legislador cria normas meramente com fins de adiar a resolução de determinado conflito social, positivando, portanto, algo que é ineficaz, mas que tem o condão de acalmar os ânimos da população que se vê contemplada por um texto normativo.

Esses mesmos modelos também podem ser transpostos para a constitucionalização simbólica, que se divide nas mesmas categorias. Fazendo uma análise detida às constituições, é importante se observar que estas se moldam a partir da concretização constitucional, por meio da qual as expectativas jurídico-normativas de comportamento são filtradas e transformadas em normas constitucionais vigentes (Neves, 2011). Para que a concretização seja, de fato, eficaz, é necessária uma comunicação frequente e profunda com a realidade social, buscando sopesar o ambiente normativo (contexto social) com a manutenção do público ativo e engajado para que seja vivenciado o texto normativo (Gomes, 2017).

O Direito é compreendido comumente como um sistema autopoiético, isto porque sua evolução ocorre a partir de uma autorreferência ao próprio sistema jurídico (Neves, 2011). Contudo, para se adequar à realidade a sua volta, o Direito utiliza-se da constituição para que esta sirva de acoplamento entre ele e o sistema político, propiciando “o fechamento normativo e operacional de cada um desses sistemas, tanto quanto sua abertura cognitiva ao ambiente” (Gomes, 2017).

Ao contrário do que ocorre com o sistema jurídico quando à constituição desempenha corretamente seu papel de acoplamento entre os sistemas, na constitucionalização simbólica o que ocorre é a alopoiese do Direito (Neves, 2011). Nesta situação, a constituição não consegue garantir o equilíbrio entre a autorreferência do Direito e sua abertura para influências de outros sistemas, ocasionando uma sobreposição da política ao Direito, o que compromete de maneira generalizada a autonomia operacional entre sistema jurídico e ambiente (Gomes, 2017).

Entretanto, diversamente do que possa parecer, a constitucionalização simbólica pode ser observada a partir de dois aspectos, um negativo e um positivo. O sentido

negativo é o mais aparente e diz respeito à falta de normatividade da constitucionalização simbólica. Neste contexto, as normas constitucionais não orientam as expectativas normativas generalizadas, tornando-se ineficazes porque não se coadunam com o ambiente normativo. Nas palavras de Neves (2011, p. 92):

Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, de maneira generalizada, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada.

Na acepção positiva da constitucionalização simbólica, foca-se em sua função político-ideológica. A análise deixa de ser direcionada pela falta de normatividade do texto constitucional, pois se assume que seu objetivo não é o de direcionar as condutas e orientar expectativas, mas sim responder a exigências e objetivos políticos concretos (Neves, 1996). Deste modo, positiva-se um texto altamente simbólico que se vê ineficaz em razão da situação social não estar ainda preparada para concretizar o texto normativo, mas que, ao simbolizar compromissos político-ideológicos, imuniza o sistema político e jurídico contra outras alternativas (Neves, 2011).

Em conclusão, nota-se que nos casos de constitucionalização simbólica, ocorre que “o sentido manifesto e aparente (normativo-jurídico) da atividade constituinte e linguagem constitucional encobre, então, o seu sentido oculto (político-ideológico).” (Neves, 2011, p. 119).

4. MARCO CIVIL DA INTERNET: A CONSTITUIÇÃO DIGITAL SIMBÓLICA?

A internet, desde sua gênese, alimenta-se da ideia de que para ser experienciada em sua completude, necessita de liberdade e de autonomia com relação a qualquer tipo de regulação estatal. Esta ideia foi muito disseminada por John Perry Barlow (1996), quando escreveu a Declaração de Independência do Ciberespaço, que tinha como objetivo principal servir como um marco teórico e social que demonstrasse a importância de que o ambiente cibernético fosse democrático, descentralizado e, acima de tudo, livre.

Apesar da ideia de Barlow ter servido de inspiração para a forma como foi desenvolvida a internet, devido à complexidade, ao número de usuários e a sua importância como espaço de debate público, o ambiente cibernético necessitou evoluir

dentro de um espectro limitado de atuação para garantir que a liberdade desejada fosse igualmente usufruída por todos.

Contudo, regular a internet é algo extremamente complexo, especialmente porque “o ciberespaço, naturalmente fluido, rompe com fronteiras nacionais e redimensiona as questões sociais, econômicas e políticas, à medida que modifica a relação tempo/espaço.” (Segurado, 2014, p. 2). As dificuldades para a regulação são observadas em diversas frentes, podendo-se citar: a internet tem caráter transnacional e sua regulação, normalmente, tem uma aplicação territorial limitada (Pinheiro, 2015); o frequente embate entre liberdade de expressão e privacidade; a definição da jurisdição competente para resolver questões da internet; e a impossibilidade de haver transplantes de modelos legislativos de outros países, tendo em vista as peculiaridades do contexto brasileiro que, inevitavelmente, influenciam o modo com o qual a população entende como deve ser regulamentado esse ambiente (Polido, 2021).

Devido aos pontos listados, a regulação da internet demanda muita diplomacia e negociação com todos os *stakeholders*, de forma a respeitar o princípio do multissetorialismo que engloba todas as discussões de governança da internet. Entretanto, para além das dificuldades citadas, uma circunstância que serve de argumento para aqueles contrários à regulação estatal da internet, é o fato da velocidade do desenvolvimento tecnológico ser tremendamente maior que a dos avanços legais, o que gera um eterno descompasso entre ambos (Denicoli, 2015). Em razão destas situações, surgiram novas possibilidades de regulação que afastam das rédeas estatais o controle amplo e irrestrito da internet.

Como exemplo de novas formas de se regular o ambiente cibernético, é válida a menção da teoria responsiva de regulação e a corregulação. A teoria responsiva de regulação foi criada por Ayres e Braithwaite (1992), e afirma que a internet deveria ser regida por uma auto-regulação dos entes privados que se mantivesse em constante comunicação com a regulação estatal responsável por punir os casos de transgressões legais. Neste modelo, acredita-se que antes de se chegar às vias punitivas, deve ser tentada a resolução da questão por meio da auto-regulação, utilizando-se da força estatal unicamente como última hipótese de regulação. Já na corregulação, busca-se uma parceria entre Estado e cidadão, na qual as normas e jurisprudências estatais são frutos de discussões abertas e democráticas entre todas as partes interessadas no assunto, com fins

de se chegar em um resultado que esteja em consonância com o ambiente social (Denicoli, 2015).

Apesar de toda a discussão apresentada, fato é que para garantir a participação ampla de todos os atores no ambiente cibernético, é crucial a existência de uma moldura de regulação que delimite a extensão e consequências do exercício do direito de acesso e de navegação na rede:

Ao contrário do que alguns entusiastas libertários poderiam achar, a ausência de leis nesse âmbito (*no âmbito da internet*) não representa a vitória da liberdade e do *laissez-faire*. Ao contrário, a ausência de uma legislação que trate das questões civis da rede leva, ao contrário, a uma grande insegurança jurídica. (Lemos, 2014, p. 10).

No intuito de servir como a primeira regulação civil acerca da internet no Brasil, em 2009, começou-se a discussão dos pontos que seriam abarcados pela Lei Federal nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet. A ideia da lei surgiu como uma alternativa à Lei Azeredo, também chamada de AI-5 digital, um projeto de lei criminal para a internet que previa, entre outros absurdos, pena de até quatro anos de prisão para aqueles que transferissem músicas de um CD para outro dispositivo (Souza e Lemos, 2016).

O Marco Civil foi fruto de uma consulta pública realizada pela internet, por meio da plataforma online “Cultura Digital”. Devido a esta inovação no âmbito da criação de propostas legislativas, o Marco Civil foi precursor na ideia de uma democracia expandida (Lemos, 2014), por meio do incentivo à participação multissetorial direta na criação da lei.

O projeto de lei tramitou no Congresso Nacional entre os anos de 2011 e 2014, havendo sido finalmente aprovado após a ocorrência de duas situações que abalaram o ambiente político do país. A primeira delas foi uma série de manifestações públicas no ano de 2013, nas quais os cidadãos clamavam por mais transparência do governo e por uma maior participação social na formulação de políticas públicas. O segundo fator, foi o escândalo causado pelas revelações de Edward Snowden acerca de programas de espionagem do governo americano que já haviam, inclusive, investigado o próprio governo brasileiro (Souza e Lemos, 2016).

A partir destas situações, deu-se caráter de urgência na aprovação do Marco Civil, que entrou em vigor em 23 de junho de 2014, e serviu como resposta internacional às espionagens do governo americano, e também viabilizou a participação cidadã no âmbito

decisório e normativo estatal, a partir da ampliação do processo de consulta pública e do *lobby* digital (Moreira, 2018).

Pelo forte caráter principiológico do Marco Civil, funcionando, assim, como uma constituição digital brasileira, teve início uma discussão acerca do surgimento de um cyberconstitucionalismo. O ponto focal desta questão era referente à tendência pamprincipologista (Streck, 2014) do texto do Marco Civil que, devido a seu caráter primordialmente simbólico, poderia levar a dois fins possíveis: ao despotismo constitucional ou à ineficácia da lei.

O despotismo constitucional é um panorama possível a partir do fato de que, com a lei, “surgem constantemente novos princípios que assumem o status de norma jurídica, mas que na prática servem de álibis retóricos para posturas dogmáticas ou judiciais que não guardam uma fundamentação intersubjetiva.” (Streck, 2014, p. 341). Nesta hipótese, a plurissignificância principiológica abre margem para interpretações extensivas por parte dos aplicadores do direito, o que possibilita a ocorrência de manobras hermenêuticas viciadas, que não buscam, necessariamente, a justiça no caso concreto.

Contudo, o caráter principiológico do Marco Civil também pode levar à ineficácia do texto legal. Por positivar no ambiente cibernético princípios que já estavam na Constituição Federal de 1988, uma das críticas mais contundentes contra o Marco Civil é o fato de ter trazido em seu corpo normas vazias de conteúdo (Tomasevicius Filho, 2016). Para além disso, o grande número de normas ideológicas e simbólicas, somado ao fato de ser uma lei que versa acerca de fenômenos muito novos na sociedade (o que faz com que seja, às vezes, incompreendida pelo grande público), fez com que a observância prática do caráter instrumental do Marco Civil não fosse alcançada de maneira imediata, demonstrando sua carência de efetividade normativa (Santos e Durães, 2015).

Em decorrência desta ineficácia e da falta de concretização normativa do texto legal, em uma primeira análise, o Marco Civil parece corresponder a uma constituição digital simbólica, sob o ponto de vista negativo da teoria. Entretanto, o que não se pode deixar de pontuar é que, na verdade, o assunto tratado no Marco Civil da Internet é extremamente volátil e, até o momento da promulgação da lei, completamente desregulado pelo direito brasileiro. Ademais, como versa o professor Marcelo Thompson (2012, p. 207):

A construção da internet no Brasil faz parte desse processo divino de existência de nossos caminhos comuns, do progressivo acordar de nossas instituições democráticas — e de descoberta de nós mesmos. Daí a natureza mais profundamente constitutiva — constituição não em sentido formal ou material, mas espiritual, mesmo, da massa etérea de nossos desígnios — das regras que vierem reger esse processo.

Em razão da natureza da internet, de ser um fenômeno em constate evolução, sua regulação necessita de um tratamento, primeiramente, principiológico, com fins de se criar uma base comum para o crescimento e detalhamento legislativo acerca do tema e para evitar a caducidade de seus próprios dispositivos (Souza e Lemos, 2016). As matérias digitais devem ser tratadas mais detalhadamente por meio de Decretos e de outras leis específicas posteriores, como a Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) e o PL 2.630/2020 (PL das *Fake News*).

Diferentemente do que é pensado por muitos, o Marco Civil já nasceu com a pretensão de ser uma legislação de caráter principiológico e, portanto, simbólico. Assim, pode ser encarado como uma constituição simbólica de forma restrita, apenas a partir de seu viés positivo, tendo em vista que serve para imunizar o sistema jurídico e político contra outras alternativas, e tem função precipuamente ideológica, apresentando um modelo de regulação que apenas seria possível sob condições sociais diferentes, posto que, “[...] como toda nova lei, sua mera existência não gera automaticamente soluções: é necessário desenvolvimento de uma estrutura institucional, em sentido amplo, para sua efetivação.” (Streck, 2014, p. 362).

Observa-se, a partir do apresentado, que é precisamente nos silêncios do Marco Civil da Internet onde este dialoga com a Constitucionalização Simbólica e com as *ghost notes*. Em decorrência da ampla gama de significados que podem ser subsumidos a partir da vaga posituação de princípios e da inserção intencional de silêncios no texto normativo, o legislador falseia a análise do público, dado que o silêncio transvestido de ineficácia, esconde o real e intencional sentido principiológico do texto normativo, que é condição fundante e necessária da constituição digital.

5. CONCLUSÃO

“Grande é a verdade, mas ainda maior, do ponto de vista prático, é o silêncio em torno da verdade.” (Huxley, 2014b, p.15). Como na introdução, utilizo-me novamente da inteligência de Huxley para introduzir este que é o capítulo final do artigo. Esta frase do

autor inglês resume perfeitamente toda a ideia que buscou-se passar nas entrelinhas deste texto, dado que seu intuito principal foi realizar uma hermenêutica do silêncio na música e no Direito, empreendendo uma análise comparativa entre a função que aquele desempenha em cada uma destas construções sociais.

O silêncio é um fenômeno acústico que reverbera sua infinitude de sons e significados em todas as áreas do conhecimento humano que envolvem comunicação. O silêncio é polissêmico, e por dizer tanto mais quando nada se fala, é que assume o protagonismo no estudo dos sentidos, intencionais ou não, presentes nos discursos, quer sejam musicais ou jurídicos.

Primeiramente, buscou-se a realização de uma análise acerca do silêncio na música, com foco principal nas chamadas *ghost notes*. O silêncio nestas notas fantasmas simboliza o ato sublime dos intérpretes da melodia, que apesar de estarem executando uma nota escrita na partitura, a tocam de maneira tão sutil e precisa, que conseguem fantasia-la de silêncio, tornando assim, falsa a percepção musical por parte da grande maioria do público, que ao ouvir o nada, imagina a presença de uma pausa, quando, em verdade, o que se toca é algo diverso intencionalmente colocado pelo compositor da obra e majestosamente executado pelo musicista.

No âmbito do Direito, os significados do silêncio foram analisados, principalmente, a partir da teoria da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves. Observou-se que em muitas constituições, a existência de normas vazias ou a falta de regulação de certos assuntos, pode ocultar o sentido real do que foi realmente pensado pelo legislador. Na constitucionalização simbólica, o silêncio pode assumir várias funções, servindo, principalmente, como um modo de esconder a ineficácia do texto normativo, algo desejado pelo legislador, mas que foi colocado aos cidadãos de forma tão oportuna que estes se iludem com a existência física do texto, esquecendo-se ou não se importando com sua eficácia social.

Em uma perspectiva prática, explorou-se os sentidos presentes na vagueza e nos silêncios presentes no texto da Lei Federal nº 12.965/2014, chamada de Marco Civil da Internet. Foi visto o caráter diverso desta lei, no sentido de que trata de um fenômeno volátil e que tem por pressuposto de existência a liberdade de expressão de seus usuários. Isto posto, para que a lei fosse perene e funcionasse como uma base normativa principiológica para o desenvolvimento do ambiente cibernético no Brasil, havia de ser, necessariamente, simbólica. Observando a partir deste âmbito, entendeu-se que o Marco

Civil deve ser encarado como uma constituição digital simbólica em seu sentido positivo, que, para que seja eficaz, demanda a criação de leis específicas e uma maior literacia digital da população.

Assim, por fim, o real intuito deste trabalho é escutar o inaudível, é perceber a complexidade das estruturas de comunicação, que muitas vezes, de modo intencional ou não, exprimem e revelam o dito e o não dito, em uma simbiose polifônica apenas notada por aqueles capazes de sentir o som do silêncio.

6. REFERÊNCIAS

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992. 216 p.

BAGNALL, Gary. *Law as art*. New York: Routledge, 2016. 240 p.

BARLOW, John P. Declaração de Independência do Ciberespaço. Davos: Electronic Frontier Foundation, 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

BEEAMAN, William O. Silence in Music. In: ACHINO-LOEB, Maria Luisa (ed.). *Silence: The currency of power*. New York: Berghahn Books, 2006. p. 23–34.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. *O Poder da Lei Versus a Lei do Poder: A Relativização da Lei Tributária*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2011. 510 p.

CASA NO CAMPO. Intérprete: Tavito. Compositores: Luis Otávio de Melo Carvalho; José Rodrigues Trindade. In: Tavito. Intérprete: Tavito. Rio de Janeiro: Discos CBS, 1979. 1 CD, faixa 10 (1 min 52 s).

DENICOLI, Sergio. *A Regulação da Internet: Políticas da Era da Comunicação Digital*. Relatório Final (Pós-Doutorado em Mídia e Cotidiano) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2015. 131 f.

DESANTIS, Dennis. *Making Music: 74 Creative Strategies for Electronic Music Producers*. Berlin: Ableton, 2015, 324 p.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Vol. 9, Iss. 3-4, p. 636-672, out. 2011.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. 272 p.

FADEL, Mohammad H. The sounds of silence: The Supreme Constitutional Court of Egypt, constitutional crisis, and constitutional silence. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Vol. 16, n. 3, p. 936-951, jul. 2018.

FOLEY, Michael. *The Silence of Constitutions: Gaps, 'Abeyances' and Political Temperament in the Maintenance of Government*. New York: Routledge, 1989. 173 p.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Musical-Juridical Suite: Some Hermeneutical Considerations for Violin, Cello, Piano and Constitution. In: RESTA, Giorgio (ed.). *L'Armonia Nel Diritto: Contributi a Una Riflessione Su Diritto e Musica*. Roma: Roma TrE-PRESS, 2020. p. 327 – 339.

_____. Psiu! O Silêncio Tem a Palavra: Tagarelices da Música e do Direito. In: Mazzuoli, Valério; Morbach, Gilberto (Orgs.). *Arte, Cultura e Civilização: Ensaios para o Nosso Tempo*. São Paulo: Letramento, 2021. p. 100–109.

GIL, Arilson Garcia. Silêncio Constitucional: A Inadequação da Teoria do Silêncio Eloquente para Interpretação da Constituição Federal de 1988. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v.13, n.1, jan./jul. 2020. p. 249-274.

GOMES, David Francisco Lopes. Para uma Crítica à Tese da Constitucionalização Simbólica. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 12, n. 2, p. 442-471, 2017.

HENRIQUE, Luís. L. *Acústica Musical*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 1136 p.

HUXLEY, Aldous. *Música na Noite & Outros Ensaios*. Tradução de Rodrigo Breunig. Porto Alegre: L&PM, 2014. 256 p.

_____. *Admirável Mundo Novo*. Tradução de Vidal de Oliveira. 22ª ed. São Paulo: Globo, 2014. 306 p.

IMAGUIRE, Guido. Da natureza da pausa. *Música em perspectiva*, UFPR, v. 2, n. 2, p. 31-44, out. 2009.

KAGGE, Erling. *Silence In the Age of Noise*. Tradução de Becky L. Crook. New York: Pantheon Books, 2017. 100 p.

LE BRETON, David. *Du Silence: Essai*. Paris: Éditions Métailié, 1997, 279 p.

LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como Símbolo do Desejo por Inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-11.

LOUGHLIN, Martin. The Silences of Constitutions. *Freiburg Institute of Advanced Studies*, Freiburg, p. 1-16, 2017.

MARGULIS, Elizabeth Hellmuth. Moved by Nothing: Listening to Musical Silence. *Journal of Music Theory*, Duke University Press, Vol. 51, n. 2, p. 245-276, Outono, 2007.

MOREIRA, Felipe Lélis. Lobby Digital e a Regulamentação do Marco Civil da Internet. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos Anjos; BRANDÃO, Luíza Couto Chaves (Orgs.). *Tecnologias e Conectividade: Direito e Políticas na Governança das Redes*. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018. p. 394-410.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. 263 p.

_____. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Vol. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Entenda a infodemia e a desinformação na luta contra a Covid-19. OPAS. [s.l.], 2020. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52054/Factsheet-infodemic_por.pdf?sequence=14>. Acesso em: 27 dez. 2020.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As Formas do Silêncio: No movimento dos sentidos*. 6ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2007. 181 p.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Regulamentação da Web. In: Cadernos Adanauer XV (2014), nº 4. *Cibersegurança*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adanauer, jun. 2015. p. 33-44.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Regulação da Internet em 2020 e Riscos de Desmonte das Liberdades Digitais. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-28/fabricio-polido-regulacao-internet-riscos-liberdades-digitais>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

QUARTET, OP. 22: I. SEHR MÄßIG. Intérprete: Anton Webern; Pierre Boulez. Compositor: Anton Webern. In: Anton Webern: Complete Works: Op. 1 – Op. 31. Intérprete: Anton Webern; Pierre Boulez. Nova York: Sony Music Entertainment, 1978. Disco 2, faixa 33. (3 min 30 s).

RAMOS, Marco A. da Silva. O Uso Musical do Silêncio. *Revista Música*, São Paulo, v. 8, n. 1/2, p. 129-168, maio/nov. 1997.

RESTA, Giorgio. Itinerari Per Una Ricerca Su Diritto e Musica. In: RESTA, Giorgio (ed.). *L'Armonia Nel Diritto: Contributi a Una Riflessione Su Diritto e Musica*. Roma: Roma TrE-PRESS, 2020. p. 13 – 34.

SANTOS, Lucirino Fernandes; DURÃES, Hebert Vieira. A Importância do Diálogo das Fontes Diante da Carência de Efetividade dos Direitos Positivados na Lei nº 12.965/2014. *Revista Eletrônica Direito FPB*, João Pessoa, vol. 2, n. 1, jan./jul. 2015. p. 1-22.

SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú; AMENI, Cauê S. Regulamentação da Internet: Perspectiva Comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. *História, Ciências, Saúde*, Rio de Janeiro, 2014. 21 p.

SHERRILL, Dann. *Learn & Master Drums: Lesson Book*. Nashville: Legacy Learning Systems, 2008. 112 p.

SONTAG, Susan. The Aesthetics of Silence. In: SONTAG, Susan. *Styles of Radical Will*. 1ª ed. New York: Picador, 1969. p. 7-38.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada LTDA, 2016. 158 p.

STRECK, Lenio Luiz. Apontamentos Hermenêuticos sobre o Marco Civil Regulatório da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333-346.

THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou Demarcação de Direitos? Democracia, Razoabilidade e as Fendas na Internet do Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: Uma Lei sem Conteúdo Normativo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, 2016.

TRIBE, Laurence H. Soundings and Silences. In: DIXON, Rosalind; STONE, Adrienne (ed.). *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 21-60.

_____. Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence. *Indiana Law Journal*, Indiana, Vol. 57: Iss. 4, Article 1, p. 515-535, Outono, 1982.

Capítulo 9

**NOVOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE LITIGIOS NA
JUSTIÇA DO TRABALHO: A ARBITRAGEM COMO
FORMA DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS
TRABALHISTAS**

Laís Araújo Fernandes da Costa
Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres

NOVOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO: A ARBITRAGEM COMO FORMA DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS

Laís Araújo Fernandes da Costa

Mestranda em Administração das Micro e Pequenas Empresas pelo Centro Universitário Campo Limpo Paulista - UNIFACCAMP; Pós-graduada em Gestão e Docência no Ensino Superior pela Faculdade Novo Horizonte – FNH; Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Novo Horizonte - FNH; Bacharela em Administração de Empresas pela Faculdade José Lacerda Filho de Ciências Aplicadas no Ipojuca - FAJOLCA; Bacharela em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Olinda - IESO; Advogada; Professora Universitária.

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres

Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco UNICAP; Doutorando em Ciências Contábeis e Administração pela FUCAPE Business School; Doutorando em Educação pela Universidad Autonoma de Assunção UAA; Doutorando em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Córdoba UNC; Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista FADIC; Mestre em Ciências da Religião pela Faculdade Unida de Vitória FUV; Mestre em Ciências da Educação pela Universidad Del Sol UNADES; Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad De la Empresa UDE; Tabelião e Oficial de Registro; Professor Universitário.

RESUMO

Nesse momento de efervescência dogmática sobre proposta de reforma trabalhista em face das mais variadas resistências, especialmente em tempos de grave crise política, moral, econômica, desconfiança nas instituições públicas e seus reflexos no mercado de trabalho, esses aspectos só assombram e trazem incertezas as benesses anunciadas na validade e efetividade dos direitos trabalhistas do empregado. Neste estudo consiste a respeito da arbitragem trabalhista, seu panorama atual, a necessidade da aplicação no direito individual do trabalho, a todos os empregados, quebrantando-se o paradigma de que não se poderia utilizar da arbitragem neste particular, ou mesmo limitar-se tal âmbito, apenas para alguns poucos empregados, mostrando-se os desafios para que a arbitragem possa ter ampla utilização no direito do trabalho, propondo-se soluções e

nova visão da arbitragem no que diz respeito ao direito individual do trabalho e nova visão da arbitragem no que diz respeito ao direito individual do trabalho.

PALAVRA-CHAVE: Reforma Trabalhista. Contrato de trabalho. Autonomia. Arbitragem trabalhista.

ABSTRACT

In this moment of dogmatic effervescence about the proposal of labor reform, moral, economic, distrust of public opportunities and their reflexes in the labor market, these questions only haunt and bring uncertainties as benefits. The present study must be applied to the arbitration, its current panorama, is one of the paradigms of the individual use of the work, in the same way, to the contrary, of the same. Scope, ONLY For Some Few Employees, Exhibiting The Challenges That Arbitrage Might Have Ample Utilization Without Labor Law By Proposing Solutions And New View Of Arbitrage Not That It Says Respect To Direct Labor Individual And New View Of Arbitrage Does Not respect to the individual's individual work.

KEYWORDS: Labor Reform. Contract of work. Autonomy. Labor arbitration.

1. INTRODUÇÃO

O tema Reforma Trabalhista e sua Aplicabilidade Arbitral: Princípio da intervenção mínima na autonomia do processo do trabalho vem trazendo relevantes debates no âmbito do Novo Código de Processo Civil, que tem despertado interesses do empregado e a parte empregadora.

Assim o presente trabalho aborda de forma bem direta, os problemas, vantagens, os defensores de tal aplicação da arbitragem na seara do direito individual do trabalho. Outrossim, neste capítulo, explica sobre os meios de solução de litígios no âmbito da justiça do trabalho que trata de possíveis métodos que podem ser solucionados os conflitos no âmbito do contrato trabalhista, necessitando da aplicação no direito individual do trabalho, a todos os empregados, quebrando o paradigma de que não se poderia utilizar da arbitragem neste particular, ou mesmo limitar-se tal âmbito. Mostra os desafios para que a arbitragem possa ter ampla utilização no direito do trabalho.

Dessa forma, trataremos da autonomia do processo do trabalho entendido como o instrumento objetivo para alcançar a aplicação do direito material, alcançando-se, assim, a pacificação dos conflitos que ocorrem na relação trabalhista. Nesta parte, destacamos em ligeiros inscritos sobre a teoria dualista, ao defender a autonomia total do processo do trabalho. Nesse enfoque, o direito processual do trabalho, além de ser autônomo do direito material do trabalho, também ué em face do Direito Processual Civil.

Conforme acentua a doutrina, o processo é entendido como o instrumento por meio do qual a jurisdição é exercida, objetivando-se alcançar a aplicação do direito material, alcançando-se, assim, a pacificação dos conflitos que ocorrem na vida em sociedade.

A CLT apesar de editada em 1943, já previa a nulidade de qualquer ato que objetivasse em fraudar direitos trabalhistas previstos nos artigos 9º, 444 e 468 da CLT. Acontece que o empregado não pode, antes da demissão, no curso do contrato ou após seu término, renunciar seus direitos trabalhistas já anunciados em lei.

No âmbito constitucional, o direito do trabalho tornou mais intenso o caráter de indisponibilidade dos direitos trabalhistas face aos direitos fundamentais ali preconizados, e como tal, se impõem aos cidadãos em suas relações interpessoais em limite à autonomia da vontade de negociar ou renunciar, salvo quando a lei expressamente autorizar.

Diferentemente daqueles direitos criados por meio de contrato de trabalho, regulamento interno de empresa, convenção ou acordo coletivo, isto é, de forma autônoma e privada, em que prevalece a vontade dos contratantes. Embora estes direitos privados sejam aqueles concedidos acima do patamar mínimo da lei, a CLT também impõe limites à sua alteração (art. 468 CLT). Assim, o mesmo não se pode afirmar quanto a renúncia, que será sempre nula, porque causará prejuízo ao empregado.

Não há dúvida, porém, de que os direitos assegurados ao empregado pelas fontes formais do direito do trabalho são irrenunciáveis e não podem constituir objeto de transação, ante o caráter inderrogável da norma que os assegura.

Nesse sentido, lembremos-nos da lição de Evaristo de Moraes Filho (1965, p. 37): “O direito do trabalho é um direito imperativo, que limita deliberadamente a liberdade de contratar, intervindo o Estado naquela esfera (...) da autonomia da vontade, da doutrina liberal, escreve o Estado com sua mão poderosa, a maioria das cláusulas do contrato de trabalho, sendo quase todas de interesse público, irrevogáveis e irrenunciáveis por pactos particulares”.

Assim, procuraremos analisar algumas principais alterações do novo CPC e à sua aplicação ao processo do trabalho. Para tanto, analisaremos, inicialmente, a função integrativa das normas de Direito Processual Civil, as normas de contenção e a compatibilidade.

2. NOVOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

2.1 Arbitragem no direito individual do trabalho

Nesse capítulo trataremos de possíveis métodos que podem ser solucionados os conflitos sociais relativos ao âmbito trabalhista. Nessa ocasião, cabe fazer menção, à autodefesa em que uma das partes impõe a sua vontade, visando solucionar o conflito, à outra parte.

A lei atual de arbitragem é de 1996 e não dispõe sobre arbitragem trabalhista, nem veda o seu cabimento, tal lei ainda esta em vigor no que tange ao direito do trabalho, posto que mudança fora vetada.

É nesse diapasão que a arbitragem exsurge, não apenas como uma das vias alternativas a que antes referi, mas como relevante terreno fértil no campo jurídico e se ver diante de vicissitudes que emergem do judiciário.

Como bem sabemos, a arbitragem é tratada pela Lei nº 9.307/96 como importante instrumento para solução dos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas capazes (art. 1º).

Com efeito, o art. 4º da PL, depois votado e aprovado, trataria da arbitragem sobre o direito individual do trabalho, com a concordância expressa do empregado. Tal cláusula vem trazer a ideia que limitaria tal aplicação ao empregado que ocupa ou venha ocupar cargo ou função de administrador ou diretor estatutário (diretor empregado) e terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com ela.

Com efeito, recentemente fora vetado, sendo as razões de tal veto no sentido de não ser respeitada a igualdade entre os empregados, assim, tal veto não prejudicou tal trabalho, ao revés, veio ao encontro de que a arbitragem trabalhista deve ser mesmo estendida a todos os empregados, e não apenas a alguns.

Para Ferreira (2016, p. 74-75) seria um retrocesso, porque traria a desigualdade os empregados, fato que concordo e defendo, porque realmente poderia ser um óbice, iria ter corrente de doutrinadores que iria defender que a lei fora clara e que só se aplicaria aos empregados dentro de alto escalão e aos que mais precisão ela não seria aplicada, essa forma salvou a aplicação a todos os empregados indistintamente.

Assim, tanto a irrenunciabilidade, as indisponibilidades e a cogência de certos direitos trabalhistas só se podem notar e serem defendidos, na Constância do pacto laboral, depois dele não há mais razão para tanta e absurda negação e criação de dificuldades para a aplicação da arbitragem.

Conforme Vólia Cassar (2017, p. 16), reforça que no art. 1º da Lei nº 9.307/96, prescreve que a arbitragem só pode ser utilizada para dirimir conflitos cujos direitos sejam de natureza patrimonial disponível, cujo teor não ocorre com a maioria das lides individuais trabalhistas, vez que os direitos trabalhistas estão apontados na legislação.

Sabe-se que os árbitros fazem o papel de juiz de direito e de fato (art. 18, da Lei nº 9.307/96), eles são escolhidos pelas partes, sempre em número ímpar (art.13, §1º), a sentença que proferir tem o mesmo efeito que um título executivo judicial (art. 31), tendo sido esta modalidade de resolução de conflitos pactuada pelas próprias partes. Esse pacto chama-se cláusula compromissória, em que voluntariamente as partes avençam que eventuais conflitos deverão ser solucionados por meio da arbitragem, tais quais sejam patrimoniais e disponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/96).

Lembrando que se tratando de uma opção realizada pelos contratantes, a exclusão da lide da apreciação do judiciário não afronta à garantia de acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88).

É por esse sentimento, que percebemos a liberdade na autonomia da vontade, sendo o fio condutor de todo ajuste de arbitragem, e que nesse sentido espraia dúvidas no liame empregatício em face de constante vulnerabilidade das garantias do direito trabalhista. Na prática, o que se vê é profissional percebendo salário acima do teto, fecha os olhos para o medo do desemprego, facilmente se submetem às cláusulas impostas pelo patrão como mero contrato de adesão.

2.2 Os limites impostos à negociação coletiva

Não por acaso, até pouco tempo atrás, os órgãos de primeiro grau de justiça do trabalho, chamavam-se de Juntas de Conciliação e Julgamento, só julgava se fracassasse a conciliação.

Atualmente, a negociação entre empregado e patrão se desenvolve nas Varas do Trabalho, quando do ajuizamento da reclamatória trabalhista pelo empregado. No momento processual da conciliação, os supostos direitos irrenunciáveis, inegociáveis,

indisponíveis, etc. desnudam dessas características e passam a constituir um objeto de acordo, é na maioria das vezes confortável ao empregador.

Para Arion Romita (2017, p. 29):

Os direitos do trabalhador só são indisponíveis na empresa enquanto da existência do contrato, depois disso, tornam-se negociáveis. No momento atual, a negociação nas Varas do Trabalho se processa com a atuação exclusiva do empregado e do empregador, ambos com a assistência dos respectivos advogados (ansioso pela celebração do acordo) e sob as vistas do magistrado (também ansioso pela ultimização do ajuste entre as partes para por fim ao processo). Não há participação do sindicato.

Na realidade prática, a indisponibilidade dos direitos é noção própria de um passado longínquo. A Carta Magna de 1988 já modificou tais direitos em negociáveis, jamais foram tidos por indisponíveis, praticamente como objeto de transação judicial. Segundo a Constituição, os direitos que constituírem objeto da negociação coletiva serão estes indisponíveis em grau individual e só mediante uma modificação de negociação no processo poderão ser suprimidos, ampliados ou negociados.

Ante o exposto, Romita (2017, p. 34), deduz-se a existência de duas teorias que buscam justificar a indisponibilidade dos direitos do empregado em sede individual:

- a) subjetivista, que a justifica com fundamento no estado de sujeição do empregado em face do empregador, que impede a livre-disponibilidade dos direitos;
- b) objetividade, que sublinha a particular relevância dos valores e bens subtraídos à disponibilidade do empregado, mediante a avaliação de prioridade relevante mais para a coletividade em geral do que para o próprio empregado.

Arion Romita explica ainda que, a primeira teoria pode ser hoje tida por arcaica e ultrapassada, de certa forma, ela não convence. À inderrogabilidade da norma não corresponde automaticamente a indisponibilidade absoluta dos direitos. Por isso, são válidos os atos de disposição praticados após a cessação do contrato de trabalho (Ferraro, 1992 *apud* ROMITA, 2017, p. 34).

O contrario disso, seria nula a transação realizada em juízo (conciliação ou acordo de que cuidam os arts. 764, 846 e 831, parágrafo único, da CLT):

- Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.
- Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.
- Art. 831 - A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecurável, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.

A conciliação traz vantagens para ambos os contendores, que assim evitam a área judicial.

Quanto à indisponibilidade absoluta e relativa, no primeiro caso, os direitos seriam absolutamente indisponíveis, vale dizer, não se admite, em hipótese alguma, que possam eles ser negociados. Já no segundo caso, a renúncia seria válida, porque sobre os direitos poderia ser exercido, em determinadas hipóteses, a indisponibilidade do trabalhador.

A disponibilidade dos direitos dos trabalhadores por meio da negociação coletiva encontra limite nos direitos fundamentais dos trabalhadores. Para Arion Romita, lista alguns direitos que não podem ser negociados, como a honra, o respeito à intimidade, o direito aos repousos, o direito ao salário mínimo, o direito de greve, etc., são, em resumo, aqueles direitos que a doutrina denomina os ‘mínimos de direito necessário’ (ROMITA, 2017, p. 39).

Os direitos fundamentais dos trabalhadores (direitos indisponíveis em caráter absoluto, insuscetíveis de renúncia mesmo em sede coletiva, são:

- direitos da personalidade;
- liberdade ideológica, expressão e de informação;
- igualdade de oportunidade e de tratamento;
- igualdade de oportunidades e de tratamento;
- não discriminação;
- Idade mínima de admissão ao emprego;
- salário mínimo;
- saúde e segurança do trabalho;
- proteção contra a despedida injustificada;
- direito ao repouso;
- direito a sindicalização;
- direito a negociação coletiva;
- direito de greve; e
- direito ao ambiente de trabalho saudável.

A norma coletiva não pode, sob pena negar ao empregado o direito à aquisição de qualquer desses direitos. Esses direitos devem ser considerados pelo Estado Democrático de Direito e pela sociedade que se quer justa e solidária.

3. AUTONOMIA DO PROCESSO DO TRABALHO

3.1 Pacificação dos conflitos trabalhistas

O exame da autonomia no processo do trabalho envolve aspectos controvertidos na doutrina, com reflexos na jurisprudência. Trata-se de questão relevante não apenas em termos científicos, mas também com desdobramentos no próprio exercício da jurisdição.

Quanto a isso, a tomada de posição a respeito da matéria permite tirar a indicação de algumas perspectivas e sugestões, no sentido de que o processo do trabalho alcance os objetivos e resultados esperados pela sociedade.

No âmbito das relações coletivas de trabalho, a greve é destacada justamente como forma de pressão para que as reivindicações interesses dos trabalhadores sejam alcançados. Trata-se de direito exercido coletivamente, atualmente reconhecido como de natureza fundamental.

Integra um dos pilares do Direito do Trabalho, como registra na doutrina de Maria do Rosário Palma Ramalho (2000, p. 708) juntamente com a negociação coletiva de trabalho e o contrato de trabalho, caracterizado pela subordinação.

Diz-se de que a autocomposição, constitui linha estrutural do direito do trabalho na atualidade e que a negociação coletiva de trabalho é entendida como a principal e mais adequada forma de solução dos conflitos coletivos de trabalho.

No exercício da autonomia privada coletiva, os doutrinadores celebram os instrumentos normativos negociados, os quais apresentam não apenas eficácia obrigacional, mas também normativa, ao se aplicar aos contratos individuais abrangidos pelos grupos ali representados.

Mostram que no âmbito das relações individuais de trabalho, torna-se possível a pacificação dos conflitos através de formas voltadas à autocomposição, em que as próprias partes alcançam a melhor solução a questão discutida.

Para Garcia (2013, p. 169), a heterocomposição, por sua vez, refere-se a solução do conflito por meio de decisão imposta por um terceiro.

Este argumento, sobre a arbitragem, não tem sido aplicada com frequência no Brasil, embora exista previsão constitucional expressa no que se refere a sua compatibilidade em face das relações e dos conflitos coletivos de trabalho.

Mesmo na esfera infraconstitucional, a diplomas legais, inclusive relativos ao direito do trabalho, e que a arbitragem é expressamente admitida. Nesse sentido, pode-se

fazer menção a lei orgânica do Ministério Público da União, ao tratar das atribuições do Ministério Público do Trabalho (art. 83, XI, da LC 75/1993), bem como a lei 10. 101/ 2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa (art. 4º, II e §1º, da Lei 10.101/2000) (GARCIA, 2013, p.169).

Relativamente à autonomia do processo do trabalho, cabe aqui frisar que a jurisdição, entendida como poder, função e atividade estatal, voltada a pacificação social, também pode ser exercida no que se refere aos conflitos trabalhistas.

3.2 Notas relativas da evolução do processo

Para que se examine a questão da autonomia do processo do trabalho, é relevante, primeiramente, compreender o seu objeto de alcance.

Conforme acentua a doutrina, o processo é entendido como o instrumento por meio do qual a jurisdição é exercida, objetivando-se alcançar a aplicação do direito material, alcançando-se, assim, a pacificação dos conflitos que ocorrem na vida em sociedade.

Nesse sentido, a doutrina voltada a teoria geral do processo faz menção primeiramente, a ideia de processo como contrato o negócio jurídico, em que as partes firmaram um pacto concordando com a instauração daquele, conforme se observa no Direito Romano.

A teoria contratual, não, mas é admitida, conforme demonstra Oscar Bulow, em sua teoria da relação jurídica processual, a qual não se confunde com aquela de natureza material (DINAMARCO, 2001, p. 30).

Com isso, ficou claro que o ajuizamento da ação faz surgir relação jurídica diferenciada, de natureza pública, envolvendo o Estado-juiz, bem como as partes processuais tendo como objetivo decidir se a respeito da pretensão formulada.

Reforça ainda Dinamarco (2001, p. 30-35) que o Direito Processual, assim, não se confunde com o direito material, embora outras teorias também tenham sido desenvolvidas, o aspecto estrutural, voltado a distinção da teoria da relação jurídica processual em face daquela de natureza material, é mantida, como se verifica em Goldschmid, ao destacar a diferença entre ônus e obrigações no processo (CINTRA, 1995, p. 287-292).

Quis dizer que esta fusão de diferentes posicionamentos do processo, este não era entendido de forma autônoma quanto ao Direito do material, uma vez que a relação jurídica de Direito Processual é distinta da relação material, externa ao processo.

Destaca, o sentido de que o processo, embora autônomo do Direito material, não é um fim em si mesmo, mas deve ser utilizado como instrumento para aplicação do Direito substancial, de modo a se alcançar, assim, a pacificação social com justiça.

Como se nota, o que é enfatizado pela doutrina atual, aperfeiçoa-se o enfoque do processo como instrumento de 'acesso a ordem jurídica justa'.

3.2.1 Abrangência do Direito Processual do trabalho

O direito processual do trabalho, o qual estabelece a disciplina do processo do trabalho, é o conjunto de princípios, regras e instituições, o qual tem como objetivo regular a atividade dos órgãos jurisdicionais, voltada a solução de dissídios individuais e coletivos pertinentes às relações de trabalho.

O processo do trabalho, assim, é um instrumento da jurisdição, em que seu exercício voltado aos conflitos trabalhistas, de natureza individual e coletiva.

Sua abrangência se estende não apenas aos conflitos decorrentes da relação de emprego, como as outras relações de trabalho, conforme previsão legal e constitucional.

Cabe ainda ressaltar que o processo do trabalho, além de disciplinado pelo direito processual do trabalho, é aquele aplicado nos órgãos que integram a justiça do trabalho, no exercício de sua jurisdição, delimitada pela Constituição e pelas leis, ao estabelecer a sua competência.

O que queremos dizer é que nem sempre as partes em conflito alcançam a pacificação apenas com a incidência do direito material, passando a controvérsia a ser objeto de ação e processos judiciais, visando-se a obtenção de decisão que aplica e o referido direito material.

O processo do trabalho é ele quem regula a atividade estatal de pacificação jurisdicional dos conflitos, pois possui natureza de direito público.

Conforme reforça Garcia (2013, p. 172) diz que o direito do trabalho, ao incidir no campo das relações individuais e coletivas do trabalho, está situado na esfera material do ordenamento jurídico. O direito processual do trabalho deve ter como objetivo a

adequada aplicação dos preceitos jurídicos materiais, em consonância com seus princípios e valores, com destaque justamente as normas de direito material do trabalho.

Mesmo porque, a titularidade de direitos não tem sentido quando não há mecanismos adequados para sua efetiva proteção. Com isso, entende-se que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos.

Considerando-se as observações acima, cabe registrar a controvérsia relativa a autonomia do processo do trabalho, especialmente em seu aspecto científico (MARTINS, 2013, p. 22). De acordo com a teoria monista, o direito processual do trabalho é uno, de modo que o processo do trabalho é parte dele integrante, não tendo, assim, autonomia.

Nesse enfoque, para alguns doutrinadores, o processo do trabalho não é considerado autônomo do processo civil, mesmo porque os institutos básicos são os mesmos.

Em linha oposta, Garcia (2013, p. 174) explica que as teorias dualistas sustentam a autonomia do processo do trabalho, no entanto, corrente que defende ser ela relativa.

Entretanto, esse aspecto não afasta a autonomia do processo do trabalho, bem como do ramo do Direito que o disciplina. Tanto é assim que no Direito material do trabalho, de acordo com o artigo 8º, parágrafo único, da CLT, o direito comum é fonte subsidiária, ou seja, aplicável, havendo omissão daquele, desde que exista compatibilidade com os seus princípios fundamentais. Ainda sim, é atualmente Pacífico que o direito do trabalho é ramo autônomo do Direito, não estando mais inserido no direito civil, mesmo porque apresenta a matéria vasta e diferenciada, aspectos peculiares e princípios próprios (NASCIMENTO, 2009, p. 87-89).

Portanto, cabe aqui destacar a teoria dualista, ao defender a autonomia total do processo do trabalho. Nesse enfoque, o direito processual do trabalho, além de ser autônomo do direito material do trabalho, também é em face do Direito Processual Civil.

Conforme Garcia (2013, p. 174), a autonomia do processo do trabalho, aqui defendida, não significa o seu completo isolamento em face dos demais ramos do direito. Como já salientado, o direito processual do trabalho, em seu aspecto instrumental, deve conferir efetividade às normas de direito material, com destaque aquelas de natureza trabalhista, de modo que o processo cumpra o seu papel de assegurar a aplicação justa da ordem jurídica, em consonância com os preceitos constitucionais.

Da mesma forma, o direito processual do trabalho mantém relação com diversos outros ramos do direito, como o constitucional, processual civil e entre outros. Apesar

disso, o processo do trabalho apresenta autonomia. Logo, fica confirmada a mencionada autonomia do processo do trabalho, inclusive por estar voltado a valores próprios, o que justifica as suas peculiaridades em face do processo comum.

Diante dessa perspectiva do processo do trabalho, a autonomia do processo do trabalho, aqui defendida e demonstrada, não o torna imune a problemas e críticas.

Reconhece-se que, na atualidade, da tutela jurisdicional deve ser célere e efetiva (art. 5º LXXVII, da CF/88), e solucionar o conflito com justiça, aspectos estes que também devem ser alcançados pelo processo do trabalho.

Entretanto, observam-se, diversos pontos críticos relacionados ao processo do laboral, com destaque a necessidade de formas legislativas, mesmo porque o processo civil, por exemplo, no que se refere à execução, passou a adotar dispositivos que permitem a maior efetividade da decisão judicial, o que não foi acompanhado pela legislação processual trabalhista (GARCIA, 2013, p. 178).

Mas, o que deveria acontecer de fato, era o esforço do Ministério Público do Trabalho (MPT) com o fim de atender uma de suas funções primordiais, que deveria ser de árbitro, assim, trago a lição do douto membro do MPT, com isso diz Rildo Albuquerque Mousinho de Brito:

Para tanto, é necessário que esse seja a arbitragem como uma das prioridades institucionais, em um trabalho coordenado, estruturado e apto a levar a sociedade mais Esse instrumento poderoso de Solução de Conflitos Trabalhistas.

Dessa forma, o MPT teria mais um desafio e mais uma solução para que seja aplicada a arbitragem trabalhista no âmbito do direito individual do trabalho também.

Ainda como proposta para a efetividade da tutela jurisdicional decorrente dos direitos metaindividuais, bem como a possibilidade de reflexão no que tange a especialização de varas do trabalho e turmas de tribunais, em face do alargamento da competência trabalhista, decorrente da EC 45/ 2004, cujas repercussões ainda não estão devidamente definidas pela doutrina e pela jurisprudência.

33. Repensando a arbitragem no direito individual do trabalho

Sobre o aspecto de repensar a arbitragem, podemos dizer que os problemas são vários Assim como as respostas também. Podemos unir os dois, primeiramente se utilizando das vantagens da arbitragem, mitigando alguns de seus procedimentos, porque

não seriam bem vindos a ceara do Direito do Trabalho por muitos. Com estes desafios e propostas e soluções possíveis se chegaria a um denominador comum.

Neste último tópico, devemos trazer, de forma bem objetiva, os problemas e as vantagens, bem como os Defensores de tal aplicação da arbitragem na Seara do direito individual do trabalho.

Sabemos que nessa Seara da arbitragem no direito do trabalho, alguns juristas defendem tal ideia, algumas já existentes, outras carentes de retomadas ou melhorados que devem ser pensadas com cautela.

Em primeiro ponto, devemos defender a arbitragem como deve ser para todos os empregados, indistintamente, talvez este deva ser mais prestigiado.

Mas o veto deixou tal aplicação mais uniforme, ou se aplica a todas ou a nenhum, manteve a celeuma existente, embora deixasse de criar outra que poderia ser a tese que eles teriam que não se aplicaria todos, mas somente aos altos executivos.

Levantando a bandeira da arbitragem no direito individual do trabalho, Luiz Antônio Scavone Junior (2011, p. 39-42), argumenta que:

Já é tempo de confiar na independência e na maturidade do trabalhador brasileiro, mesmo dos mais humildes, Principalmente quando da sua vontade tem o reforço da atividade sindical, da negociação coletiva, do Ministério Público, inclusive pode ser árbitro Nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho - artigo 83, XI, da LC nº 75/ 93. A relutância em admitir a arbitragem em conflitos individuais de trabalho em uma prevenção injustificada que merece urgente revisão. Não se pode impedir que o empregado, através de manifestação de vontade e isenta de vício ou de coação, opte por mês mais célere, rápido e eficiente de solução do conflito do que a jurisdição do Estado.

Reforçando ainda, apontamos também Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2012, p. 69), este Cita alguma jurisprudência do TST e retira afogamento da arbitragem no direito individual do trabalho como princípio de mudanças.

Para Ferreira (2016, p. 80) é um conhecedor do assunto de que a arbitragem possuem suas vantagens quando o assunto é na seara trabalhista. A vantagem é poder escolher o árbitro, A Lei e o procedimento, no caso da arbitragem trabalhista, muitas vezes, não se poderão excluir certos direitos provenientes de legislações, entretanto, as mudanças e as nuances para que arbitragem possa se adequar ao direito individual do trabalho e vice-versa ficaram com desafios.

Inclusive, certo paradigma sobre os altos custos dos honorários dos árbitros e da falta de publicidade pode ser relevados e repensados, a fim de que a arbitragem nos litígios trabalhistas seja mais prestigiada e alcançada.

O judiciário trabalhista está afogado de processos, os juízes reclamam dos processos e que não tem tempo nem paciência para tantos, ao ponto de muitas vezes nem olhar no rosto do empregado, homologar acordos sem nem perguntar se o empregado aceita, dentre outros problemas.

Assim, o desafio pela arbitragem na seara trabalhista, vai desafogar e irá abrir nova porta ao empregado e até para os pequenos patrões.

Para Ferreira (2016, p. 81), apoia novas ideias e paradigmas, mostra que a arbitragem trabalhista não é algo novo, pois existe desde os primórdios. Outrossim, há sindicatos e o MPT, e pode-se usar das CCPs (Comissões de Conciliação Prévia). Reforça ainda, que até mesmo a justiça do trabalho pode instituir uma fase arbitral, com árbitros, e não só com conciliadores, que ou são juízes de direito ou são funcionários, todos ligados ao Estado, não é disso que se está a defender a fase arbitral, sendo que a fase judicial ficaria sendo a exceção, e não a regra.

Portanto, trata-se com efeito de começar com a mediação, conciliação e depois arbitragem. Tem-se que quebrar alguns paradigmas, trazer novas ideias, novos moldes para o direito individual do trabalho com a finalidade da aplicação da arbitragem, sem perder a característica menos custosa e com celeridade para receberem os valores de seus direitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito tempo atrás nos deparamos com a presença de uma concepção autoritária do Direito do Trabalho, o que foi a lei do patrão, depois veio a lei do Estado e que no pretérito seremos a lei da Autonomia negocial coletiva.

Das três etapas, só percorremos as duas primeiras, inicialmente a lei do patrão, em seguida a Lei intervencionista estatal, na qual esta não nos libertou.

A autonomia do processo do trabalho, apesar de controvertida, é de extrema relevância, pois permite que se insira a própria jurisdição trabalhista no contexto das formas de solução dos conflitos laborais.

A destacada autonomia do processo do trabalho, entretanto, não impede a existência de problemas e críticas, as quais revelam a necessidade de aprimoramento e adequação de suas normas, bem como da forma de sua aplicação.

Não se pode dizer que, entre nós, vigora a lei da negociação coletiva. A autonomia negocial coletiva não encontra espaço para manifestar-se, ante a minuciosa rígida legislação, a partir da própria Constituição, sujeita a limitação imposta pela jurisprudência dos tribunais do trabalho.

Outrossim, o que se pode concluir deste estudo é que os desafios são muitos e as soluções também.

O desafio maior é a aplicar a arbitragem a todos os empregados, Com certas mudanças neste Instituto para ser a mão dar ao direito individual do trabalho, para que possa utilizar-se da arbitragem de forma mais célere, mais segura e mais vantajosa, bem como menos custosa.

Com o advento da CLT e a justiça do trabalho, a arbitragem foi quase que banida sobre o argumento da irrenunciabilidade e da indisponibilidade, não são algo intransponível e se aplicaria, mas na constância do contrato individual de trabalho do que no término ou mesmo depois disso. Não há mais motivos para que ele não seja utilizado a arbitragem na seara do direito individual do trabalho.

As CCPs, os sindicatos, o MPT, escritórios modelos, aqueles existentes em alguma faculdade, Por que não a própria Justiça do Trabalho, como fazer mesmo antes de se tornar Justiça mesmo, expandiram as ideias e as soluções.

Enfim, buscamos apresentar, através do presente estudo, as inovações principais do novo CPC, fazer encaixar a arbitragem no direito do trabalho, com árbitros responsáveis e certos e seus papéis sociais também, e as mudanças no Instituto da arbitragem para que possa ser mais realista, menos gostosa e mais presente na vida destes empregados, são desafios que permanecem.

REFERENCIAS

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

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. **Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro, de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e da outras providencias;** e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa

de prestação de serviços a terceiros. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l113467.htm>. Acesso
29 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº. 5452/1943 – **Consolidação das Leis do Trabalho**.

BRITO, Rildo A. M. de. **Mediação e arbitragem de conflitos no Brasil e no Canadá**. São Paulo: LTr, 2010.

CASSAR, Vólia B. A reforma trabalhista e a autonomia da vontade do empregado. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister. Nº 79 Jul./ago. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de A. *et. al.* **Teoria geral do processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CUNHA, Piazza M.; GUERRA, Roberta F. Desemprego, flexibilização e o direito do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 137, jan./mar., 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Goldinho. **Curso de direito do trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, vl. I, 2001.

FERREIRA, Adalberto Jacob. Arbitragem no Direito individual do trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, nº 72, 2016.

FINCATO, Denise; FELTEN, Marcia C. Reforma trabalhista: contribuição sindical facultativo e futuro dos sindicatos no Brasil. **Revista Magister de Direito de Trabalho**. Porto Alegre: Magister, nº 81, Nov./dez., 2017.

GARCIA, Gustavo F. B. Considerações sobre a autonomia do processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, nº 153, set./out., 2013.

GUILHERME, Luiz F. V. A. **Manual de arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual civil do trabalho**, 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Tratado elementar de direito do trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEDUZZI, Maria C. I. Em algumas circunstancias, deveria ser relevante a vontade do trabalhador na alteração do contrato: É adequada a atual diretriz do art. 468 da CLT de inquirir de nulidade qualquer alteração prejudicial ao empregado? **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister. Nº 77 mar./abr. 2017

RAMALHO, M^a. do Rosário P. **Autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almeida, 2000.

RIBEIRO, Luiz A. P.; VILLATORE, Marcos A. C. A arrematação no novo código de processo civil e sua aplicabilidade no processo do trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister. Nº 78 maio./jun. 2017.

ROBORTELLA, Luiz Carlos A. autonomia da vontade em debate. Exagero intervencionista nas relações de trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, nº 78, maio/jun., 2017.

ROMITA, Arion S. Inderrogabilidade da norma e indisponibilidade de direitos em face da negociação coletiva: Limites impostos pelos direitos fundamentais. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister. Nº 79 Jul./ago. 2017.

SCAVONE JR., Luiz A. **Manual de arbitragem**. 4.ed. São Paulo: RT, 2011.

Capítulo 10

**INCONSTITUCIONALIDADE NA LEI 13.846/2019 E
HISTORICIDADE DA APOSENTADORIA: OS
IMPACTOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA**

*Laís Araújo Fernandes da Costa
Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres*

INCONSTITUCIONALIDADE NA LEI 13.846/2019 E HISTORICIDADE DA APOSENTADORIA: OS IMPACTOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Laís Araújo Fernandes da Costa

Mestranda em Administração das Micro e Pequenas Empresas pelo Centro Universitário Campo Limpo Paulista - UNIFACCAMP; Pós-graduada em Gestão e Docência no Ensino Superior pela Faculdade Novo Horizonte – FNH; Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Novo Horizonte - FNH; Bacharela em Administração de Empresas pela Faculdade José Lacerda Filho de Ciências Aplicadas no Ipojuca - FAJOLCA; Bacharela em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Olinda - IESO; Advogada; Professora Universitária.

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres

Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco UNICAP; Doutorando em Ciências Contábeis e Administração pela FUCAPE Business School; Doutorando em Educação pela Universidad Autonoma de Assunção UAA; Doutorando em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Córdoba UNC; Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista FADIC; Mestre em Ciências da Religião pela Faculdade Unida de Vitoria FUV; Mestre em Ciências da Educação pela Universidad Del Sol UNADES; Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad De la Empresa UDE; Tabelião e Oficial de Registro; Professor Universitário.

RESUMO

O Presente artigo pretende analisar frente a recente proposta de reforma previdenciária, em contrapartida com os direitos adquiridos dando ênfase aos importantes princípios norteadores da previdência social, como o exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, que visa uma vida digna para o cidadão. O estudo em tela busca-se averiguar as mudanças que a reforma previdenciária traz para o direito e seus reflexos na sociedade. Até que ponto o “direito” foi restringido ou não frente às mudanças propostas pelo atual governo com foco em pontos como o aumento na idade e no tempo de contribuição. Para tanto se faz necessário um breve apanhado histórico da origem dos direitos previdenciários até os dias atuais. Iniciando como se chegou ao seu conceito e consolidação. Veremos também através dos princípios norteadores se as mudanças ora proposta pela reforma previdenciária, até onde sua abrangência viola ou não o direito normativo vigente. A pesquisa se deu de uma forma metodológica referencial

bibliográfica, por meio de livros, artigos e obras que versam a respeito da temática e da legislação brasileira em vigor.

Palavras Chaves: Direito Civil; Aposentadoria; Proteção do Direito.

ABSTRACT

This article intends to analyze the recent proposal of social security reform, in contrast to the acquired rights emphasizing the important guiding principles of social security, as the example of the principle of the dignity of the human person, which aims at a dignified life for the citizen. The present study seeks to investigate the changes that social security reform brings to the law and its effects on society. To what extent has the “right” been restricted or not in the face of changes proposed by the current government with a focus on issues such as increasing age and time spent contributing. This requires a brief history of the origin of social security rights to the present day. Starting as it came to its concept and consolidation. We will also see through the guiding principles whether the changes now proposed by the pension reform, as far as their scope violates or not the current normative law. The research took place in a bibliographical referential methodological way, through books, articles and works that deal with the theme and the Brazilian legislation in force.

Keywords: Civil Law; Retirement; Protection of the Law.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista que prescinde do direito civil determinar como as pessoas devem se relacionar e agir e em sociedade, a presente pesquisa analisa como se dará a proposta da reforma da previdência a cerca do aumento da idade e do tempo de contribuição requisitos para aposentadoria, dentre outros partindo do ponto que os mesmos vislumbram direitos adquiridos amparados também pela normativa vigente. Uma vez que tal fato regula a forma como o cidadão irá suprir seu sustendo na época de sua velhice no convívio social.

Partindo do pressuposto que o direito civil regula os direitos e obrigações, o estudo analisará como as modificações supracitadas, refletem para o cidadão uma vez que o benefício previdenciário, busca assegurar meios de suprir necessidades econômicas, para manter condições dignas de vida do cidadão em sociedade.

A aposentadoria e seus subitens (por invalidez, por idade, especial, por contribuição), consistem em benefício previdenciário, onde o requerente terá que preencher critérios específicos para sua obtenção, tais como o tempo mínimo de contribuição, idade, caso a requisição seja de aposentadoria por tempo de serviço, ou aposentadoria especial para os que trabalham em condições insalubres. A pesquisa

delineia em especial pelos critérios do aumento da idade e do tempo de contribuição. Conforme a legislação que a regulamenta, a aposentadoria garante ao beneficiário a proteção à vida (<https://www.jornalcontabil.com.br/aposentadoria-por-idade-por-invalidade-por-tempo-de-servico-e-especial-as-dificuldades-para-quem-tem-o-direito/>).

Conforme mencionado a presente análise chama a atenção acerca do aumento na idade e no tempo de contribuição que são requisitos que restringem ainda mais o requerente na obtenção da aposentadoria. Sendo mais uma ferramenta de linguagem simples e direta sobre o assunto abordado.

Ressalta-se a importância de Políticas Públicas que não violem esses preceitos como ocorreu a exemplo da França ao ser elevado a idade para aposentar-se ao invés de procurar incentivos para esse cidadão prolongar sua permanência no mercado de forma opcional.

Será apresentada breve evolução no decorrer dos anos da seguridade social, suas mudanças até se chegar ao conceito e situação atual. Encontraremos na normatização vigente, subsídios concretos para proteção deste direito, alternativas dentro do direito que não seja necessário depreciar um direito indispensável e já tão defasado.

Por fim, entraremos na análise de que o contribuinte em geral passa mais tempo efetivamente contribuindo, do que usufruindo da previdência social ao se aposentar, tomando como base a expectativa de vida do cidadão brasileiro. E pugnaremos pela proteção a aposentadoria de uma forma que prevaleça os requisitos legais e Constitucionais que a ampara.

2 CONCEITO E HISTORICIDADE DA APOSENTADORIA EM CONJUNTO COM A NORMATIVA

Para um melhor entendimento da pesquisa, é de grande importância iniciar o estudo com o conceito atual normatizado na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 - (CF/88) do que se entende por aposentadoria, vejamos:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é **assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (grifo nosso)

Assim bem como prever o Art. 201 CF/98:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Extraindo daí o que consiste como conceito atual de aposentadoria, segundo dicionário eletrônico Wikipédia, a enciclopédia livre “O termo aposentadoria ou reforma refere-se ao afastamento remunerado que um trabalhador faz de suas atividades após cumprir com uma série de requisitos estabelecidos em cada país, a fim de ele possa gozar dos benefícios de uma previdência social e/ou privada. É um objeto de estudo do direito previdenciário”.

2.1 Breve histórico da previdência no Brasil aos dias atuais

Partindo de início com o conceito atual de direito previdenciário para posterior e breve análise histórica permeando sua origem e consolidação. A seguridade social ou segurança social consiste num conjunto de políticas sociais cujo fim é amparar e assistir o cidadão e a sua família em situações como a velhice, a doença e o desemprego.

O conceito de direito previdenciário, abrange as áreas da saúde, previdência e assistência social, com previsão legal no capítulo II da Constituição Federal, art. 194, onde diz que a gestão administrativa da seguridade social é quadripartite, ou seja, dos trabalhadores, empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados. Assim bem como do art 1º da Lei nº 8.212, de 24 de Julho de 1991. Vejamos:

Art. 1º

A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social.

Ressalta-se com isso que o direito previdenciário é apenas um dos direitos que abrange a Seguridade Social. Ramo do direito público direcionado para o estudo e a regulamentação da seguridade social. Uma vez que possui nos seus estudos métodos, princípios, leis específicas. Seu objeto delimita-se na disciplina a Previdência Social, regulamentando a relação jurídica de beneficiário, além da relação jurídica da previdência complementar.

As diretrizes, princípios e regras gerais deste ramo do direito estão previstos conforme supracitado na Constituição Federal, no capítulo denominado “Da Seguridade Social”, a partir do artigo 194 a 204.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos **aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Nova redação dada pela EC 20/98)**

Outras leis esparsas também regulamentam a matéria, notadamente a Lei nº 8.212, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, a Lei nº 8.213, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e o Decreto nº 3.048/1999, que regulamenta a Previdência Social.

Como já mencionado o direito previdenciário é um ramo do direito público, surgido da conquista dos direitos sociais no fim do século XIX e início do século XX. Seguimos assim para uma breve análise histórica. Na Alemanha do fim do século XIX surgiram os resquícios do que é hoje a Seguridade Social. Em 1883, é instituído o seguro-doença; em 1884, cria-se o seguro acidente de trabalho; em 1889, o seguro de invalidez e velhice. Wikipédia, a enciclopédia livre.

No Brasil os primeiros indícios, em relação à Previdência Social ocorreram no séc. XIX, antes da independência, quando Dom Pedro I, ainda príncipe regente logrou

uma carta de lei que concedia aos professores régios, com 30 anos de serviço, uma aposentadoria. Na época a aposentadoria era denominada jubilação (aposentadoria de indivíduo que exerceu o magistério ou cargo público), quem optasse por permanecer no trabalho receberia um abono de 25% em sua folha de pagamento.

Finalmente em 24 de janeiro de 1923, com a chegada da Lei Eloy Chaves, onde se criou um caixa de aposentadorias e pensões para cada uma das empresas ferroviárias, contemplando os benefícios de aposentadoria por invalidez, aposentadoria ordinária (atualmente chamada de aposentadoria por tempo de contribuição), pensão por morte, bem como o benefício de assistência médica, todos eles custeadas por contribuições do Estado, dos empregadores e dos trabalhadores. É considerado aí o ponto de partida da Previdência Social Brasileira. Com isso outras empresas foram autorizadas a construir um fundo de amparo aos trabalhadores.

A Lei Eloy Chaves, estabelecida pelo Decreto Legislativo 4.682/1923, embora não tenha sido a primeira norma jurídica brasileira sobre matéria previdenciária, o dia 24/01/1923 - data de publicação da Lei Eloy Chaves - ainda hoje é comemorada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como a data de aniversário da Previdência Social brasileira. O direito previdenciário tem sua origem atrelada aos direitos trabalhistas que se originam através de diversas lutas pela população vigente.

A partir daí chegamos ao entendimento do real conceito de direito previdenciário e sua abrangência.

2.2 Princípios Norteadores

Princípio é o alicerce — o fundamento — de um sistema. Por meio dele, o sistema é desenvolvido e interpretado. A Lei nº 8.212, de 24 de Julho de 1991. em seu art. 1º Parágrafo único elenca:

- Parágrafo único. A Seguridade Social obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:
- a) universalidade da cobertura e do atendimento;
 - b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
 - c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
 - d) irredutibilidade do valor dos benefícios;
 - e) equidade na forma de participação no custeio;
 - f) diversidade da base de financiamento;
 - g) caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

Os quais orientam tanto o legislador na elaboração das leis, como o aplicador da lei na sua interpretação.

Como já mencionado, o direito previdenciário é autônomo justamente porque conta com princípios e regras próprias. O autor Wladimir Novaes Martinez em seu livro *Princípios de Direito Previdenciário* faz uma listagem dos mesmos e os divide em três categorias: princípios fundamentais, básicos e técnicos.

Os princípios fundamentais são aqueles que fundamentam o direito previdenciário brasileiro, sendo considerados difusos e, também, ideais. Já os básicos são aqueles genéricos e os técnicos são considerados por ele palpáveis em seus limites e eficácia.

Seguimos com os principais princípios apontados pelo autor:

Princípio da Solidariedade Social

Este pode ser considerado o princípio mais importante do direito previdenciário brasileiro, na medida em que é o responsável por orientar toda a Ordem Social da Constituição, de modo que os demais princípios giram em torno dele.

A idéia de solidariedade no direito previdenciário indica que todos são responsáveis pelo sistema previdenciário, tanto o Estado quanto a sociedade, pois ambos devem contribuir em prol do bem comum.

Nesse contexto, ainda que um cidadão não usufrua dos benefícios da Seguridade Social, ele precisa contribuir para garantir que a população como um todo tenha acesso às prestações e aos serviços necessários. Em razão disso, o custeio da Seguridade é feito tanto diretamente — por trabalhadores, empresas e governo — como indiretamente — por meio do pagamento de impostos determinados.

Isso também significa que as contribuições recolhidas atualmente pelos segurados têm como destino o custeio dos benefícios previdenciários recebidos pelos atuais beneficiários. Logo, as contribuições recolhidas por cada segurado não serão poupadas para um possível pagamento futuro de algum benefício a este mesmo segurado, e sim para os pagamentos atuais a serem feitos a quaisquer beneficiários.

Trata-se, portanto, de uma comunhão de esforços em favor de um bem comum.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade implica consideração pela integridade e pela vida do ser humano, com garantias de condições básicas para a existência como pessoa destinatária de respeito e de atenção por parte do Estado e de seus semelhantes.

Uma dessas formas de atenção por parte do Estado é o acesso a um sistema de Seguridade Social eficiente e capaz de amparar o cidadão em seus momentos de necessidade, seja por meio da concessão de benefício, seja por meio da prestação de serviços voltados para a saúde e para a assistência social.

A aplicação desse princípio no direito previdenciário, portanto, prima não apenas pela existência de uma Seguridade Social, mas de um sistema acessível a todos e que efetivamente contribua para a vida digna da pessoa necessitada.

Princípio do Equilíbrio Econômico

Ainda que a definição deste princípio não seja unânime na doutrina e na jurisprudência, é possível entender que o princípio, previsto no artigo 201 da Constituição Federal, permite que o legislador ordinário faça as alterações necessárias na legislação previdenciária, para ajustá-la ao seu real objetivo, que é o de garantir que o sistema possa cumprir com a sua finalidade de suprir as contingências sociais a qualquer tempo.

Dessa forma, o direito previdenciário deve se preocupar em manter suas receitas e despesas equilibradas, para garantir que aqueles segurados que fazem suas contribuições hoje tenham acesso aos benefícios no futuro.

Princípio da Vedação do Retrocesso

Ainda que o legislador possa fazer alterações no sistema previdenciário para garantir o equilíbrio financeiro, veda-se que essas alterações possam significar um retrocesso social, como a perda de direitos e garantias.

Afinal, a previdência social constitui-se em um direito social e, como tal, é um direito e uma garantia fundamental, que visa manter e assegurar a dignidade da pessoa. Em razão disso, entende-se que, ao chegar a um estágio de concretização e aplicação do direito previdenciário, torna-se inadmissível reduzir os direitos alcançados, vedando-se o seu retrocesso.

O que se busca evitar, portanto, é a redução ou extinção de benefícios já alcançados pelos filiados da previdência — como a redução de valores concedidos — e a retirada de pessoas, como abrangidas, nas situações de concessão de benefícios.

Princípio da Proteção ao Hipossuficiente

De acordo com este princípio, as normas previdenciárias devem ser interpretadas sempre a favor dos menos favorecidos, uma vez que estes são os principais destinatários dessas normas.

Diante do que ficou demonstrado, os princípios só vem a corroborar com discussão que traz a reforma da previdência em consonância com os direitos adquiridos e o direito a aposentadoria justa.

3 ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

O Presente artigo consiste numa pesquisa referente a alteração na idade e no tempo de contribuição para que o contribuinte atinja esses requisitos proposto pela PEC n] 06/2019 para obter a aposentadoria e os direitos e princípios que serão atingidos com essas alterações conforme a proposta apresentada pelo governo federal, frente a normativa vigente.

O estudo ocorre no âmbito da vida civil do requerente e também por meio dos artigos científicos publicados na internet, bem como por meio das legislações vigente da temática, abrangendo os seus princípios norteadores. Incluindo análises da doutrina majoritária e suas normativas. Tendo como apoio para a pesquisa revisão de literatura (leituras, fichamentos, resumos, etc.). Centralizando a pesquisa nos princípios e leis que asseguram o direito adquirido do cidadão, bem como direito a aposentar-se com dignidade.

Dessa maneira, a pesquisa irá, em um primeiro momento, traçar as balizas legais e doutrinárias do conceito e historia de como se dá o conceito de a aposentadoria, por meio dos institutos do direito previdenciário e breve, porém necessário, esforço do direito adquirido.

Uma vez erigidos os pilares básicos à compreensão do tema, iremos sacar à luz do desenvolvimento deste trabalho as críticas a supracitado reforma da previdência frente ao instituto da aposentadoria, proposta pelo atual governo federal e suas repercussões normativas delineando ponto a ponto e centralizando aos pontos: direito adquirido, aumento de idade e tempo de contribuição.

3.1 Procedimentos Metodológicos

Consiste numa etapa que tem como objetivo unir as informações e dados que servirão de base por meio de pesquisa bibliográfica a partir da temática em tela. Abrange a leitura, análise e interpretação da doutrina, artigos e leis vigentes.

Através de dados de trabalhos anteriores, com intuito de investigar o que traz a proposta de reforma da previdência, principalmente no requisito aumento de idade e de tempo de contribuição e suas repercussões no direito e na vida do cidadão durante sua velhice, momento este mais frágil de sua existência e como de dará sua atuação social.

As etapas da presente pesquisa seguiram por meio de seleção bibliográfica, dos descritores levando em consideração o tema da pesquisa, excluindo-se os textos que fugiam ao estudo.

4. MAJORAÇÃO DA IDADE E DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA ADQUIRIR A APOSENTADORIA: ATUAL PROPOSTA DE REFORMA E OS DIREITOS ADQUIRIDOS.

Como forma de ambientação a temática a ser analisada, façamos as seguintes indagações: Primeiramente que a Lei de Introdução ao Código Civil determina que o direito adquirido seja aquele que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer como aquele cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inaltera a arbítrio de outrem, sendo encontrando no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, bem como na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, § 2º. ... “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Em segundo plano, acrescentamos que de acordo com a doutrina majoritária, o direito adquirido é espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado (pois, adquirido) ao patrimônio jurídico do titular (sujeito de direito), já consumado ou não, porém exigível na via jurisdicional, se não cumprido voluntariamente pelo obrigado (sujeito de dever).

Desta forma analisamos o quanto adentra a atual proposta de reforma da previdência a cerca dos direitos, principalmente no que se refere aos pontos aumento da

idade mínima e do tempo de contribuição para conseguir se aposentar, traçando sucinto comparativo do sistema atual e do que está sendo proposto conforme a PEC nº 06/2019.

Ainda, ressaltamos que, como é de conhecimento de todos, a lei, em regra, é feita para valer para o futuro resguardando a segurança jurídica dos institutos. A regra adotada pelo nosso ordenamento jurídico é de que a norma não poderá retroagir, ou seja, a lei nova não será aplicada às situações constituídas sobre a vigência da lei revogada ou modificada (princípio da irretroatividade)

No estudo chamamos a atenção ao fato de que ao longo da história verificamos outras tentativas de reformas, “Tanto na época como hoje, a tática mais fácil para um governo tentar reduzir a conta da previdência sempre foi aumentar a idade da aposentadoria” p. 367 (Mary Bernard – Uma História da Roma Antiga).

Sendo assim, continuamos pontuando desde o que temos na atualmente às principais mudanças: além da aposentadoria especial, por invalidez, tem-se a aposentadoria por tempo de contribuição (35 anos se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher), aposentadoria por idade (65 anos de idade, se homem e 60 anos de idade se mulher) e o tempo de carência, número mínimo de meses pagos ao INSS para que o cidadão, ou em alguns casos o seu dependente, possa ter direito a receber um benefício, no caso em tela (15 anos). <https://www.inss.gov.br/>

A reforma pretende juntar esses dois tipos de aposentadorias, por esse motivo se chamar de aposentadoria por idade e tempo de contribuição, será de 65 anos de idade, se homem, e 62 anos de idade, se mulher e no mínimo **20 anos de contribuição** para **ambos os sexos**.

Seguindo-se com os demais casos como os profissionais professores, indica assim a proposta, uma redução de 05 anos na aposentadoria por tempo de contribuição. E ficará 60 anos para ambos os sexos e o tempo mínimo de contribuição de 30 anos comprovadamente na educação infantil, ensino fundamental e ensino médio como é atualmente.

E para os rurais hoje em dia se aposentam por idade com a redução de 05 anos, ou seja, o homem se aposenta aos 60 anos de idade, e 55 anos de idade, se mulher. Com a carência mínima de 15 anos.

Com a reforma será de 60 anos para ambos os sexos e o tempo mínimo de contribuição, para ambos os sexos de 20 anos e esta prevista na PEC que a partir do ano

de 2024, a idade mínima subirá e, daí em diante, a cada 04 anos, levando em consideração a expectativa de sobrevida do brasileiro.

PEC nº 06/2019

Art. 40 § 3º As idades mínimas para concessão dos benefícios previdenciários a que se referem os § 1º e § 2º serão ajustadas quando houver aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira, na forma estabelecida para o Regime Geral de Previdência Social. Art. 24 - PEC § 3º As idades previstas neste artigo serão ajustadas em 1º de janeiro de 2024 e, a partir dessa data, a cada quatro anos, conforme quando o aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira atingir aos sessenta e cinco anos de idade, para ambos os sexos, em comparação com a média apurada no ano de promulgação desta Emenda à Constituição, na proporção de setenta e cinco por cento dessa diferença, apurada em meses, desprezadas as frações de mês.

Reiterando o trecho já mencionado, aprendendo com a história, sempre quando o governo ou **o Estado esta precisando de dinheiro**, ele vai tentar gastar menos, em previdência. E para o governo diminuir os gastos em previdência o que a vem ocorrendo ao longo da história, a exemplo do já citado trecho do livro de Mary Beard que é uma autora americana, que fala da Roma Antiga e diz “tanto na época como hoje, a tática mais fácil para um governo tentar reduzir a conta é a idade da aposentadoria” p. 367 - Uma história da Roma antiga.

Ressaltamos com isso o fato em comento, não é exclusivo do atual governo, todos os outros antes, independente de legenda ou se de direita ou esquerda, todos propuseram reformas muito parecidas com a atual e utilizaram os mesmos argumentos, quais sejam do déficit, insustentabilidade financeira.

Prescindindo a importância de analisarmos o que esta sendo proposto, para que ocorra um debate aberto, de toda a sociedade, com os dados transparentes, para que as pessoas possam ter subsídios para suas opiniões, e esquecer se são a favor ou contra apenas com base em mensagens programas trazidos pelas redes sociais de grupo a, b ou c. A exemplo de sermos opositores apenas por que não pertence ao mesmo time de futebol.

Embasando-se na Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 06/2019), com destaque em idéias através de dados estatísticos. Visto o grau das alterações das propostas que afetam positivamente ou negativamente a vida de todos os brasileiros.

Recordamos que a previdência social é uma proteção social, esta inserida na seguridade social, amparada pela Constituição Federal cidadã, que muitos direitos trouxeram a população art. 3º da CF I – Construir sociedade livre, justa e solidaria. Constituem objetivos fundamentais da república federativa do Brasil. Principalmente a população mais carente.

E que as inovações em comento, sejam para cumprir os objetivos da República Federativa do Brasil art. 3º I, II e III entre este se destaca com a temática o art. 3º I e o III, vejamos:

Art. 3º

I construir uma sociedade livre, justa e solidaria;

II garantir o desenvolvimento nacional;

III Erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

(...)

Sendo assim toda construção jurídica, tem que ter como norte o art. 3º da CF e o objetivo onde queremos chegar e esta na constituição que não é um enfeite.

Todos os esforços políticos e da sociedade devem ser para agregar esses quatro objetivos constitucionais. Principalmente no que diz respeito ao direito fundamental máximo, que esta no art. 5º, que é o direito a vida, que seja com dignidade.

No que se refere a vida com dignidade, analisaremos também, com relação ao aumento do tempo de carência de 15 anos para 20 anos de contribuição para ambos os sexos, como isso reflete na vida do contribuinte.

Esse aumento de 05 anos vai dificultar muito a obtenção de uma aposentadoria digna. Tendo em vista a maioria das aposentadorias ocorrem por idade, apenas 30% se aposenta por tempo de contribuição (fonte INSS), 70% por idade cujo tempo de contribuição mínimo é de 15 anos, por ter várias dificuldades em comprovar o tempo de contribuição, por inúmeros motivos, e o outro fator é que conforme a idade aumenta a oferta de emprego diminui. No Brasil as pessoas começam a trabalhar muito cedo e até casos de trabalho infantil, um salário menor que o patrão que pagar e por outro lado conforme a idade vai aumentando, sabemos que fica difícil a pessoa conseguir emprego. O quadro atual é crítico de desemprego. Conseqüentemente temos muito trabalhadores informais.

Acrescentamos ainda o fato de que as reformas das previdências vêm construindo regras levando-se em conta o direito comparado, e as regras estabelecidas em outros países em que a população tem oferta de pleno emprego. Daí quando se aumenta de 15 para 20 anos esta dificultando muito a pessoa se aposentar.

Cerca de 42% dos trabalhadores segurados no Brasil conseguem comprovar apenas 4,9 meses por ano de contribuição, por conta do desemprego, da informalidade, da precariedade do trabalho.

Tendo como esse parâmetro podemos deduzir que quando se aumenta em 05 anos de 15 para 20, estatisticamente o trabalhador vai demorar bem mais que isso para se aposentar tendo em vista o cenário precário dos empregos que no Brasil o nível de emprego não é pleno, com a idade vai diminuindo a possibilidade desse trabalhador conseguir uma vaga formal no mercado de trabalho.

Levando-se em conta que 05 anos são 60 meses, são 60 contribuições a mais. E com base no dado estatístico de que apenas 42% segurados só conseguem comprovar 4,9 meses por ano significa no final 12 anos a mais. Outro fator que o trabalhador esta hora desempregado, hora na informalidade, etc. Sendo assim esse aumento de 05 anos vai dificultar muito o acesso a aposentadoria. E muitos trabalhadores, principalmente os menos favorecidos morrem antes de se aposentar.

Além do fato que de acordo com a proposta de reforma, os rendimentos dos trabalhadores serão rebaixados. Além de ser mais difícil se aposentar os cálculos diminuirão § 6º o valor das aposentadorias de que trata este artigo corresponderá a 60% da média aritmética com acréscimo de 02% para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição.

PEC nº 06/2019

Regra de Calculo das aposentadorias.

§ 6º Os proventos das aposentadorias decorrentes do disposto neste artigo terão como referência a média aritmética simples das remunerações e dos salários de contribuição, observados os critérios estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, utilizados como base para contribuições aos regimes de previdência social de que tratam os art. 40 e art. 201 da Constituição e para as pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os art. 42 e art. 142 da Constituição. § 7º Os proventos da aposentadoria, por ocasião da sua concessão, corresponderão: I - na hipótese prevista no inciso I do § 3º e nos incisos I a IV do § 4º, a sessenta por cento da média aritmética a que se refere o § 6º, acrescidos de dois por cento para cada ano de contribuição que exceder a vinte anos de contribuição; II - na hipótese prevista no inciso II do § 3º, a sessenta por cento da média aritmética a que se refere o § 5º, acrescidos de dois por cento para cada ano de contribuição que exceder a vinte anos de contribuição, exceto

em caso de acidente de trabalho, de doenças profissionais e de doenças do trabalho, situação em que corresponderão a cem por cento média a que se refere o § 6º; III - na hipótese prevista no inciso III do § 3º, ao resultado do tempo de contribuição dividido por vinte, limitado a um inteiro, multiplicado pelo resultado do cálculo previsto no inciso I deste parágrafo, ressalvado o caso de cumprimento de critérios de acesso para aposentadoria voluntária que resulte em situação mais favorável; IV - na hipótese prevista no inciso V do § 4º, a cem por cento da média aritmética a que se refere o § 6º

Atualmente, o calculo para obtenção da aposentadoria é feito da média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo período contributivo. Com a reforma a media aritmética simples correspondente a 100% de todo período contributivo.

Questiona-se com isso mais uma vez a violação aos direitos adquiridos, a Lei de Introdução às normas do direito Brasileiro, conforme já mencionado.

5. CORONAVÍRUS E A LEI 13.846/2019.

É verdade que nos últimos tempos a seara previdenciária vem sofrendo abruptas transformações legislativas, algumas boas e outras não, o fato é que órgão autárquico vem recebendo o chamado Pente Fino, desde a época da medida provisória 871/19 publicada em 18 de janeiro de 2019, convertida hoje na lei 13.846 de 2019.

Inicialmente, a MP 871/19 foi criada para duas situações: Apuração de irregularidade dos benefícios pagos através da análise dos servidores públicos e peritos judiciais e segundo, revisão administrativa dos benefícios concedidos, sendo que esse último iniciaria no 1º semestre de 2020.

Contudo já podemos sentir as modificações sendo uma delas na qualidade de segurado. A antiga regra pautada na lei. 8.213, artigo 15, inciso I previa que a qualidade de segurado seria mantida independentemente de contribuição "sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício", em sentido lato interpretamos quaisquer benefícios por incapacidade. Assim, o auxílio acidente cuja natureza é indenizatória, faria jus ao pressuposto da lei, uma vez que a sua manutenção era constante devido a seu recebimento decorrer da perda ou redução da capacidade laboral sofrida pelo obreiro.

Portanto era comum a pessoa receber o benefício durante 10, 15, 20 anos, e somente vir cessar com a concessão das aposentadorias compulsórias, salvo regramento de acumulação dos benefícios fixados até a data 11.11.97, nos termos da súmula 507 STJ. Assim, quando é mantida a qualidade, o segurado poderá usufruir de quaisquer benefícios previsto pelo INSS, desde que preencha os demais requisitos necessários para a concessão.

Contudo a nova lei alterou o dispositivo, excluindo o benefício do rol de qualidade de segurado. A dúvida, assim, recai sobre o aspecto intertemporal dessa mudança, uma vez que a lei foi promulgada faltando 1 dia para decair seu direito, no qual acresceu essa exclusão que a MP 871/19 não abarcava.

Devido aos aspectos intertemporais da regra normativa, a dúvida permanecia sobre a interpretação do direito adquirido e sua manutenção até a data da publicação da lei 13.846/19, em 18 de junho de 2019, na medida em que a norma não era expressa no que tange à exclusão do rol de manutenção da qualidade de segurado, podendo constar as seguintes interpretações:

1. Perda da qualidade de segurado a todos os filiados do regime geral da previdência social que tiverem direito ao auxílio acidente a partir da publicação da lei 13.846/19;
2. Mantida a qualidade de segurado para todos filiados do regime geral da previdência social que tiverem direito ao auxílio acidente até data da publicação da lei 13.846/19; ou
3. Perda da qualidade de segurado a todos os filiados do regime geral da previdência social que tiverem direito ao auxílio acidente a partir da publicação do decreto regulamentador ou ato normativo expedido pelo INSS.

Por certo a lei não expressa de forma clara o fato gerador firmado, assim a inovação jurídica trazida pela lei 13.846/19 com aplicação imediata de rito processual, teve seu artigo analisado por nota técnica 00011/2020/CGMB/PFE-INSS-SEDE/PGF/AGU, apresentado pelo procurador Federal Frederico Augusto Di Trindade Amado, no qual definiu junto ao DIRBEN (diretoria de benefícios) a seguinte interpretação jurídica do artigo 15, inciso I da lei 8.213/91, refletindo na recente portaria 231/DIRBEN/INSS, de 23 de março de 2020:

Artigo 1 [...]

§ 1º O auxílio-acidente concedido, ou que tenha data da consolidação das lesões, até 17 de junho de 2019, véspera da publicação da Lei nº 13.846/2019, deve ter o período de manutenção da qualidade de segurado de 12 meses iniciado em 18 de junho de 2019, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei 8.213/91, conforme entendimento descrito na Nota nº 00011/2020/CCBEN/PFE-INSS.

§ 2º O auxílio-acidente com fato gerador a partir de 18 de junho de 2019 não será considerado para manutenção da qualidade de segurado.

De forma idealizada, a segurança jurídica mais apropriada seria a criação de regra de transição para os segurados com direito adquirido ao benefício, contudo a lei 13.846/19 não trouxe essa previsão, assim cabe à própria administração pública fazê-lo, respeitando os princípios basilares do Direito Previdenciário e Administrativo e Tempus Regit Actum.

Neste ponto precisamos lembrar que, uma vez excluída a qualidade de segurado, aqueles que tiveram preenchidos os requisitos do benefício devem ter como segurança jurídica o período de graça, pois o legislador quis manter a qualidade do segurado por 12 meses após a cessação dos recolhimentos das contribuições, por deixar de laborar em atividade remunerada, assim a qualidade é mantida até o momento em que o sujeito possa ingressar novamente ao mercado de trabalho voltando status "a quo".

Com as recentes modificações legislativas, resta evidente que atuação dos advogados é essencial para restaurar o direito violado dos segurados que ficam ainda mais vulneráveis diante deste cenário de instabilidade econômica, social e de saúde pública.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos no decorrer da pesquisa detalhes bem objetivos concernentes aos direitos amparados pela Constituição e suas leis esparsas, e dados concisos da atual reforma da previdência. Por meio de sua normativa vigente realizamos reflexões a cerca com a apresentação dos princípios que norteiam o direito em tela em contrapartida aos pontos elencados pela reforma.

Cabe ressaltar que entre os objetivos deste estudo, percebemos no que se refere ao instituto da aposentadoria que fica evidente que sofre diversas restrições sob a alegação de que se pretende equilibrar os cofres públicos e não quebrar o governo.

Ainda, as alterações propostas na reforma deixam a desejar com relação ao respeito ao direito do contribuinte, na medida em que ao majorar tanto a idade quanto o tempo de contribuição dificulta a obtenção desse benefício, tendo em vista também, que pode ensejar numa certa insegurança jurídica a medida que atinge o direito adquirido com as diversas modificações elencadas na reforma.

O código civil e a constituição são entre outros reguladores do direito estudado, para que ocorra uma aposentadoria digna. No decorrer da sua história e sua evolução, atualmente a previdência social enfrenta grande turbulência no que se refere a maioria dos itens descritos na reforma. Acrescido ao fato que o contribuinte normalmente passa mais tempo de sua vida contribuindo do que usufruindo o benefício (aposentadoria).

Dessa forma a pesquisa forneceu grande apuro para cada cidadão se posicionar diante normas vigentes, das alterações ora propostas, de levando a ele decidir com a maior propriedade de qual lado ficar diante desse debate. Se a favor ou contra, mas com subsídios concisos do que se vai fazer e onde ele vai querer chegar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Renata Valladão Ribeiro; SIQUEIRA, Julio Homem de. **Nota crítica ao instituto da alta programada**. Revista Síntese: direito previdenciário, Porto Alegre, v. 19, n. 94, p. 103-117, jan./fev. 2020.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Emenda constitucional n. 103/2019: a previdencial (que não é mais social): a caminho da pauperização e vulnerabilidade dos segurados**. Juris Plenum: previdenciária, Caxias do Sul, v. 8, n. 29, p. 83-100, fev. 2020.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Carência dos benefícios previdenciários: breves considerações sobre a regra jurídica aplicável e a metodologia de cálculo**. Juris Plenum: previdenciária, Caxias do Sul, v. 8, n. 29, p. 67-78, fev. 2020.

HORVATH JÚNIOR, Miguel; BONETTI, Débora Patrícia Rosa; OPITZ NETO, João Baptista. **A análise biopsicossocial da incapacidade como ferramenta garantidora de direitos previdenciários frente às revisões da Lei 13.457/2017 e Lei 13.846/2019**. Juris Plenum: previdenciária, Caxias do Sul, v. 8, n. 29, p. 27-48, fev. 2020.

GOÉS, Marcos Paulo Secioso de. **Aposentadoria especial e ruído: um aspecto formal deve prevalecer em relação à efetiva nocividade, com prejuízo ao trabalhador?**

Revista brasileira de direito previdenciário, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 92-102, abr./maio 2019.

HAHN, Tatiana Meinhart. **Programa de revisão de benefícios por incapacidade: processo administrativo previdenciário e as reformas promovidas pela Medida provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019.** Juris Plenum: previdenciária, Caxias do Sul, v. 7, n. 26, p. 43-64, maio 2019.

HARADA, Kiyoshi. **Exame sucinto da Lei orçamentária anual de 2019.** ADV advocacia dinâmica: informativo semanal, Rio de Janeiro, n. 07, p. 72, fev. 2019.

HORVATH JÚNIOR, Miguel; FILHO, Rômulo Pedrosa Saraiva. **A inaplicabilidade da decisão do STF sobre a eficácia do EPI para qualquer aposentadoria especial.** Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 359, p. 179- 198, maio 2019.

HORVATH JÚNIOR, Miguel; ALBUQUERQUE, Thiago Luis de Oliveira. **Aspectos jurídicos e sociais da PEC 06/2019 (proposta de reforma da previdência) sobre a população de pessoas idosas.** Juris Plenum: previdenciária, Caxias do Sul, v. 7, n. 26, p. 109-120, maio 2019.

SOUZA, Giselle; SOARES, Morena Gomes Marques. **Contrarreformas e recuo civilizatório: um breve balanço do governo Temer.** Ser social: revista do programa de Pós-Graduação em Política Social do Departamento de Serviço Social, Brasília, v. 21, n. 44, p. 11-28, jan./jun. 2019.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **Medida provisória nº 871/2019: considerações preliminares à avaliação do Congresso Nacional.** Revista brasileira de direito previdenciário, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 22-45, fev./mar. 2019.

MARINHO FILHO, Luciano. **Breves considerações sobre reforma previdenciária no Brasil.** Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 347, p. 221-223, maio 2018.

MARTINS, Bruno Sá Freire. **O aumento da contribuição previdenciária do servidor público.** Revista Síntese: direito previdenciário, Porto Alegre, v. 17, n. 82, p. 21-30, jan./fev. 2018.

Capítulo 11

**CONDOMÍNIO EDILÍCIO – VISÃO GERAL E CASOS
DIFÍCEIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

Dionata Luís Holdefer

Guilherme Masaiti Hirata Yendo

CONDOMÍNIO EDILÍCIO – VISÃO GERAL E CASOS DIFÍCEIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Dionata Luís Holdefer

*Auditor do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Doutorando e Mestre em Direito. Email:
dionata@gmail.com*

Guilherme Masaiti Hirata Yendo

*Juiz Federal na Seção Judiciária de Alagoas. Doutorando e Mestre em Direito. Email:
guilhermebr2005@yahoo.com.br*

Resumo: o presente artigo tem como objetivo identificar as principais normas legais que regem o condomínio edilício no Brasil, bem como analisar alguns casos difíceis, relativos ao tema, enfrentados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Destaca-se que o condomínio edilício é um instituto jurídico regulado inicialmente no Brasil em 1928 e aperfeiçoado pela Lei nº 4.591/1964 e pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Empregou-se o método dedutivo, com o uso de uma pesquisa baseada em coleta de dados na legislação, na doutrina e na jurisprudência do STJ. Inicialmente, buscou-se avaliar os aspectos gerais da propriedade imobiliária e dos condomínios em geral. Em seguida, avançou-se especificamente para o condomínio edilício, tratando de seu conceito e natureza jurídica, forma de instituição, constituição, administração e extinção. Nesse contexto, abordou-se a problemática referente à questão da personalidade jurídica do condomínio edilício. Por fim, foram abordadas as principais polêmicas sobre o condomínio edilício solucionadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em 8 (oito) diferentes casos difíceis julgados nos últimos anos. Concluiu-se que o condomínio edilício é um importante instrumento jurídico de ocupação do solo urbano, que regula a convivência coletiva em espaços territoriais bem delimitados, devendo ser estudado não apenas sob o prisma teórico, mas também sob a perspectiva prática, através do estudo de casos da jurisprudência do STJ.

Palavras-chave: Condomínio edilício, Propriedade imobiliária, Casos difíceis, Jurisprudência do STJ.

Abstract: this article aims to identify the main legal norms that govern the condominium building in Brazil, as well as analyze some difficult cases, related to the subject, faced by the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ). It is noteworthy that the building condominium is a legal institute initially regulated in Brazil in 1928 and improved by Law nº 4.591/1964 and by the Brazilian Civil Code of 2002. The deductive method was used, using a research based on data collection. data in the legislation, doctrine and jurisprudence of the STJ. Initially, we sought to evaluate the general aspects of real estate and condominiums in general. Then, it was advanced specifically for the building

condominium, dealing with its concept and legal nature, form of institution, constitution, administration and extinction. In this context, the issue related to the legal personality of the condominium building was addressed. Finally, the main controversies about the building condominium resolved by the Superior Court of Justice, in 8 (eight) different difficult cases judged in recent years, were addressed. It was concluded that the building condominium is an important legal instrument for the occupation of urban land, which regulates collective coexistence in well-defined territorial spaces, and should be studied not only from a theoretical perspective, but also from a practical perspective, through the study of cases of the jurisprudence of the STJ.

Keywords: Building condominium, Real estate, Hard cases, STJ Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise do importante instituto do condomínio edilício, inicialmente sob um viés teórico, compreendendo o estudo do instituto através das lentes da legislação e da doutrina e, posteriormente, sob uma perspectiva prática, comentando-se oito casos difíceis enfrentados pela jurisprudência do STJ acerca desse instituto.

Quando se fala em condomínio, tem-se de início duas espécies: (a) o condomínio comum, ordinário ou voluntário, e (b) o condomínio edilício.

O condomínio edilício é aquele que concilia a propriedade exclusiva com a propriedade comum, ou seja, em determinado espaço o titular exerce a plenitude da propriedade em outro(s)(a) copropriedade.

Apesar de ser um instituto jurídico muito presente na vida cotidiana, a realidade nos mostra que houve uma adequação das normas à realidade social, pois a regulamentação desta modalidade de condomínio surgiu para regular as relações jurídicas que nasceram a partir da vida coletiva em propriedades horizontais.

A despeito de na atualidade não haver discussão sobre a necessidade e a importância da regulamentação estatal, foi possível observar diversos e acalorados debates no início do Século 20 sobre a conveniência e oportunidade da edição de uma norma legal para tratar do tema.

Inclusive, registra-se que o Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928, precursor da matéria no Brasil, foi chamado por congressistas da época de “insigne estapafermo” e de “absurdidade das maiores que tem transitado no Parlamento”, como bem salienta Mario Pazutti Mezzari (2020, p. 18).

Assim, nota-se que a evolução legislativa possibilitou não apenas a adoção do instituto, mas especialmente a sua estabilidade, com a conseqüente mitigação de inúmeras contendas nas centenas de milhares de condomínios edilícios existentes no Brasil.

O trabalho está estruturado em duas partes. Na primeira, analisou-se a propriedade imobiliária em geral, e em seguida o instituto dos condomínios.

Na segunda parte, foi realizado um estudo do perfil jurídico do condomínio edilício, analisando-se suas principais características para, posteriormente, adentrar-se no estudo do condomínio edilício sob a ótica da jurisprudência do STJ, comentando-se 8 casos difíceis.

Para realizar tal estudo, foi empregado o método dedutivo, coletando-se os dados através da pesquisa da legislação, doutrina e jurisprudência a respeito.

2 DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E DOS CONDOMÍNIOS EM GERAL

A propriedade já foi considerada um direito absoluto e estritamente privado. Entretanto, de acordo com Flávio Tartuce (2020, p. 871), a funcionalização dos institutos de direito privado provocou um rompimento do caráter individualista que prevalecia na visão anterior, colocando-a em sintonia com a nova ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal de 1988, conforme expressamente previsto em seu artigo 5º, inciso XXIII:

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: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

Para Maria Helena Diniz (2010, p. 848), a propriedade pode ser conceituada como “o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.

Nesse contexto, a cotitularidade do direito de propriedade sobre o mesmo bem – o que configura o instituto jurídico do condomínio – pode ser vista não apenas como um simples exercício das faculdades inerentes à propriedade, mas sim como legítima expressão da sua função social.

Das lições de Washington de Barros Monteiro (2003, p. 204), extrai-se que, quando várias pessoas são possuidoras de um mesmo direito, tem-se uma comunhão, mas se incidir sobre um direito de propriedade revela-se o condomínio.

As espécies de condomínio tradicionalmente previstas na legislação brasileira podem ser subdivididas em: a) condomínio ordinário ou civil, regulamentado nos artigos 1.314 a 1.330 do Código Civil Brasileiro – CCB; b) condomínio edilício, regulado pelos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil e pela Lei nº 4.591/1964.

No condomínio ordinário o direito de propriedade dos diversos titulares incide sobre o mesmo bem, com subdivisão de seus direitos em cotas ou frações ideais, que são assim nominadas por corresponderem a uma fração ou percentual do bem, sem a sua necessária delimitação física (o que configuraria um condomínio *pro diviso*). Há, portanto, exercício de direito pelos titulares sobre a totalidade do bem. Todavia, no que diz respeito às responsabilidades, elas obedecerão a um regime de proporcionalidade baseada no montante de frações ideais atribuídas a cada condômino, consorte ou coproprietário.

Lado outro, no condomínio edilício a exploração da propriedade se dá pela conjugação da propriedade comum (a exemplo do que ocorre no condomínio ordinário) com a propriedade exclusiva, exercida sobre a unidade autônoma.

Para Arnaldo Rizzardo (2012, p. 4), o condomínio edilício é caracterizado pela existência de “justaposição de propriedades distintas, perfeitamente individualizadas, ao lado do condomínio de partes do edifício, forçadamente comuns”.

Portanto, como bem arremata Mario Pazutti Mezzari (2020, p. 20-21), o condomínio edilício se diferencia do condomínio geral na medida em que, neste último, o condômino é detentor de uma fração ideal, podendo usar e ter acesso a toda a coisa; ao passo que, no primeiro, o condômino tem a propriedade plena apenas sobre a unidade autônoma, podendo usar, além de sua unidade, partes da coisa (áreas comuns), mas não tem acesso às áreas que são consideradas propriedade exclusiva de outros condôminos.

No mesmo sentido é a opinião de Vitor Frederico Kümpel e Carla Modina Ferrari, (2020, p. 2521), que asseveram:

O condomínio edilício é instituído sob um regime especial, com uma compleição jurídica que o torna inconfundível em relação ao condomínio tradicional. A constituição do condomínio edilício não se dá com o propósito de criar uma comunhão de propriedades sobre o mesmo bem, mas de instituir propriedades independentes e separadas, ainda que no mesmo edifício ou conjunto de edifícios.

3 DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Do ponto de vista histórico, o condomínio edilício nasceu no Brasil há quase 100 anos sob a alcunha de “condomínio especial”, disposto no Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928, que à época dispunha sobre os “edifícios de mais de cinco andares” e sofreu pequenas modificações pelo Decreto-Lei nº 5.234, de 8 de fevereiro de 1942, e pela Lei nº 285, de 5 de junho de 1948.

Como adequadamente aponta Mario Pazutti Mezzari (2020, p. 17), apesar do caráter precursor da legislação brasileira, foi apenas com a publicação da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que a matéria ganhou um amplo e bem estruturado aparato legal, que, a despeito de ter sofrido alterações ao longo do tempo, vige parcialmente até os dias de hoje.

Entretanto, o condomínio edilício encontra-se quase inteiramente regulado no Código Civil Brasileiro, no Livro III – Do direito das coisas, Capítulo VII – Do condomínio edilício, que se inicia no artigo 1.331.

No que diz respeito ao termo “condomínio edilício”, ele foi introduzido por Miguel Reale por se tratar de uma expressão nova de incontestável origem latina, muito utilizada, por exemplo, pelos Italianos, como ressalta Flávio Tartuce (2020, p. 979). Contudo, a doutrina critica a escolha por entender que outros termos poderiam representar melhor o instituto jurídico.

Nessa toada, Mario Pazutti Mezzari (2020, p. 20-21) destaca que “Carlos Maximiliano usa a denominação de condomínio relativo ou moderníssimo; Serpa Lopes não se afasta da designação propriedade em planos horizontais, expressão que Caio Mário simplifica para propriedade horizontal”.

3.1 Conceito e natureza jurídica

O Código Civil Brasileiro de 2002, a despeito de apresentar as características do condomínio edilício (artigo 1.331), não apresenta um conceito fechado do instituto, o que ficou a cargo da doutrina especializada.

Dentre os diversos conceitos doutrinários sobre o tema, cita-se Anderson Schreiber (2020, p. 1103) por sua objetividade. O renomado jurista define o condomínio edilício como “aquele formado com base na conjugação de partes de propriedade exclusiva e outras de propriedade comum.”

No que tange à natureza jurídica, apesar de existir divergência, nota-se que a doutrina majoritária se inclina pela orientação tradicional segundo a qual o condomínio não consiste em pessoa jurídica diversa dos cotitulares do domínio, ou seja, não tem personalidade jurídica própria, sendo, portanto, considerado um ente formal, como registra Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 88-89).

Não obstante, embora desprovido de personalidade jurídica, ao condomínio é conferida a capacidade processual pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser representado em juízo na defesa de seus interesses.

3.2 Composição da propriedade condominial

3.2.1 Partes de Propriedade Exclusiva

A principal característica do condomínio edilício – ponto que o difere, inclusive, do condomínio geral – é, como bem ressalta Flauzilino Araújo dos Santos (2012, p. 48), a presença de partes na edificação sujeitas a propriedade exclusiva, chamadas de fração real, com sua utilização de forma independente pelos condôminos, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, às quais é permitida a alienação sem a necessidade de respeito ao direito de preferência, conforme disposto no § 1º do artigo 1.331 do Código Civil Brasileiro.

Como bem ressalta Melhim Namem Chalhub (2019, p. 33), no condomínio edilício “reúnem-se e se articulam a propriedade coletiva e a propriedade individual”.

3.2.2 Fração Ideal do Solo

No condomínio edilício há uma integração da propriedade exclusiva com a copropriedade das áreas comuns, como, por exemplo, o solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade. A propriedade comum é constituída sob a forma de fração ideal no solo (em forma decimal ou ordinária) atribuída de forma inseparável a cada unidade autônoma.

Anderson Schreiber (2020, p. 1103) registra que:

A situação jurídica subjetiva do condômino é composta, assim, de (a) um direito de copropriedade sobre a área comum, composta usualmente pelo solo e as partes comuns do edifício, unido indissociavelmente ao (b) direito de propriedade exclusiva sobre a unidade autônoma, que pode ser um apartamento, uma sala, um andar, ou mesmo um lote, como se verá adiante. Essa combinação forma uma propriedade una, indissolúvel, distinta dos elementos que a compõem e com características próprias que a diferenciam das demais espécies.

É possível notar, portanto, substancial diferença com o condomínio geral, no qual a divisão da propriedade comum pode ser requerida a qualquer tempo pelo condômino, conforme dispõe o art. 1.320 do Código Civil Brasileiro: “a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão”.

Outra característica que merece destaque é que a existência de abrigo de veículo (vaga) não é obrigatória. Na hipótese de existir, sua categorização – como propriedade comum ou exclusiva – e os limites de exercício do direito (como, por exemplo, a possibilidade de alienação para terceiros estranhos ao condomínio) será definida nos atos constitutivos.

3.3 Da instituição e da constituição do condomínio edilício

Para a estruturação jurídica do condomínio edilício são necessários dois atos: a instituição e a constituição.

A instituição é o ato por meio do qual o proprietário do bem imóvel transforma uma única coisa em diversas unidades autônomas. É, em singelas palavras, a subdivisão jurídica do imóvel que materialmente já se encontra fracionado. O condomínio edilício pode ser instituído por ato *inter vivos* ou por testamento, com o seu necessário registro no Cartório de Registro de Imóveis, a teor do que dispõe o artigo 1.332 do Código Civil.

Extraí-se, ainda, do referido dispositivo, que devem constar da instituição: I) a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns, o que constitui um trabalho essencialmente de engenharia; II) a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e às partes comuns; e III) o fim a que as unidades se destinam, o que é fundamental para a funcionalização concreta do condomínio edilício.

Mario Pazutti Mezzari (2020, p. 63) aponta que:

A instituição do condomínio especial, registrada no Registro de Imóveis, tem o efeito de identificar a unidade autônoma e estabelecer sua autonomia em relação às outras. É o registro da instituição de condomínio que cria as unidades autônomas, e não a existência física destas. Quem num terreno constrói um edifício de apartamentos, será proprietário de um único imóvel, apesar de materialmente já haver a divisão do prédio em apartamentos. Estes existem apenas como fato. Para ingressarem individualmente no mundo do Direito, ou seja, para nascerem para o Direito na condição de unidades autônomas, obrigatoriamente deverá ser registrada no registro imobiliário a instituição do condomínio.

No que diz respeito à constituição, o art. 1.333 do Código Civil enuncia que ela se dá por meio da convenção de condomínio, consubstanciada no estatuto coletivo que regula os interesses das partes, um típico negócio jurídico derivado do exercício da autonomia privada. Referido instrumento deverá ser registrado no cartório de registro de imóveis para alcançar efeitos *erga omnes*. Todavia, na forma da Súmula nº 260 do STJ, a ausência de registro apenas retira o efeito *erga omnes*, permanecendo a eficácia entre os condôminos (efeitos *inter partes*).

Flávio Tartuce (2020, p. 982) registra que:

Como se nota, a convenção é regida pelo princípio da força obrigatória da convenção (*pacta sunt servanda*). Porém, na realidade contemporânea, não se pode esquecer que tal preceito não é absoluto, encontrando fortes limitações nas normas de ordem pública, nos preceitos constitucionais e em princípios sociais, caso da boa-fé objetiva e da função social. Na teoria e na prática, a grande dificuldade está em saber os limites de licitude das estipulações da convenção condominial.

Conforme expressamente prevê a lei (art. 1.334 do CCB), a convenção poderá ser feita por escritura pública ou por instrumento particular e determinará: i) a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio; ii) sua forma de administração; iii) a competência das assembleias, forma de sua convocação e quórum exigido para as deliberações; iv) as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores; e o v) regimento interno.

Quanto à aprovação da convenção, a norma legal prevê quórum mínimo de dois terços das frações ideais de todos os condôminos (e não apenas dos condôminos presentes à assembleia que aprovar a convenção), idêntico quórum exigido para a sua alteração, na forma do art. 1.351 do Código Civil Brasileiro.

Ademais, a norma civil faz referência a um outro importante estatuto que rege a vida condominial: o regimento interno. Ele é o documento destinado a regular aspectos rotineiros do convívio social, assumindo grande relevância na administração de conflitos entre condôminos. O quórum para sua modificação pode ser livremente fixado na convenção, conforme enunciado nº 248 da terceira jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2004.

3.4 Condomínio edilício como ente formal

A questão da personalidade jurídica dos entes que, a despeito de não se enquadrarem na categoria de pessoas físicas ou na categoria de pessoas jurídicas, mas que são sujeitos de direito e fazem parte de uma gama de negócios jurídicos é tormentosa e suscita grandes debates.

Pontes de Miranda (1954, p. 161) ensina que a personalidade jurídica deve ser atribuída àquele que “põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico”.

A doutrina tradicional nega personalidade jurídica ao condomínio edilício, atribuindo a eles apenas personalidade judiciária, conforme sintetiza Maria Helena Diniz (2010, p. 250):

É preciso lembrar que nem todo grupo que colima um fim é dotado de personalidade jurídica. Há entidades que não podem ser subsumidas ao regime legal das pessoas jurídicas do Código Civil, por lhes faltarem requisitos imprescindíveis à subjetivação, embora possam agir, sem maiores dificuldades, ativa ou passivamente. (...) Donde se infere que os grupos despersonalizados ou de personificação anômala constituem uma comunhão de interesses ou um conjunto de direitos e obrigações, de pessoas e de bens sem personalidade jurídica e com capacidade processual, mediante representação.

Também negam personalidade jurídica ao condomínio edilício Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 73) e João Batista Lopes (2000, p. 57).

A despeito de essa ser a posição consolidada na doutrina e na jurisprudência, há, contudo, quem defenda a atribuição de personalidade jurídica ao condomínio. Nesse sentido, Eduardo Sarmiento Filho (2018, p. 71) entende que “já temos normas que permitem reconhecer a personalidade aos condomínios, bastando que se faça uma interpretação sistemática e funcionalizada do instituto jurídico”.

3.5 Do síndico e da administração do condomínio edilício

A assembleia geral é o órgão deliberativo e soberano do condomínio, reunindo-se ordinariamente uma vez por ano. Ela tem como atribuições normais: i) a aprovação do orçamento; ii) a fixação das contribuições dos condôminos; e iii) o julgamento das contas do síndico.

Além disso, pode reunir-se, em caráter extraordinário, a qualquer tempo, para deliberar e decidir outras matérias de sua competência, como a modificação da convenção de condomínio e o regulamento interno do edifício (conforme arts. 1.333 e 1.351 do CCB) e a modificação da destinação do edifício ou de unidade específica.

A assembleia geral tem ainda a competência de escolher o síndico, que é o administrador geral do condomínio, devendo representá-lo judicial e extrajudicialmente. O síndico pode ser um condômino ou ainda uma pessoa estranha ao condomínio, exceto se a convenção dispuser de forma contrária. Por fim, a destituição do síndico pode ocorrer por deliberação da assembleia em razão da prática de atos irregulares; da ausência de prestação de contas ou da má administração, consoante artigo 1.349 do CCB.

3.6 Da extinção do condomínio edilício

A principal distinção entre o condomínio ordinário e o condomínio edilício é que naquele é possível, a qualquer momento, promover a divisão da coisa comum (inclusive por escritura pública) e, se não houver consenso, ajuizar uma ação divisória. Já neste a dinâmica ocorre de maneira distinta, pois a propriedade sobre o solo e as partes comuns está umbilicalmente ligada à propriedade exclusiva das unidades, com a pecha da indivisibilidade, algo inato à essência deste instituto jurídico.

Não obstante, o Código Civil prevê duas hipóteses de solução de continuidade do condomínio edilício: i) a ruína do edifício; e ii) a desapropriação pelo Poder Público. Nestes dois casos – além da hipótese de decisão unânime dos condôminos – haverá uma repartição proporcional dos haveres entre os condôminos, tomando por base a quota ideal, na forma dos arts. 1.357 e 1.358 do Código Civil Brasileiro. Anderson Schreiber (2020, p. 1115) ressalta ainda que parte da doutrina sustenta uma terceira forma de extinção do condomínio edilício: a confusão.

3.7 Controvérsias decididas pelo Superior Tribunal de Justiça

3.7.1 Uso exclusivo de partes de área comum

Em 2018 o STJ decidiu pela possibilidade de uso exclusivo de áreas comuns a um ou mais condôminos. O caso envolvia um shopping center e, considerando a peculiaridade desse tipo de empreendimento, o STJ, tomando por base o princípio da autonomia da vontade, permitiu o estabelecimento – em assembleia geral ou em cláusulas na convenção do condomínio – de restrição ao uso, gozo e fruição da propriedade condominial por determinados lojistas a apenas parte da edificação (propriedade exclusiva ou parte da propriedade comum), conforme se extrai do REsp 1.677.737-RJ, julgado em 19 de junho de 2018 pela Terceira Turma do STJ .

3.7.2 Direito de voto em assembleia - condômino parcialmente inadimplente

Para o STJ, o condômino proprietário de diversas unidades autônomas, ainda que inadimplente em relação a uma ou algumas delas, terá direito de participar e votar na assembleia relativamente às suas unidades que estejam em dia com as taxas do condomínio. Assim, a quitação exigida pelo art. 1.335, III, do CCB para que o condômino tenha o direito de participar das deliberações das assembleias com direito a voto refere-se a cada unidade isoladamente, conforme assentou o STJ no REsp 1.375.160-SC, julgado em 01 de outubro de 2013 pela Terceira Turma do STJ.

3.7.3 Impossibilidade de limitação de uso de área comum destinada ao lazer por condômino inadimplente

Em recente julgamento, o STJ fixou entendimento no sentido de que o condômino exerce todos os poderes inerentes ao domínio, podendo, na forma do art. 1.335, II, do CCB, usar das partes comuns conforme a sua destinação. Desta forma, além do direito a usufruir e gozar de sua unidade autônoma, os condôminos têm o direito de usar e gozar das partes comuns, pois a propriedade condominial alcança a fração ideal de todas as partes de uso comum.

Para o Tribunal Superior, o Código Civil já estabeleceu meios legais para estimular o adimplemento sem causar constrangimento à dignidade do condômino e da comunidade, como, por exemplo, a incidência de juros moratórios, a limitação ao direito de voto em assembleias, eventual multa de elevada expressão (até o quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais) e, ainda, a perda do imóvel em eventual execução conduzida pelo condomínio. Em razão disso, eventual sanção estipulada ao condômino inadimplente no sentido de privá-lo do uso das áreas comuns do edifício foi considerada ilícita pelo STJ, consoante REsp 1.699.022-SP, julgado pela Quarta Turma em 28 de maio de 2019. Na oportunidade, o ilustre Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, registrou que:

A autonomia privada da assembleia geral, quando da tipificação de sanções condominiais, por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve receber a incidência imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que também deve refletir nas relações condominiais para assegurar a moradia, a propriedade, a função social, o lazer, o sossego, a harmonia, entre outros direitos.

3.7.4 Obrigação do condômino por despesas condominiais anteriores à aquisição da propriedade condominial

Em outro polêmico julgamento, o STJ decidiu que, em razão de sua natureza propter rem, as obrigações do condomínio são de responsabilidade de todos os condôminos, na proporção de suas frações ideais, ainda que a obrigação pecuniária remonte a um período anterior à aquisição da propriedade pelo condômino, consoante art. 12, § 5º, da Lei nº 4.591/1964.

Assim, os proprietários são responsáveis por eventuais condenações decorrentes de decisões judiciais, podendo, inclusive, ter suas unidades exclusivas penhoradas, com o regular afastamento da proteção conferida ao bem de família, conforme decidiu o STJ no REsp 1.473.484-RS, julgado pela Quarta Turma em 21 de junho de 2018.

3.7.5 Prazo prescricional para a cobrança de taxas condominiais

O STJ, em sede de recursos repetitivos, definiu que, na vigência do Código Civil de 2002, é quinquenal o prazo prescricional para que o condomínio geral ou edifício (vertical ou horizontal) exercite a pretensão de cobrança de taxa condominial ordinária ou extraordinária, constante em instrumento público ou particular, a contar do dia seguinte ao vencimento da prestação, consoante REsp 1.452.757-SP, julgado pela Quarta Turma em 18 de outubro de 2016.

3.7.6 Mudança de fachada

O STJ apreciou a questão relativa à mudança de fachada por condômino e decidiu que o condomínio pode estabelecer regras para possibilitar ou não mudanças, podendo determinar a restauração de esquadrias da fachada para o padrão original do prédio após modificação indevida.

A matéria foi levada ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça em razão de um condômino mudar a cor das esquadrias externas, de preto para branco. A Corte entendeu que, mesmo que as alterações sejam pouco visíveis da rua e, em princípio, não acarretem prejuízo direto no valor dos demais imóveis do prédio, o legislador trouxe critérios objetivos a respeito de alterações na fachada de condomínios edifícios, os quais devem ser observados por todos os proprietários, salvo autorização concedida pela unanimidade dos condôminos (artigo 10, § 2º, da Lei nº 4.591/1964).

A medida tem o objetivo de evitar a quebra da unidade arquitetônica e a consequente desvalorização da propriedade condominial, conforme decidiu o STJ no REsp 1.483.733-RJ, julgado pela Terceira Turma em 25 de agosto de 2015.

3.7.7 Não obrigatoriedade de licitação por parte de condomínio edilício em que ente público seja proprietário de fração ideal

O STJ enfrentou ainda questão relativa ao direito público ao definir que, apesar do regime de licitação estabelecido como regra para aquisições e contratações no âmbito do Poder Público pela Constituição Federal de 1988, na eventual hipótese de entes públicos serem proprietários de frações ideais de imóvel em regime condominial, o síndico não está obrigado a realizar procedimento licitatório no âmbito de sua gestão, pois os condomínios edilícios não figuram dentre aqueles entes obrigados a licitar mencionados no art. 37, XXI, da CF/88 ou na Lei nº 8.666/93, conforme decidido no REsp 1.413.804-MG pela Quinta Turma do STJ em 8 de setembro de 2015 .

3.7.8 Impossibilidade de o condomínio sofrer danos morais

Por derradeiro, o STJ decidiu que, por ser considerado ente despersonalizado, o condomínio não pode sofrer danos morais. No caso concreto, os condôminos contrariaram ordem judicial e promoveram uma festa para mais de 200 (duzentas) pessoas dentro do condomínio, gerando transtorno para outros moradores e para pacientes de um hospital próximo em razão de som alto, nudez, e entrada e saída constante de pessoas.

Para o Superior Tribunal de Justiça, apesar da violação de regras de convivência pelo condômino antissocial, não é possível a condenação por suposto dano moral sofrido pelo condomínio.

Inclusive, restou consignado que o condomínio não é titular das unidades autônomas, tampouco das partes comuns, as quais pertencem exclusivamente aos condôminos que, na qualidade de pessoas físicas, podem ajuizar a competente ação para buscar a reparação que entenderem devida, pois, conforme a Ministra Nancy Andrighi registrou no bojo do voto condutor do REsp 1.736.593-SP, julgado pela Terceira Turma em 11 de fevereiro de 2020, "quem goza de reputação são os condôminos, e não o condomínio, ainda que o ato lesivo seja a este endereçado".

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados colhidos da presente pesquisa demonstraram que a figura do condomínio edilício apresenta diversas particularidades que devem ser estudadas de modo aprofundado, a fim de analisar se determinada situação concreta com a qual se defronte o instituto está realmente alinhado com o perfil legislativo que lhe foi delineado.

Demais disso, é preciso também observar os parâmetros jurisprudenciais fixados pelo STJ que, como intérprete da legislação federal, tem a função de uniformizar o entendimento dos Tribunais e juízes brasileiros acerca da figura do condomínio edilício, que tem sua regulação precípua estabelecida em leis federais, como o Código Civil e a Lei Federal nº 4.591/64.

Conforme se observa do cotidiano, o condomínio edilício é um instituto amplamente utilizado no Brasil. Todavia, sua instituição e constituição obedecem a um rigoroso procedimento legal, demandando o registro de instrumento público (escritura pública ou testamento) em cartório de Registro de Imóveis.

Além disso, as relações jurídicas estabelecidas entre condôminos diversos ou entre eles e a administração condominial constituem terreno fértil para litígios e controvérsias, sendo recomendável a adoção de um regime interno minudente, com especial atenção para a disciplina da utilização dos espaços comuns pelos condôminos.

No que diz respeito à atribuição de personalidade jurídica, restou consignado que a doutrina atual e a jurisprudência remansosa dos tribunais têm apontado para uma carência de personalidade jurídica, sendo conferida aos condomínios apenas a personalidade judiciária (capacidade de ser parte em processos judiciais) em razão de figurarem nos polos ativo/passivo de diversos negócios jurídicos.

Assim, apesar das controvérsias, ilustradas por meio da exposição de oito casos difíceis julgados pelo STJ a respeito do condomínio edilício, verifica-se que, o instituto é de grande relevância para o desenvolvimento urbano, merecendo a devida atenção do meio acadêmico, da municipalidade, do registrador imobiliário, das empresas de administração profissional e dos advogados atuantes na área.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964. **Lei que dispõe sobre o Condomínio em Edificações e as Incorporações imobiliárias**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm>. Acesso em 27 maio 2022.

CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KUMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. v. 5. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2020.

LOPES, João Batista. **Condomínio**. 7. ed. São Paulo: RT, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

MEZZARI, Mario Pazutti. **Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporação**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. T. I.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. **Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis – Teoria e Prática**. São Paulo: Mirante, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil: contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Direito registral imobiliário: sujeitos, imóveis e direitos inscritíveis**. Curitiba: Juruá, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

Capítulo 12

**ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO:
APONTAMENTOS ACERCA DA “CULTURA DO
ESTUPRO” NO BRASIL**

Cláudia Marília França Lima

Maria Luiza Vargas Rocha

ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: APONTAMENTOS ACERCA DA “CULTURA DO ESTUPRO” NO BRASIL

Cláudia Marília França Lima

Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Civil pela Universidade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta – Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta/RS, Brasil. E-mail: claufl1903@gmail.com

Maria Luiza Vargas Rocha

Mestranda em práticas socioculturais e desenvolvimento social Unicruz, bolsista da CAPES-taxa. Pós-graduanda em Direito dos Animais Universidade de Lisboa, pós graduanda em Direito do Trabalho Dom Alberto, pós-graduanda em Direito do Trabalho e direito processual do trabalho pela faculdade legale e pós graduanda em planejamento previdenciário pela faculdade legale. Bolsista do projeto PAPCT/UNICRUZ “Mata ciliar, desenvolvimento sustentável e biodiversidade: o potencial ambiental do rio Ijuizinho” E-mail: maria.luiza@sou.unicruz.edu.br

RESUMO

O Brasil possui uma estatística elevada da ocorrência da conduta prevista no artigo 213 do Código Penal, qual seja, o crime de estupro. Os casos que chegam até as autoridades policiais mostram que, na maioria das vezes, o crime ocorre contra mulheres. Diante dessa situação, inicia-se a necessidade de se debater acerca de quais são os motivos pelos quais o crime de estupro vitima mais mulheres que homens. Sendo assim, sentiu-se a necessidade de analisar o contexto brasileiro. Dessa forma, o que se observou é que dentro do nosso corpo social existe uma “cultura do estupro”, fato que significa a naturalização de atos machistas e a responsabilização da vítima pela ocorrência do crime de estupro. A elaboração deste Artigo Científico, dessa forma, desenvolve-se a partir do método qualitativo, com método de pesquisa dedutivo e método de procedimento bibliográfico. Assim, a pesquisa apresenta um estudo acerca da “cultura do estupro” presente no Brasil e a sua influência para a ocorrência da conduta prevista no artigo 213 do Código Penal. Portanto, como resultado deste trabalho, foi possível observar que o Brasil é um país emergido em uma “cultura do estupro”, a qual permite uma maior incidência de crimes de estupro contra mulheres.

Palavras-chave: Cultura do estupro. Mulheres. Brasil.

ABSTRACT

Brazil has high statistics on the occurrence of the conduct provided for in article 213 of the Penal Code, that is, the crime of rape. The cases that reach the police authorities show that, in most cases, the crime occurs against women. Faced with this situation, there is a need to debate about what are the reasons why the crime of rape victimizes more women than men. Therefore, the need to analyze the Brazilian context was felt. In this way, what was observed is that within our social body there is a “rape culture”, a fact that means the naturalization of sexist acts and the accountability of the victim for the occurrence of the crime of rape. The elaboration of this Scientific Article, in this way, is developed from the qualitative method, with a deductive research method and a bibliographic procedure method. Thus, the research presents a study about the “rape culture” present in Brazil and its influence on the occurrence of the conduct provided for in Article 213 of the Penal Code. .Therefore, as a result of this work, it was possible to observe that Brazil is a country emerged in a “rape culture”, which allows a higher incidence of rape crimes against women.

Keywords: Rape culture. Women. Brazil.

Considerações iniciais

O crime de estupro consiste na conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. A conduta criminosa é prevista no artigo 213 do Código Penal e é um dos crimes mais frequentes ocorridos em nosso país.

Diariamente, o Brasil registra inúmeros casos de estupros, de modo que o país possui uma alta estatística da ocorrência do crime. Nesse sentido, observa-se que, todos os dias, diversos casos são comunicados as autoridades policiais, acrescentando-se, ainda, as ocorrências que não chegam até as autoridades policiais. O que se nota acerca desses casos é que, na maioria das vezes, as vítimas são mulheres.

Nasce, assim, a necessidade de se discutir acerca dos motivos pelos quais o crime de estupro vitima mais mulheres que homens. O fator mais apontado para explicar essa afirmação é o de que vivemos em uma “cultura do estupro”. A cultura do estupro é a naturalização de atos machistas e da culpabilização e responsabilização das vítimas pela ocorrência do crime de estupro.

Perante esse contexto a pesquisa possui a seguinte problemática: A “cultura do estupro” existe em nosso país? Se sim, é o fator essencial para a maior ocorrência dos crimes de estupro contra as mulheres?

A hipótese levantada nessa pesquisa é a de que a cultura do estupro é o fator chave para que haja um maior número de vítimas mulheres. É pela existência da “cultura do estupro” que há uma normalização e banalização do crime de estupro, gerando um aumento considerável de casos que vitimam o sexo feminino.

Ressalta-se que a presente pesquisa caracteriza-se como uma pesquisa qualitativo bibliográfica. A pesquisa é qualitativa porque tem a intenção de abordar a problemática, a partir da interpretação de fenômenos que dela derivam. E é bibliográfica, ao ponto que o procedimento se dará pela análise de textos já publicados.

Resultados e discussões

A expressão “cultura do estupro” não é nova. A sentença ganhou força nos últimos anos pelos inúmeros casos de estupro que ganharam a mídia. Todavia, nota-se que a ideia de que existe e vivemos em uma “cultura do estupro” é mais antiga. A expressão foi talhada e desenvolvida por feministas norte-americanas nos anos 1970.

Em 1975, Susan Brownmiller escreveu o livro “Contra a nossa vontade: homens, mulheres e estupro”. Para Brownmiller (1975), em seu livro, a existência de uma cultura que apoia o estupro, inicia-se a partir de como essa conjuntura social define a sexualidade masculina como agressiva e a feminina como passiva, sensível e delicada. Ou seja, exige das mulheres um comportamento polido e de não confronto e aceita que o homem possui um modo colérico em seu agir.

Além disso, Susan Brownmiller (1975) apontou que a sociedade norte-americana, além de outras, deram suporte a uma “cultura do estupro”. As sociedades utilizaram do estupro como forma de impor medo nas mulheres. A genitália do homem sempre foi utilizada para contribuir para um processo de intimidação pelo qual todos os homens mantêm o sexo feminino em uma posição de medo.

Dessa forma, observa-se que teorias norte-americanas datadas de 1970 já utilizavam a expressão “cultura do estupro” para indicar a existência de uma justificativa para a ocorrência do crime de estupro. A justificativa é baseada, em um primeiro momento, na definição comportamental do homem e da mulher. A “cultura do estupro” define e aceita que o homem é agressivo e a mulher é passional. Além disso, a genitália masculina impõe medo as mulheres, de modo a contribuir para o processo de naturalização do estupro.

Atualmente, de acordo com a ONU Brasil (2016), entende-se por “cultura do estupro”, a reunião de maneiras pelas quais uma determinada sociedade culpa as vítimas de assédio ou de violência sexual, e, assim, prescreve a atitude violenta do sexo masculino. Dessa forma, a cultura do estupro existe a partir do momento em que uma sociedade normaliza o estupro por meio da culpabilização da vítima.

Observa-se, portanto, que há uma “cultura do estupro” quando uma sociedade atribui a culpa do crime de estupro as próprias vítimas da conduta, ou seja, aceita a situação ao justificar a ocorrência da conduta por conta de atitudes do sujeito passivo. Ao fazer isso o corpo social aceita o machismo, bem como a atitude violenta dos homens e banaliza o crime de estupro. A diferença de postura de tolerância/intolerância à violência doméstica e à violência sexual reafirma mais uma vez a dificuldade de se estabelecer no Brasil uma agenda de direitos sexuais e de direitos reprodutivos e uma visão de que os corpos das mulheres a elas pertencem.

Desde muito cedo, as meninas são ensinadas a aceitarem a mentalidade de vítimas de estupro. Ainda crianças, aprendem a temer os homens, não sair à noite, usar roupas que cubram mais o corpo, evitar andar sozinhas, ou seja, são ensinadas a prevenir o estupro como se fosse sua responsabilidade (BROWMILER, 1975))

Portanto, a cultura do estupro está diretamente vinculada a uma cultura patriarcal, na qual se reproduzem estereótipos de gênero que diferenciam e hierarquizam homens e mulheres, uma construção que inclui elementos de poder (SCOTT, 1990). E se, por um lado, a cultura do estupro produz corpos femininos estupráveis, ou uma condição feminina estuprável, por outro, produz sujeitos estupradores, ou uma condição masculina estupradora,

Portanto, pode-se concordar com a afirmação de Brownmiller (1975) para a qual todo estupro é um exercício de poder, constituindo-se muito além do que uma mera manifestação incontrolável do desejo do homem, mas sim em um ato que ocorre dentro de uma configuração institucionalizada que favorece os estupradores. Constitui-se em uma violência sexual e, como toda violência, tem suas raízes nas regras hierárquicas e autoridade coercitiva que explicitam a biopolítica patriarcal da carne, que age por meio de construções de saber/poder, ou verdades que legitimam a perpetuação da cultura do estupro.

No Brasil, dados indicam que a “cultura do estupro” é fortemente presenciada. De acordo com 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), no ano de 2020, no

primeiro semestre, foram registrados 25.922 casos de estupro, sendo que 22.573 de vítimas eram do sexo feminino, fato que indica a predominância de casos envolvendo o sexo feminino.

Além disso, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas apresentou um estudo realizado, no qual foi verificado que 65% dos entrevistados concordavam com a afirmação “Mulheres que usam roupas que mostram o corpo merecem ser atacadas”. A pesquisa indicou que maioria dos brasileiros culpava a vítima pela ocorrência do crime de estupro (IPEA, 2014).

Outro dado apontado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas é o de que 58% dos entrevistados concordaram com a frase “se as mulheres soubessem se comportar haveria menos estupros”; 63% respaldaram com a frase “casos de violência dentro de casa devem ser discutidos somente entre os membros da família”; 82% concordaram com a afirmação “em briga de marido e mulher não se mete a colher” (IPEA, 2014).

São nessas situações que se evidencia a existência de uma “cultura do estupro” no Brasil. Nota-se que estamos diante de uma expressão válida, a qual traz modos de vida, percepções e ideias que incentivam modos de agir, falar, pensar, nas quais o estupro foi banalizado. No Brasil, a “cultura do estupro” faz com que mulheres precisem camuflar-se para sobreviver, ou seja, esconder sua condição feminina. A “cultura do estupro” faz com que a vítima se torne culpada por não ter fugido, não ter corrido ou por ter parecido mulher demais

Diante desse cenário, é possível apontar que a existência de uma forte “cultura do estupro” no Brasil. São inúmeros casos presenciados nos últimos anos que apontam para a banalização do crime e a culpabilização da vítima. Além disso, a “cultura do estupro” é o principal fator que faz com que as vítimas sejam, na maioria das vezes, mulheres.

Considerações finais

A pesquisa teve como objetivo analisar e constatar a existência de uma “cultura do estupro” no Brasil, a fim de indicar se esse é o fator que essencialmente determina uma maior ocorrência do crime em face de mulheres.

Com a análise bibliográfica e em pesquisas realizadas, foi possível observar que o Brasil é um país emergido em uma “cultura do estupro”. A sociedade brasileira justifica a

ocorrência do crime de estupro ao pensar e trazer a tona o “erro” da vítima e não o do transgressor. Nesse sentido, o estupro acaba sendo banalizado e até mesmo normalizado, porquanto a vítima é a culpada pelo crime.

Por trás da afirmação, está a noção de que os homens não conseguem controlar seus apetites sexuais; então, as mulheres, que os provocam, é que deveriam saber se comportar, e não os estupradores. A violência parece surgir, aqui, também, como uma correção. A mulher merece e deve ser estuprada para aprender a se comportar

Conclui-se, portanto, que a hipótese levantada nesta pesquisa foi confirmada em sua integralidade. Isso porque a “cultura do estupro” existe em nosso país, a qual culpa o comportamento da mulher pela ocorrência do crime, contribui significativamente para que os crimes de estupro tenham um maior número de vítimas do sexo feminino.

REFERÊNCIAS

Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 14. 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/anuario-14/>>. Acesso em 18 mai. 2022.

BROWNMILLER, Suzan. **Against our will: men, women and rape.** New York: Fawcett Columbine, 1975.

ONU BRASIL. **Por que falamos de cultura do estupro?** 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro>>. Acesso em 17 mai. 2022.

Tolerância Social à Violência Contra as Mulheres. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2014. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf>. Acesso em 17 mai. 2022.

Capítulo 13

**ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DE UMA LENTE DA
HERMENEUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER NO
CASO MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS.
NICARÁGUA PERANTE O SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:
DEMARCAÇÃO DE TERRAS ANCESTRAIS
INDÍGENAS**

Elaine Freitas Fernandes

**ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DE UMA LENTE DA HERMENEUTICA
FILOSÓFICA DE GADAMER NO CASO MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI
VS. NICARÁGUA PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS: DEMARCAÇÃO DE TERRAS ANCESTRAIS INDÍGENAS**

Elaine Freitas Fernandes

*Advogada; Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro
Universitário do Pará – CESUPA, na linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e
Desenvolvimento Regional; Doutoranda em Direito Público e evolução social- Direitos
fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA; professora
universitária e coordenadora de curso; Email: elainefff@hotmail.com.*

Resumo

O presente artigo tem a finalidade de analisar o caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tigni o qual foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos e tem como objetivo compreender os motivos dessa decisão à partir de uma análise crítica Gadameriana. Os argumentos judiciais do caso são analisados pela dimensão intertemporal da forma comunal da propriedade através da hermenêutica Gadameriana, que nos faz concluir que, no presente caso, não se tratou apenas da interpretação do texto, mas de interpretar a história humana em relação à propriedade e da fusão de horizontes do passado com o presente. Essa aplicação da hermenêutica filosófica proposta por Gadamer à análise de decisões judiciais, proporciona uma percepção diferenciada do direito, no sentido de ultrapassar o paradigma que direciona a prática e o ensino do direito hodiernamente: a inegabilidade dos pontos de partida e a obrigatoriedade de decidir. O primeiro impondo a referência obrigatória ao dogma do direito (a norma); segundo condicionando o raciocínio jurídico a encontrar sempre uma solução "mais justa", "mais razoável", "mais aceitável", sob o enfoque quase exclusivamente legalista. A metodologia será realizada por meio de pesquisa bibliográfica. Procurou-se percorrer pelas questões centrais que vieram à tona a partir de cada capítulo, relacionando-as aos objetivos e à hipótese da pesquisa, refletindo até onde foi possível chegar e se o ponto de partida foi mantido.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Hermenêutica Jurídica. Terras ancestrais indígenas. Forma comunal de propriedade. Fusão de horizontes.

Abstract: This article aims to analyze the case of the Mayagna Awas Tigni indigenous community which was submitted to the Inter-American Court of Human Rights and aims to understand the reasons for this decision based on a critical Gadamerian analysis. The judicial arguments of the case are analyzed by the intertemporal dimension of the communal form of property through Gadamerian hermeneutics, which leads us to

conclude that, in the present case, it was not only a matter of interpreting the text, but of interpreting human history in relation to property and of the fusion of horizons of the past with the present. This application of the philosophical hermeneutics proposed by Gadamer to the analysis of judicial decisions, provides a differentiated perception of law, in the sense of going beyond the paradigm that directs the practice and teaching of law today: the undeniability of starting points and the obligation to decide. The first imposing mandatory reference to the dogma of law (the norm); second, conditioning legal reasoning to always find a "fairer", "more reasonable", "more acceptable" solution, under an almost exclusively legalistic approach. The methodology will be carried out through bibliographic research. We tried to go through the central questions that emerged from each chapter, relating them to the objectives and hypothesis of the research, reflecting how far it was possible to reach and if the starting point was maintained.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Legal Hermeneutics. Indigenous ancestral lands. Communal form of property. Fusion of horizons.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de apresentar os argumentos da decisão judicial do caso *Mayagna Awas Tigni vs. Nicarágua* proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em relação à violação ao artigo 21 e 25 da corte, através de uma análise hermenêutica Gadameriana, como um material profícuo para discussões situadas sobre direitos territoriais indígenas.

Após a delimitação do caso e da decisão de mérito, serão apresentados argumentos judiciais através de uma crítica hermenêutica sobre os fundamentos da decisão através dos conceitos de tradição fusão de horizontes e círculo hermenêutico, aplicados ao caso concreto tentando compreender a simbologia da hermenêutica em decisões judiciais, especialmente nesta decisão.

Analisaremos a importância do estudo pela sua dimensão extrajurídica e sua influência direta na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de uma lente hermenêutica na compreensão dos textos, e sua relação com o passado e o presente.

2 O CASO MAYAGNA (SUMO) AWAS TIGNI VS. NICARÁGUA

O julgamento do caso da comunidade Mayagna foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁵ pela Comissão Interamericana em 04 de julho de 1998. Teve como objeto o fato de o governo da Nicarágua não ter demarcado as terras ancestrais da comunidade e não ter tomado as medidas necessárias para a proteção da propriedade das referidas terras e seus recursos naturais. A propriedade das terras se viu ameaçada por ocasião da pretensão por parte do governo da Nicarágua de realizar uma concessão para que a madeireiro *Sol Del Caribe (SOLCARSA)* iniciasse a exploração econômica, sem que os Awas Tingni tivessem sido consultados. O caso foi encaminhado à Comissão Interamericana com as alegações de que o governo havia violado os direitos à cultura, religião, igualdade de tratamento e participação no governo, indicando a violação pelo Estado da Nicarágua, dos artigos 1, 2, 21 e 25 da Convenção Americana, devido a não demarcação do território daquela comunidade e requerendo, com base no artigo 63.1, que a Corte estipule uma compensação pelos direitos violados.

De acordo com Jaime Benvenuto¹⁶, sob a alegação de esgotamento dos recursos internos, o caso foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos já no ano de 1995, acompanhado posteriormente de uma solicitação complementar de medidas cautelares, visto que o Estado estava prestes a outorgar a concessão à *SOLCARSA*. Em março de 1996, os petionários enviaram à Comissão uma proposta de solução amistosa para caso, que já havia sido apresentada aos ministros das Relações Exteriores e do Meio Ambiente e Recursos Naturais.

Os petionários apresentaram também um documento mediante o qual outras comunidades indígenas da Região Autônoma Atlântico Norte - (RANN) e do Movimento Indígena da Região Autônoma Atlântico Sul aderiam à petição apresentada perante a Comissão. Foram realizadas reuniões informais entre as partes e a Comissão, no ano de 1996, com o objetivo de se chegar a uma solução amigável para o caso. Nessas ocasiões, a comunidade indígena solicitou ao Estado a demarcação de suas terras ancestrais e, enquanto isto não ocorresse, que a concessão à *SOLCARSA* fosse suspensa. O Estado da Nicarágua rechaçou a proposta de acordo. Os petionários propuseram que a comissão visitasse a Nicarágua para dialogar com as partes. Após certo acirramento nas relações, o

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf, acessado em 15/04/2022.

¹⁶ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. Justiciabilidade internacional dos direitos humanos: os casos Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua e Lusting-Prean e Beckett contra o Reino Unido, Recife: Ed. do autor, 2009. Disponível em <http://www.unicap.br/revistas/publicacaojusticiabilidade.pdf>, acessado em 20/04/2022.

Estado apresentou documentos probatórios anunciando a criação da Comissão Nacional de Demarcação e convidando os peticionários a participar da mesma. (LIMA JÚNIOR, 2009, p.13)

Em 1997, os peticionários reiteraram sua solicitação de medidas cautelares, informando posteriormente que o Estado não havia suspenso as atividades florestais na área. A Comissão solicitou ao Estado a adoção de medidas cautelares para suspender a concessão à *SOLCARSA*, enquanto o Estado solicitou à Comissão o arquivamento do caso, tendo em vista que o Conselho RAAN havia ratificado a aprovação da concessão à *SOLCARSA*. Os peticionários, por sua vez, informaram que o Conselho Regional da RAAN era parte da organização político-administrativa do Estado e estava atuando sem levar em conta os direitos territoriais da comunidade. Solicitaram, ainda, que a Comissão observasse o disposto no art. 50 da Convenção. Em seguida, o Estado comunicou à Comissão que não se havia esgotado os recursos internos referentes ao caso, invocando a aplicação dos artigos 46 da Convenção e 37 do Regulamento da Comissão. Em 03 de março de 1998, a Comissão aprovou o relatório de nº 27/98 em que define a responsabilidade do Estado nicaraguense pelas violações ao direito à propriedade indígena tanto do ponto de vista substantivo quanto da impossibilidade de acesso aos recursos internos para as pretensões comunitárias¹⁷.

Com relação às recomendações da Comissão, a Nicarágua manifestou resposta intempestiva assinalando contar com uma Comissão Nacional para a Demarcação das Terras das Comunidades Indígenas da Costa Atlântica e haver procedido à preparação do Projeto de Lei de Propriedade Comunal que tem como objetivos o estabelecimento do credenciamento das comunidades indígenas e suas autoridades, a delimitação e titulação das propriedades e a solução do conflito¹⁸.

2.1 A decisão de mérito

Sendo parte o Estado da Nicarágua da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 25 de setembro de 1979, foi reconhecida a competência contenciosa da Corte em 12 de fevereiro de 1991, para conhecer o caso.

¹⁷ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 20/04/2022.

¹⁸ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 20/04/2022.

A demanda perante a Corte foi submetida com base nos artigos 50 e 51 da Convenção Americana e os artigos 32 e seguintes do Regulamento da Corte. A Comissão ao apresentar o caso à Corte, teve a intenção de que a mesma deliberasse em deferência da violação dos artigos 1º. da Convenção (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2º. (Dever de Adotar Disposições de Direito), 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial). Também foi solicitada à Corte que declarasse a obrigação do Estado em demarcar as terras da comunidade, abstendo de outorgar concessões até que a demanda fosse resolvida, indenizar a comunidade e pagar as custas e gastos referentes ao processo.

Em 31/08/2001, a Corte declarou que o estado violou o direito à proteção judicial (art. 25) e o direito à propriedade (art. 21), determinando que a Nicarágua adote leis e regulamentos nacionais para demarcar as propriedades das comunidades indígenas e intimando o Estado a investir 50.000 dólares em serviços públicos que beneficiem os Awás Tingni, como forma de reparação.

A corte considerou evidente a existência de normas que reconhecem e protegem a propriedade comunitária indígena na Nicarágua, dentre elas: o conteúdo dos artigos 5º., 89 e 180 da Constituição Política da Nicarágua de 1995 e da lei que regula o Estatuto da Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua, além do decreto nº 16, de 23 de agosto de 1996, referente à criação da Comissão Nacional para a Demarcação das Terras das Comunidades Indígenas da Costa Atlântica, que determina que se faz necessário estabelecer uma instância administrativa adequada para iniciar o processo de demarcação das terras tradicionais das comunidades indígenas. Considerou também a lei nº 14, chamada de Lei de Reforma Agrária¹⁹, a qual estabelece no seu artigo 31 que: “O Estado disporá das terras necessárias para as comunidades Miskitas, Sumos, Ramas e demais etnias do Atlântico da Nicarágua, com o propósito de elevar seu nível de vida e contribuir para o desenvolvimento social e econômico da Nação”.

No entanto, notou que o procedimento para titulação das terras ocupadas pelos grupos indígenas não estava claramente regulado na legislação nicaraguense. A dita lei nº 14, na consideração da Corte, não estabelecia um procedimento específico para a demarcação e titulação das terras indígenas atendendo a suas características particulares. A consideração se baseou em depoimentos de várias testemunhas e peritos que

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) caso 2000 p.71, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf, acessado em 15/04/2022.

compareceram perante a Corte e manifestaram que na Nicarágua há um desconhecimento geral e uma incerteza do que se deve fazer e perante quem se deve dirigir uma petição relacionada à demarcação e titulação de terras (LIMA JÚNIOR, 2009, p.18).

De acordo com Jayme Bevenuto (2009), a Corte considerou provado que a comunidade Awas Tigni havia realizado diversas ações perante várias autoridades nicaraguenses no sentido de fazer valer os seus direitos. Em particular no que diz respeito aos recursos de amparo efetuados pela comunidade, a Corte julgou que o Estado desconheceu o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana.

À luz do artigo 21, combinado com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, a Corte considerou que o Estado violou o direito ao uso e ao gozo dos bens dos membros da comunidade Awas Tigni visto que não delimitou nem demarcou a propriedade comunitária e outorgou concessões a terceiros para exploração de bens e recursos existentes na propriedade indígena. Baseou-se, para tanto, numa interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, levando em conta as normas de interpretação aplicáveis, em conformidade com o artigo 29.b da Convenção (que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos). Na visão da Corte, o art. 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas em relação à propriedade comunitária que, por sua vez, também está reconhecida pela Constituição Política da Nicarágua.

Com a sentença, a Corte Interamericana demonstra a capacidade de absorver aspectos importantes do direito indígena tradicional. A Corte assinalou também não haver provas da existência de danos materiais aos membros de Awas Tigni, afirmando que a sentença constitui, per si, uma forma de reparação para os membros da comunidade. Contudo, considerou que devido à falta de delimitação, demarcação e titulação da propriedade comunitária, o dano imaterial sofrido deveria ser reparado, por via substitutiva, mediante uma indenização pecuniária, fixada conforme a equidade e baseando-se em uma apreciação prudente do dano imaterial.(LIMA JÚNIOR, 2009 p.23).

Diante de um caso com tais características, expressiva é a conclusão de Cançado Trindade (2002, p. 7) a seu respeito, que preleciona que em um caso contencioso (sentença quanto ao mérito) sem precedentes, o da Comunidade Mayagna Awas Tigni versus Nicarágua (2001), a Corte protegeu toda uma comunidade indígena, e seu direito à propriedade comunal de suas terras (sob o artigo 21 da Convenção); determinou a Corte

que a delimitação, a demarcação e a titulação das terras da referida comunidade indígena deveriam efetuar-se em conformidade com seu direito consuetudinário, seus usos e costumes.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA HERMENÊUTICA GADAMERIANA APLICADA AO CASO CONCRETO

De acordo com Sandro Alex Simões (2010) a hermenêutica consiste na decifração de signos, no esforço empreendido para que se construa o entendimento. Seu significado está ligado inicialmente a Hermes, o deus grego portador das mensagens olímpicas, e se desenvolve envolvida nessa aura de uma arte reservada ou iniciática que permitia acesso aos mistérios das entrelinhas, por detrás das aparências das mensagens, a chave da leitura de saberes restritos, como a religião e o próprio direito.

A hermenêutica procura trazer à tona os horizontes do falante, A questão não é o texto, é a forma como interpretamos o texto. Isso é para compreender que a hermenêutica no século XX passa não pela questão de como as coisas são, mas como as entendo e como as interpreto. O processo de interpretação será entendido como constitutivo das coisas.

É no horizonte da filosofia de Hans-Georg Gadamer (2009) que o fenômeno histórico ficaria acima do “nosso querer”, como condição pré-conceitual do caminho de todo processo de compreensão. No espaço da razão hermenêutica, o lembrar do passado de como a propriedade era passada de geração para geração dentro de membros da mesma família é indispensável para elevar os direitos fundamentais a um espaço privilegiado na sociedade contemporânea e romper com o quadro atual de direito a propriedade civilista, porém, se a verdade do passado histórico não é acessível à nossa subjetividade política, perdem-se de vista os valores que norteiam os direitos fundamentais no presente, enfraquecendo-se a democracia e contribuindo para a perpetuação do legado autoritário no presente.

O direito à propriedade é um direito imerso em uma tradição secular. Para os romanos o direito se definia pela capacidade de mensuração e quantificação. O que percebe-se no caso em tela é que a demanda gira em torno da mensuração, pois os

indígenas pleitearam inicialmente ao Estado da Nicarágua que suas terras fossem mensuradas para serem tituladas, tanto é que a comissão assim decidiu²⁰:

Em 3 de março de 1998, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório nº 27/98, que foi transmitido ao Estado no dia 6 do mesmo mês e ano, e concedeu à Nicarágua um prazo de dois meses para que informasse sobre as medidas que houvesse adotado para dar cumprimento às recomendações. Neste Relatório, a Comissão concluiu:

141. Com base nas ações e omissões examinadas, [...]o Estado da Nicarágua não cumpriu suas obrigações sob a Convenção Americana de Direitos Humanos. O Estado da Nicarágua não demarcou as terras 10 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS comunitárias da Comunidade Awas Tingni, nem de outras comunidades indígenas. Tampouco tomou medidas efetivas que assegurem os direitos de propriedade da Comunidade em suas terras. Esta omissão por parte do Estado constitui uma violação dos artigos 1, 2, e 21 da Convenção, os quais, em seu conjunto, estabelecem o direito a estas medidas efetivas. Os artigos 1 e 2 obrigam os Estados a tomar as medidas necessárias para implementar os direitos contidos na Convenção.

Dessa, forma verifica-se que há uma tradição da mensuração das terras para serem reconhecidas e tituladas. Em Gadamer (2009) a proposta fundamental para que possamos entender e interpretar o mundo a partir do próprio mundo se dá através dos conceitos de tradição e do preconceito, que estão diretamente ligados à dinâmica do círculo hermenêutico, pois são potencialidades e possibilidades a partir do sujeito.

Preleciona Simões (2010) que todos estamos ligados a alguma tradição, inevitavelmente. A tradição é definida a partir do nosso lugar no mundo e estabelece para nós um horizonte ao qual nos incorporamos e que, de fato, assumimos como nosso, afetiva e culturalmente, não como estranhos. Ao revés, estranho é tudo que não pertence à tradição e que, a partir dela, poder-se-á definir como não pertencente. É a tradição que funda a distinção estranho/familiar, tão cara para a compreensão, dado que é, entende-se, de regra, o que nos é próximo, comum, familiar e esse olhar de identificação não é dirigido ao texto, mas a partir do texto, para o próprio intérprete.

No caso em tela, a corte ao decidir que o estado de Nicarágua demarque as terras indígenas, baseada na relação comunal do povo com a terra, ela está seguindo a tradição dos antepassados, que, de acordo com Fustel de Coulanges (1961), este afirma que a propriedade era primeiramente baseada entre uma profunda ligação com os ancestrais

²⁰ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 20/04/2022 p.55.

de uma determinada família, estes eram venerados em seus túmulos e considerados como Deuses. Somente a família poderia prestar os rituais, ninguém mais que não fosse ligado por agnição poderia presenciar o culto ritualístico.

A propriedade se traduzia “como a dominação do homem sobre a coisa e se reveste dos atributos dominais de poder usar, gozar dispor, e reivindicar a coisa onde que ela se encontre” (MOREIRA, p.40, 2003).

O que a corte fez foi seguir a tradição dos antepassados e da herança histórica, que segundo Gadamer, (2009, p.421):

O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre essa base, e, mesmo no caso em que, na educação, a "tutela" perde a sua função com o amadurecimento da maioridade, momento em que as próprias perspectivas e decisões assumem finalmente a posição que detinha a autoridade do educador, esta chegada da maturidade vital histórica não implica, de modo algum, que nos tornemos senhores de nós mesmos no sentido de nos havermos libertado de toda herança histórica e de toda tradição. A realidade dos costumes, p. ex., é e continua sendo, em âmbitos bem vastos, algo válido a partir da herança histórica e da tradição. Os costumes são adotados livremente, mas não criados por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta. E isso, precisamente, que denominamos tradição: o fundamento de sua validade. E nossa dívida para com o romantismo é justamente essa correção do Aufklärung, no sentido de reconhecer que, à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos.

Quando o Estado da Nicarágua outorga a concessão para a empresa *SOLCARSA*, ele assume a condição de dono, a Nicarágua fala do reconhecimento das terras indígenas, mas no entanto, outorga a concessão mesmo em discussão, ferindo nesse momento os elementos da propriedade, que é de usar, gozar e dispor da terra.

À luz do artigo 21, combinado com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, a Corte considerou que o Estado violou o direito ao uso e ao gozo dos bens dos membros da comunidade Awas Tigni visto que não delimitou nem demarcou a propriedade comunitária e outorgou concessões a terceiros para exploração de bens e recursos existentes na propriedade indígena.

Para a Corte, ficou provado inexistir na Nicarágua uma política de titulação de terras de comunidades indígenas. A declaração da perita Lottie Marie Cunningham de

Aguirre²¹ é clara nesse sentido, ao afirmar não existir nenhum procedimento interno através do qual as comunidades possam se valer para defender seus direitos ancestrais.

A Corte considerou provado que a comunidade Awas Tigni havia realizado diversas ações perante várias autoridades nicaraguenses no sentido de fazer valer os seus direitos. Em particular no que diz respeito aos recursos de amparo efetuados pela comunidade, a Corte julgou que o Estado desconheceu o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana.

A posição de tal instituição, igualmente à do Governo, era de que as áreas vazias eram do Estado, que as comunidades não possuíam título de propriedade e que a concessão lhes iria trazer benefícios porque geraria empregos.

Percebe-se que dentro de uma mesma língua há mudanças de sentido, transformações, a CIDH usa essa tradição ancestral em relação aos indígenas com a terra, no entanto, na antiguidade era a família que tinha essa relação e não o povo indígena. A CIDH neste sentido ao aplicar a tradição assumiu uma compreensão do lugar e do tempo do interprete no acontecer que a atividade interpretativa desencadeia (SIMÕES, 2010 p.60).

²¹ Perícia de Lottie Marie Cunningham de Aguirre, advogada Residente na Cidade de Bilwi, Município de Puerto Cabezas, Região Autônoma do Atlântico Norte. É advogada e notária pública. Tem seis anos de experiência no trabalho com as comunidades indígenas da Costa Atlântica na Nicarágua e prestou assessoria jurídica às comunidades indígenas dos diferentes territórios na RAAN, tanto no Município de Puerto Cabezas como em Waspam. É Miskita indígena e sua língua materna é o miskito, o que lhe dá alguma possibilidade de entender os fenômenos desta comunidade. Ela diz que, no funcionamento do sistema judicial em seu país, as comunidades indígenas enfrentam problemas pela falta de harmonia do direito positivo com o direito consuetudinário e a demora da justiça. Em sua opinião, não existe nenhum outro procedimento judicial que tenha provado ser efetivo para a aplicação das normas constitucionais da Nicarágua com relação aos povos indígenas. Para melhorar o funcionamento do sistema judicial com respeito às comunidades indígenas deverá ser modificada a Lei nº 49 de Amparo, que indica os procedimentos do recurso de amparo, procedimento que deve ser estabelecido de forma simples, ágil e eficaz, para que as comunidades indígenas possam ter acesso à justiça; modificar a Lei Orgânica do Poder Judicial para adequá-la ao contexto constitucional e estabelecer que as autoridades judiciais possam atuar de ofício nas demandas das comunidades indígenas com respeito a seus direitos territoriais; e aplicar, publicar e colocar em vigência a proposta de Lei de Demarcação e Titulação das Terras Tradicionais para as Comunidades Indígenas e Waspam, para que as comunidades possam dispor de um procedimento para resolver suas demandas de direitos territoriais. A referida proposta de lei foi avaliada pelos dois Conselhos Regionais Autônomos e entregue oficialmente à Assembléia Nacional. É de especial interesse o artigo 18 do Estatuto de Autonomia das Regiões Autônomas, o qual estabelece que a administração de justiça deverá ser regida por regulamentos especiais, levando em conta as particularidades culturais das comunidades indígenas e comunidades étnicas. Para as comunidades indígenas não existe nenhum procedimento mediante o qual possam fazer valer seus direitos ancestrais reconhecidos na Constituição Política. In: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 p.34.

Ademais, ao chegar à definição do que seria povo²², a corte ouviu antropólogos, especialistas no assunto. Aqui a oralidade sobrepõe-se à escrita, verifica-se a complexidade do caso a partir do momento que tornou-se um esforço crítico e especial para a CIDH decidir através da afirmação oral das testemunhas entre opinião e verdade, a tradição seria o oposto à liberdade de pensamento, pois apaga a história e impõe um modo de pensar como óbvio, único e evidente. Gadamer (2009, p.409-410), vejamos:

Por isso lhe é particularmente central o problema hermenêutico. Procura compreender a tradição corretamente, isto é, isenta de todo preconceito e racionalmente. Mas isso traz uma dificuldade muito especial, pelo mero fato de que a fixação por escrito contém em si própria um momento de autoridade de peso determinante. Não é fácil consumir a possibilidade de que o escrito não seja verdade. O escrito tem a palpabilidade do que é demonstrável, é como uma peça comprobatória. Torna-se necessário um esforço crítico especial para que nos liberemos do preconceito cultivado a favor do escrito e distinguir, tanto aqui, como em qualquer afirmação oral, entre opinião e verdade.

De acordo com o filósofo alemão, de qualquer modo, estamos sempre situados entre tradições e isso não é um processo objetivo, faz parte de nós, um modelo ou um exemplo, um tipo de conhecimento cuja historicidade não percebemos. Se fazemos parte

²² Na audiência pública realizada nos dias 16, 17 e 18 de novembro de 2000, a Corte recebeu as declarações de oito testemunhas e de quatro peritos propostos pela Comissão Interamericana, bem como a declaração de uma testemunha convocada pelo Tribunal em uso das faculdades indicadas no artigo 44.1, entre os peritos, estava Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo e sociólogo, conhece a situação dos povos indígenas da Costa Atlântica da Nicarágua por referência, não diretamente. O conhecimento de que dispõe advém da literatura etnográfica e antropológica sobre a Nicarágua e de relatórios feitos por especialistas, referentes à situação dos povos da Costa Atlântica da Nicarágua, povos que têm estado tradicionalmente marginalizados do poder central e vinculados a alguns interesses de cunho econômico ou internacional, mas muito conscientes de sua identidade cultural, de sua auto-percepção social, por serem grupos sociais com uma continuidade histórica, vinculação com a terra, atividades de tipo econômicas e formas de organização próprias que os têm distinguido do resto da população da Nicarágua. Os povos indígenas são definidos como aqueles grupos sociais e humanos, identificados em termos culturais e que mantêm uma continuidade histórica com seus antepassados, desde a época anterior à chegada a este continente dos primeiros europeus. Esta continuidade histórica adverte-se nas formas de organização, na cultura própria, na auto-identificação que estes povos fazem de si mesmos e no manejo de um idioma cujas origens são pré-hispânicas. Estes povos são conhecidos em nossos países porque mantêm formas de vida e de cultura que os distinguem do resto da sociedade, e têm estado subordinados e marginalizados tradicionalmente por estruturas econômicas, políticas e sociais discriminatórias, que praticamente os têm mantido em condição de cidadania de segunda classe, apesar de que nas legislações, formalmente, os indígenas têm os mesmos direitos dos não indígenas. Entretanto, na realidade, esta cidadania é como imaginária, porque seguem sofrendo de formas estruturais de discriminação, de exclusão social, de marginalização. No atinente à ocupação ancestral da terra, a continuidade é estabelecida em termos de continuidade histórica de um grupo que durante séculos tem mantido uma identidade e da qual deriva precisamente sua situação atual no país em questão. Tudo isto forma parte da cosmovisão indígena que na atualidade está sendo reunida pelo direito positivo e se está construindo um Direito Internacional indígena. In: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/04/2022 pag. 18-24.

da história e esta não é transparente para nós, por outro lado, o próprio movimento da história, com seu real e com suas contradições, implica na possibilidade de mudança e de ressignificação. (GADAMER, 1988, p.282).

Tocando nessa questão de modo bastante singular, Gadamer(1988 p.285) aponta para o fato da impossibilidade de haver um horizonte fechado, e afirma:

O horizonte é algo dentro do que nós nos movemos e que se move conosco. Horizonte muda para uma pessoa que está em movimento. Então, o horizonte do passado, fora do qual toda vida humana não vive e o qual existe na forma da tradição, está sempre em movimento.

No caso em comento, não se trata apenas de interpretar o texto, mas de interpretar a história humana. Mesmo porque, os juízes não tiveram acesso ao passado, ela é uma reconstrução a partir do que temos como documentos, tradição, cultura, folclore, literatura.

Com a sentença sobre o caso Mayagna Awas Tingny contra a Nicarágua, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) evidenciou a capacidade de digerir aspectos importantes do direito indígena, ao mesmo tempo em que os conjugava com a normativa internacional regional de proteção dos direitos humanos.

Estamos diante, claramente, de uma decisão com todos os elementos requeridos para entendê-la como alusiva à proteção dos direitos humanos, a ruptura da tradição em decisões estritamente de cunho patrimonialista e capitalista se desfez nesse caso, e foi realizada a tradição voltada para a posse comunal da terra, baseada em uma cosmovisão²³.

Os juízes Antônio Augusto Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez e Alirio Abreu Burelli assim entenderam ao proferirem seus votos conjuntamente, In:

²³ A perícia de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo e sociólogo, fala da cosmovisão indígena, relatando que, as colinas localizadas no território da Comunidade são muito importantes. Dentro delas vivem os “espíritos do monte”, chefes do monte, que em Mayagna diz-se “Asangpas Muigeni”, que são os que controlam os animais ao redor dessa região. Para aproveitar esses animais, é preciso ter uma relação especial com os espíritos. Em muitas oportunidades é o cacique, que é uma espécie de “xamã” chamado Ditelian, quem pode manter essa relação com os espíritos. Então, a presença de animais e a possibilidade de serem aproveitados mediante a caça está baseada na cosmovisão e tem muito a ver com as fronteiras, porque, segundo eles, esses amos do monte são donos dos animais, especialmente do porco da montanha, que se desloca em manadas ao redor das montanhas. Assim, há um vínculo muito forte com o entorno, com estes lugares sagrados, com os espíritos que neles vivem e os irmãos membros da Comunidade No atinente à ocupação ancestral da terra, a continuidade é estabelecida em termos de continuidade histórica de um grupo que durante séculos tem mantido uma identidade e da qual deriva precisamente sua situação atual no país em questão. - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 pag. 22-24.

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, (2014.p.68)²⁴:

A interpretação e aplicação dadas pela Corte Interamericana ao conteúdo normativo do artigo 21 da Convenção Americana e no presente caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni representam, em nosso modo de ver, uma contribuição positiva à proteção da forma comunal de propriedade prevalecente entre os membros de dita Comunidade. Esta concepção comunal, além dos valores nela subjacentes, tem uma cosmovisão própria e uma importante dimensão intertemporal, ao manifestar os laços de solidariedade humana que vinculam os vivos com seus mortos e com os que estão por vir.

A posse indígena não pode ser confundida com aquela posse de cunho estritamente civil. Para o Direito Civil, a posse é uma relação material com a “res”, na medida em que seu titular exerce a destinação econômica apropriada para o bem.

A posse civil tem fortes vínculos com o conceito de propriedade, posto que intenta proteger uma relação de fato que oferece todos os traços de uma relação de domínio. É certo, porém, que, se a razão da proteção da posse ao longo dos tempos foi como uma melhor maneira de acautelar a propriedade, atualmente aquela tem tutela específica, como um instituto de direito civil autônomo.

Dessa forma, percebe-se que a posse indígena é preliminar a qualquer outra relação jurídica. Não tem a sua proteção subordinada à existência de uma aparência com a propriedade, nem mesmo se justifica por qualquer semelhança com posse civil ou a ocupação geral. Busca-se permitir que a cultura, os costumes e a organização social dos índios estabeleçam os contornos de sua posse. Logo, por meio do modo de vida dos índios em seu habitat, e de sua relação com a terra, através da tradicionalidade, pode-se aferir que é uma forma de identificar a posse indígena.

É constitucionalmente impossível se determinar uma posse indígena de acordo com os parâmetros estabelecidos na determinação da posse civil, que se identifica com os elementos da propriedade privada dos meios de produção; a posse indígena se identifica com a ideia de habitat de um povo, cuja organização social e etnia são diferenciadas.

De acordo com Simões (2010) assumindo o conceito de fusão de horizontes, a interpretação do texto e a interpretação da história como conjunto de acontecimentos humanos no tempo pressupõem e implicam em desafios muito semelhantes e têm como

²⁴ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 pag. 68.

ponto de partida a tomada de consciência do lugar do homem no mundo. A interpretação é uma atividade reflexiva, o que significa dizer que a compreensão do texto - e assim também da história é um compreender-se diante do texto.

O que se observa na decisão da corte no presente caso, foi a fusão de horizontes entre a tradição do passado com a do presente, ampliando o sentido de propriedade ancestral em relação a família, com a de um povo. Simões (2010) explica, ainda que esse esforço analítico impõe um certo distanciamento, uma "suspensão fenomenológica" que nos permita distinguir entre o familiar e o estranho, operação hermenêutica preliminar e que é indispensável para tornar possível a definição do trajeto da interpretação a partir do que se queira interpretar. Toda interpretação é um encontro, é um lidar com o outro além de si.

De acordo com Gadamer (2009, p.455):

Quando nossa consciência histórica se desloca rumo a horizontes históricos, isso não quer dizer que se translade a mundos estranhos, nos quais nada se vincula com o nosso; pelo contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que rodeia a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte, que rodeia tudo quanto contém em si mesma a consciência histórica. O passado próprio e estranho, ao qual se volta a consciência histórica, forma parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana e que a determina como sua origem e como sua tradição.

Nesse sentido, compreender uma tradição requer, sem dúvida, um horizonte histórico. Mas o que não é verdade é que se ganhe esse horizonte deslocando-nos a uma situação histórica. Pelo contrário, temos de ter sempre um horizonte para podermos nos deslocar a uma situação qualquer.

É neste conceito de fusão de horizontes, que se dá para Gadamer o evento da compreensão, no qual o intérprete, a partir do seu horizonte presente (preconceitos e tradição), ver-se-á frente a um horizonte histórico e baseado em uma consciência histórica efetual, terminará por fundir estes horizontes em um só, gerando um novo horizonte presente e extinguindo aquele horizonte histórico, que terá consistido tão somente em uma fase da compreensão.

Verifica-se que a decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi uma ruptura ao tradicionalismo civilista do conceito de propriedade, de acordo com o voto do juiz citado acima. Ademais, todo o encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação

ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio.

A tradição, assim como os preconceitos, formam o pano de fundo de nosso mundo. Embora façamos parte da tradição e sejamos históricos, não estamos acorrentados e cegos. Nossos horizontes de sentido do leitor se funde com o texto, afetando aquele. Não raras vezes, ao lermos, percebemos algo que parecia até claro, que estaria diante de nós, mas que não percebíamos. Existe um dialogo constante entre o passado e o presente na interpretação.

O interprete firma uma definição provisional que é checado com o horizonte do texto. Há um diálogo dentro de uma tradição. E não há um ponto arquimediano²⁵ exterior a ela. É exatamente a tradição que serve de parâmetro para a atitude racional. Para Gadamer (2009, p.415-426), a tradição não é somente o processo de passar conhecimento entre as gerações. Ela é linguagem. Vejamos:

Na realidade, não é a história que pertence a nós mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira autoevidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.

No caso discutido em tela, percebe-se a quebra dessa visão tradicionalista, a corte rompe essa tradição de decidir de acordo com o conceito de posse civilista, que necessita de título de propriedade.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012), uma das principais características do sistema territorial indígena é a posse coletiva, pois é compartilhada entre os membros da comunidade ou tribo. Considerando essa característica, verifica-se que a posse indígena é muito diferente da posse civil, uma vez que esta exige o singular poder de fato sobre a terra para seu gozo e guarda, e aquela preconiza a tradicionalidade e permanência, revelando vínculos de valores culturais.

²⁵ Quando Arquimedes cria a teoria da alavanca, ele disse: “dê-me uma alavanca e um ponto de apoio e moverei o mundo!” Isso é chamado de ponto arquimediano. É um ponto teórico que seria um critério tão forte, que determinaria a condição de qualquer realidade. Inclusive a esfera moral e política. Disponível em: http://notasdeaula.org/dir3/filosofia_02-06-09.html, acessado em 04/07/2015.

Contudo, com a finalidade de firmar a implementação prática do direito indígena sobre suas terras, são imperiosas determinadas medidas de caráter formal, tais como a efetivação de estudos antropológicos, a localização, a imposição de limites territoriais, a individualização do imóvel, entre outras pertinentes à demarcação das terras indígenas.

A demarcação não tem o condão de convalidar um título, mas sim de definir quais terras serão objeto de direito. (FERRAZ JUNIOR, 2004 p. 695).

Ademais, o artigo 21 (2) prevê que ninguém poderá ser privado de usufruir seus bens. A Corte já apontou que “bens” podem ser compreendidos como “elementos corpóreos e incorpóreos, como também qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor”. Os bens corpóreos devem ser reconhecidos como a própria terra usufruída e os recursos naturais providos por esta, localizados tanto na superfície como no subsolo. Já os bens incorpóreos, podem ser identificados como a cultura das tribos indígenas e sua estreita relação com a terra e a religião.

Entre os povos indígenas permanece uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, na acepção de que sua posse não se localiza num indivíduo, mas em uma comunidade. Esses elementos de domínio e da posse das terras não fundamentalmente obedecem à compreensão clássica de propriedade, mas carecem igual abrigo do artigo 21 da Convenção Americana. Ignorar as versões particulares do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que só existe uma forma de usar os bens e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção dessa disposição para milhões de pessoas²⁶.

Para José Afonso da Silva (2004, p. 728) O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Do significado de tradição segundo GADAMER (p.31-34):

Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais

²⁶ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 pag.459-460.

metodológicos da ciência embora, sem dúvida, se trate também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição não se compreende apenas textos, mas também se adquirem juízos e se reconhecem verdades.

Tal como na experiência da arte temos de nos haver com verdades que suplantam fundamentalmente o âmbito do conhecimento metódico, algo semelhante vale para o todo das ciências filosóficas, nas quais nossa tradição histórica, em todas as suas formas, é transformada em objeto de pesquisa, e acaba, porém e ao mesmo tempo, ela mesma manifestando-se em sua verdade. A experiência da tradição histórica vai fundamentalmente além do que nela é possível ser pesquisado. Ela não mostra apenas no sentido de verdade ou inverdade, sobre o que decide a crítica histórica - transmite sempre a verdade, da qual urge em parte tirar proveito.

Como cada comunidade indígena apresenta uma estrutura social, cultural e econômica específica, entende-se que a posse indígena se revela pela ligação territorial que determinada comunidade indígena tem com a terra, desde os seus ancestrais; nela identificando não apenas um espaço físico, mas também um elemento presente e indispensável ao desenvolvimento de suas variadas manifestações étnicas, segundo os seus usos, costumes e as suas tradições, o que se investiga é se os índios empregam a tradição de seus antepassados e os seus costumes peculiares, na ocupação da terra ou na inter-relação com seus elementos vivos.

A busca pela diferenciação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será feita de forma contrária, pois se buscará inicialmente através das formas de convivência dos índios com os elementos naturais do seu espaço, para posteriormente averiguar o tempo que eles permanecem na área. Uma vez apurado que a terra é ocupada nos moldes tradicionais da cultura indígena, lança-se uma garantia para o futuro de forma a consagrar para frente o direito dos índios sobre as terras que habitam de forma tradicional. Nas palavras de Gadamer (2009. p. 3630) a tradição dos costumes, da religião e do direito repousa, de sua parte, sobre um saber da vida a partir de si mesma.

É na fusão de horizontes, que se dá para Gadamer a ocorrência da compreensão, no qual o intérprete, a partir do seu horizonte atual (preconceitos e tradição), ver-se-á frente a um horizonte histórico e abalizado em uma consciência histórica efetual, acabará por fundir estes horizontes em um só, provocando um novo horizonte presente e extinguindo aquele horizonte histórico, que terá consistido tão somente em uma fase da compreensão. Foi a interpretação dos juízes baseada fusão de horizontes, que determinou a decisão da Corte, que de acordo com GADAMER, (2009 p. 550):

A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta é alcançado e interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efetual. A consciência com experiência histórica, na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, justo por isso, está aberta para a experiência da história. Descrevemos sua maneira de realizar-se como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.

O pensamento-guia das discussões que se seguem é o de que a fusão dos horizontes que se deu na compreensão é o genuíno desempenho da linguagem.

Mas isso quer dizer que, na ressurreição do sentido do texto já se encontram sempre implicadas as ideias próprias do intérprete. O próprio horizonte do intérprete é, desse modo, determinante, mas ele também, não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas antes, como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se de verdade do que diz o texto. Mais acima descrevemos isso como fusão de horizontes.

O referido filósofo traz uma imprescindível contribuição quanto aos momentos integrantes da compreensão acerca do papel da historicidade na pré-compreensão, como parte integrante do processo hermenêutico, antes apenas interpretar, em seguida interpretar e compreender. Assim, não se trata, de modo algum, de assegurar-se a si mesmo contra a tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, pelo contrário, de manter afastado tudo o que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Gadamer (2009, p.409).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na decisão em epígrafe, a CIDH no que refere ao artigo 21 através de uma análise crítica filosófica, pautou sua decisão através dos conceitos gadamerianos de tradição, fusão de horizontes, linguisticidade e círculo hermenêutico.

A autoridade do "*dominus*" se baseia nessa titulação que deve ser revestida de certeza, que para fazer efeito "*erga omnes*" os indígenas necessitam da demarcação de suas terras e conseqüentemente o título, eles querem a demarcação porque essa é a forma de lidar com o "homem branco".

O fundamento sucessório na questão indígena em relação à terra é distinto do fundamento sucessório no direito romano, neste é a família, enquanto naquele é o povo. Daí a presença dos antropólogos e a dificuldade em saber o que é povo. Tudo perpassa pelo liame entre vivos e mortos, entre o fundamento de família e o fundamento de povo, é o que podemos chamar de fusão de horizontes.

A fusão de horizontes procura ler o presente a partir de um horizonte que não está cerrado com o passado. Neste ponto há um historicismo, posto que há uma comunicação entre o passado e o presente. O que a CIDH procura fazer é a fusão deste direito de propriedade não familiar, mas a partir de um povo. A tradição está no diálogo, pois a autoridade do que é oral ao do que é escrito só tem espaço na definição do que é povo. Quando a Corte fala do uso exclusivo da terra, não está se falando para todo mundo que queira está na terra, mas sim para o uso coletivo desse povo.

Na propriedade tradicional a titulação envolve a questão da exclusividade da propriedade, pois se vai desapropriar, tem-se que pagar. Daí a diferença entre a propriedade titulada, reconhecida para algum *dominus*, pois para o Estado retirar uma parcela ou recurso, ele tem que pagar, e a propriedade que é concedida apenas como posse, nessa não há qualquer obrigatoriedade de pagamento para a utilização de recursos.

O caso da comunidade Mayagna sentenciado pela CIDH, apresenta um novo modo de se observar o direito à propriedade, que é a propriedade comunitária das comunidades indígenas. Apesar de ser comunitária, não difere do direito à propriedade privada, pois ambos se fundamentam na mesma tese de que todos têm o direito de usufruir seus bens sem limitações. Mas, apesar deste entendimento encontrar-se solidificado nas jurisprudências da Corte, ainda existem lacunas na própria Convenção, impedindo que tal direito seja realmente consolidado.

O caso analisado á partir de uma hermenêutica filosófica apresenta uma reflexão do direito, pois supera-se métodos tradicionais e envolve a identificação da tradução, linha do tempo e do lugar do intérprete na tradição.

O estudo teve como finalidade a tentativa de afirmar a necessidade de aprofundar as investigações da hermenêutica filosófica e observar a partir de suas ferramentas, o direito. Através da interpretação o texto deve vir à fala. Mas nenhum texto e nenhum livro falam se não falarem a língua que alcance o outro. Assim, a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale.

REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução, Estado Atual e Perspectiva.** In: Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Volume III. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sistema Interamerica de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos Internacionales. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/afines/interamericano.html>>. Acesso em: 11.05.2015.

_____. Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 11.fev.20

COULANGES, Fustel, *A Cidade Antiga*. Edameris, São Paulo, 1961.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terra indígenas e seu fundamento constitucional. In Revista brasileira de direito constitucional. n. 3. Método, 2004. p. 695.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e Exigibilidade. In: PIOVESAN, Flávia. (Org) Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____, Jayme Benvenuto. Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Prefácio). O Acesso Direto dos Indivíduos à Justiça Internacional. In: BENVENUTO, Jayme (Org.). Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. 2ª. Edição. São Paulo: Loyola, 2003.

MOREIRA, Márcio Martins, *Noções Introdutórias de direito Romano e Legislação Vigorante*, Livraria Paulista, São Paulo, p.40, 2003.

SIMÕES, Sandro Alex. Direitos Fundamentais. Teoria do direito e sustentabilidade. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU. Rio de Janeiro: Forense; Método; 2009.

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 20/04/2022.

Capítulo 14

**ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE DA
INTERFERÊNCIA DO PODER FAMILIAR NA
FORMAÇÃO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE**

Sergio Marques Santana

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DO PODER FAMILIAR NA FORMAÇÃO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Sergio Marques Santana

Aluno do Curso Doutorado em Direito da UNESA

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a prática da alienação parental, cujo objetivo é desmoralizar o ex-cônjuge perante o filho, dificultado pela relação de convivência. A pesquisa foi realizada objetivando compreender como supremacia do poder familiar e suas penalidades na Lei nº 12.318/2010 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. As rupturas matrimoniais trouxeram a luz do legislativo e judiciário a preocupação em tutelar a proteção das crianças e dos adolescentes que no meio do conflito conjugal se tornam figuras frágeis. Diante disso, a análise desenvolvida buscou observar os direitos fundamentais e mediadas de proteção limitando o poder familiar, pelo não cumprimento de suas obrigações com genitores. Atualmente, as separações conjugais não se perfazem com exceções, tornam em alguns casos que as pessoas se tornem vingativas, usando como instrumento de agressividade pelo genitor detentor da guarda, surgindo, assim, a alienação parental.

Palavras-chave: Poder Familiar, Alienação Parental, Genitor alienador, Genitor alienado, Criança e Adolescente

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the practice of parental alienation, whose objective is to demoralize the ex-spouse towards the child, hampered by the relationship of coexistence. The research was carried out aiming to understand how the supremacy of family power and its penalties in Law nº 12.318/2010 and the Statute of Children and Adolescents. The marital ruptures brought to light the legislative and judiciary's concern to protect the protection of children and adolescents who, in the midst of marital conflict, become fragile figures. In view of this, the analysis developed sought to observe the fundamental and mediated rights of protection limiting family power, by not fulfilling their obligations with parents. Currently, marital separations do not make up with exceptions, in some cases make people become vengeful, using as an instrument of aggression by the parent who holds the guard, thus resulting in parental alienation.

Keywords: Family Power, Parental Alienation, Alienating Parent, Alienated Parent, Child and Adolescent

1. INTRODUÇÃO

A instituição familiar sofreu, no decorrer dos tempos, transformações

significativas, dando, atualmente, ensejo à igualdade de condições entre os casais no que concerne o poder familiar. Abrangido pelo ordenamento jurídico brasileiro, a família enfim é responsável em dar continuidade psíquica entre as gerações, revestindo de alta significação psicológica, jurídica e social, o instituto do poder familiar remete a implicações inerentes aos direitos e deveres dos genitores em função dos filhos comuns. Atualmente, o Código Civil de 2002, Estatuto da Criança e do Adolescente e a lei 12.318/2010 preveem a prerrogativa da suspensão e destituição do poder familiar aos pais que não cumprem seus deveres ao referido instituto. É tema do presente trabalho acadêmico trazer o estudo dos efeitos da alienação parental no poder familiar na formação da criança e do adolescente, uma vez que tal intuito invoca uma forma de prejuízo emocional a criança e ao adolescente.

De início, abordam-se momentos históricos e conceitos acerca do instituto do poder familiar, sua evolução em função do Código Civil de 1916, conceito, característica, abrangência e os institutos da guarda e tutela acerca do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, fez-se necessário pesquisar e identificar a alienação parental acerca da entidade familiar e suas relações, analisar seu conceito, evolução, os comportamentos previstos na alienação e sujeitos do instituto, tais seja alienador e vítima. Por fim, em função do tema proposto, abordam-se as causas e efeitos da alienação parental no poder familiar e salientam-se as penalidades previstas na legislação vigente, sendo explanada, sobretudo, a possibilidade de perda do poder familiar em decorrência do instituto.

2. DO DESENVOLVIMENTO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar consiste num conjunto de obrigações, a cargo dos pais em relação aos filhos, proporcionando-lhes um crescimento saudável além de um ambiente sadio, livre de conflitos e más influências e que sejam capazes de executar importante papel na construção ou na reestruturação de cada um. O pátrio poder hoje denominado poder familiar teve origem histórica no Direito Romano onde prevalecia a influência religiosa. O par era o patriarca, chefe da família, aristocrata, seu poder era absoluto sobre sua esposa e seus filhos menores, o pater tinha direito sobre a vida e a morte do filho, ou seja, poderia vendê-lo, entregá-lo como indenização até transferi-lo. As relações

familiares evoluíram bastante com a influência do cristianismo ocorrendo a transição entre o poder pátrio para o poder familiar em consequência disso houve a diminuição do Poder paterno egoísta e absoluto aumentando assim a parte efetiva do relacionamento pai e filho tornando o poder familiar um conjunto de deveres- direitos visando o interesse do filho menor.

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Com isso, passa a se regular o Poder Familiar também através do Estatuto da criança e do adolescente, sendo qualquer conflito de opinião que ocorra aos pais em relação à educação dos filhos menores, como exemplo, qual escola o filho vai estudar, qual plano de saúde entre outras situações neste caso o conflito poderá ser dirimido por tribunal competente para tal. Porém, somente com a Constituição de 1988 no seu artigo 226 § 5 surge de fato o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, a mulher passa a ser colaboradora do homem e não a subordinada podendo exercer em igualdade o poder familiar

2.1. Conceito

O poder é um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, a fim de garantir o bem-estar e a formação do filho menor e do incapaz. Aos pais enquanto detentores do poder familiar cabem certas obrigações e direitos tais que manter os filhos em sua guarda, manter sua integridade física, moral, social, dar orientação religiosa, permitir ou não o matrimônio enquanto menores, cabendo aos pais assumir os encargos de administrar os bens sem contrair dívidas tendo o direito de usufruto, em síntese dar educação ensinar o caminhar melhor a seguir, tendo o filho como dever de dar obediência e respeito aos pais Silvio Salvo Venosa, assim conceitua o Poder Familiar. Na visão de Washington de Barros Monteiro, o «poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores.»

Entende-se então que o instituto visa à proteção do interesse do filho menor originando-se da necessidade natural deste, concluindo que o poder familiar, vem a ser

mais um ônus do que um direito. A irrenunciabilidade é a característica mais importante do poder familiar. Não é permitido a nenhum dos pais renunciarem ao poder familiar sobre o menor. Pedido de destituição do poder familiar, formulado pelo genitor, e de adoção dos seus filhos pelo companheiro de sua ex-mulher.

Prosseguimento do feito, postulado pelos genitores, no tocante à destituição do poder familiar do pai. O poder familiar é irrenunciável e indelegável, exceto no caso de adoção onde os pais enunciam ao poder familiar e quem adota o menor recebe com ele os direitos e obrigações do poder familiar, porém só poderá se concretizar por decisão judicial, não podendo se concretizar uma adoção apenas pela vontade das partes. Também ocorrerá a renúncia indireta se houve prática incompatível com o poder familiar. « De qualquer modo, contudo, por exclusivo ato de sua vontade, os pais não podem renunciar ao pátrio poder. »

O poder familiar é incompatível com a tutela com previsto no código 36 parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e implica necessariamente o dever de guarda. » Poder familiar. É incompatível a pretensão do exercício da tutela com o poder familiar do genitor dos menores, sendo possível, todavia, a representação destes pelo avô se interditado aquele, em ação própria, nomeando, curador do filho, pai dos menores, a curatela se estende aos netos ou, ainda, a guarda dos menores, pois está também o legitima a representá-lo em juízo. A família matrimonial se inicia também com o casamento, porém poderá ocorrer com esta situação diversa em se tratando de poder familiar.

Nos casos de separação, divórcio ou rompimento de união estável com relação ao exercício do poder familiar não há alteração, continua a ser exercido por ambos os genitores, o que modifica é a questão da guarda. Por outro lado, se a custódia dos filhos menores é confiada aos dois genitores, tem-se a chamada guarda compartilhada, entendida esta como « a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai, e da mãe que não vivam sob o mesmo teto concernentes ao poder familiar dos filhos comuns». A família socioafetiva ocorre no caso de adoção onde os filhos adotivos estão em igual condições com os filhos biológicos e poder familiar será exercido pelos pais adotivos.

A tutela não coexiste com o poder familiar, pois é necessário que os genitores têm falecidos ou que forem declarados ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar.

3. DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Considera-se ato alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este. A alienação significa que um dos pais em geral aquele que detém a guarda, age de forma a denegrir a imagem do outro genitor, impedir as visitas, criar nos filhos um repúdio ao genitor não guardião, com a finalidade de ter os filhos só pra si. Um dos extremos para se conseguir a alienação parental é a invenção de falsas memórias, produzir provas de abuso sexual, de maus tratos e de negligência por parte do outro genitor, como exemplo, a criança cai e se machuca na casa do genitor não guardião, a mãe guardiã coloca para a criança que aquilo foi por negligência do pai, implantando falsas memórias.

3.1. Do Desenvolvimento da Alienação Parental

A lei da alienação parental é recente, porém o problema é antigo, esta alienação já vem ocorrendo há algum tempo, a lei surge da necessidade de uma sociedade mais equilibrada e justa, no sentido de zelar pelo bem-estar das crianças. Alienação parental é um termo criado na década de 80 pelo Dr. Richard Gardner, um psiquiatra americano. Cabendo a mulher a guarda dos filhos em caso de separação e ao pai a provisão de alimentos. O pai passou a participar mais do ambiente doméstico, tornando-se pai mais presente, no qual os pais passaram assim, a requerer a guarda dos filhos.

Assim, quando um dos cônjuges não consegue conviver com a separação conjugal ele inicia um comportamento diferente para afastar o filho do outro genitor, a fim de querer punir o outro pede o fim do amor, querer vingar-se, afastando repentina ou paulatinamente, o filho deste genitor, sendo este, aos poucos, considerado um invasor na

vida de seu próprio filho. Podemos dar exemplos de comportamentos que caracterizam a alienação parental através do artigo 2, parágrafo único e incisos da lei 12.318/2010

Além dos casos específicos tratados na lei poderão ocorrer outras situações que caracterize alienação parental que poderá ser declarada pelo juiz ou constatada pela perícia, praticadas diretamente ou com auxílio de terceiros. um procura agredir o outro de várias formas, usando o filho como instrumento de vingança, realizando campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade. O inciso III trata da dificuldade criada pelo genitor guardião em permitir contato entre a criança ou adolescente com o outro genitor. O inciso IV classifica como alienação parental, a dificuldade do exercício do direito regulamentar de convivência familiar.

Descumpri os horários de visitas fixados judicialmente, tanto pelo genitor que tem a guarda, quanto por aquele que meramente tem direito de visita, quando demora em devolver o menor, configura alienação parental». Aliás o inciso V dispõe que omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço à alienação parental.

Ocorre com frequência no contexto de uma separação conjugal a disputa pela guarda ou problemas com visitação do filho, onde a criança é usada como objeto de negociação pelas mães guardiãs, a partir deste, com a finalidade de dificultar o convívio da criança ou adolescente com o genitor não guardião, com familiares, ou avós o genitor guardião passa a implantar falsas denúncias, queixas de maus tratos, negligência e em alguns casos até de abuso sexual. Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com os avós.

3.2 Quanto à vítima da alienação

O filho vítima deste fenômeno sente medo de ser abandonado, de ter que escolher um dos genitores tenta disfarçar o amor que sente pelo genitor alienado, com medo de desagradar o alienador. Apesar de haver, às vezes, alguma dificuldade no momento de visita, quando há a entrega do filho ao outro genitor, ela ainda acontece com tranquilidade». Já no estágio grave o filho no momento da visita manifesta comportamentos violentos, recusando-se sair com o genitor alienado sem nenhuma razão ou por razões fantasiosas. Segundo os sintomas supracitados uma criança vítima da

alienação parental, pode no primeiro estágio não apresentar nenhum sintoma, porém vai gradativamente se afastando do genitor alienado.

4. DAS CAUSAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO PODER FAMILIAR

4.1 Das sanções previstas na legislação vigente

Com o advento da lei nº 12.318, também chamada lei da alienação parental, a judiciário normativa algo que há muito tempo já ocorria, mas que não poderia ser combatido a contento.

No inciso I, podemos perceber que as penalidades impostas ao alienador são leves, como é o caso de a advertência só advertir não intimida o alienador, pois no momento da advertência já se detectou a alienação e mesmo com a advertência este poderá continuar praticando tal ato. do referido artigo, deve o magistrado ampliar a convivência, restaurando de imediato o convívio parental, antes que aconteça o pior, qual seja o estado de higidez mental da criança, que poderá ser irreversível. O primeiro entendimento é de que é perfeitamente cabível a aplicação de multa como forma de punição no direito parental. A decisão que consta a prática da alienação é aferida não só pelo conhecimento técnico dos magistrados, em desfavor do genitor alienador, mas também pela humanização da justiça e a aproximação com a realidade social.

A perícia psicológica ou biopsicológica será feita por profissionais habilitados, com aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. Importante forma de solução e prevenção para a prática da alienação parental é a guarda compartilhada, pois evita a manipulação dos filhos por um dos genitores, através dela ambos os genitores participam da criação e educação, conforme art. Compartilhar a guarda de um filho é muito mais garantir que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar. Mas também, é necessário observar que, em alguns casos, a alienação parental pode subsistir ou inviabilizar a efetivação da guarda compartilhada.

Como já visto no presente trabalho quando um genitor dolosamente altera seu domicílio para evitar o contato do menor com o outro genitor, isso também caracteriza a alienação. Nesse caso, evidencia mudança abusiva de endereço, inviabilizando ou

obstrução à convivência familiar, o juiz poderá intervir a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivências familiar. A suspensão impede provisoriamente o exercício do poder familiar. Se o pai ou mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando contenha.

Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou a mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda dois anos de prisão. O Estatuto da Criança e do Adolescente também faz referência a perda e suspensão do poder familiar no artigo 24, em face do descumprimento injustificado dos deveres e obrigações tratados no artigo 22. Este artigo este se reporta ao dever de sustento, guarda, educação, bem como obrigação de cumprir determinações judiciais. O artigo 155 e seguintes do ECA prevê os procedimentos para perda ou suspensão do poder familiar.

Uma vez suspenso o poder familiar, perde o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal, se houver motivos graves, a autoridade judiciária poderá decretar liminarmente a suspensão do poder familiar, dentro do poder geral de cautela. Interessante ressaltar que, embora a suspensão do poder familiar possa levar um dos genitores a perder alguns direitos em relação ao filho, não os exonera de dever de alimentá-los, pois quando se rompe os laços de parentesco entre os destituídos e sua prole. A suspensão do poder familiar como meio de punição da alienação parental, só deve ser aceita em casos extremos, e depois de verificadas todas as tentativas de conciliação do conflito

Superadas as causas que ensejaram a suspensão do poder familiar, pode ser cancelada a medida, sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos. A perda ou destituição do poder familiar é considerada como sanção mais grave imposta aos pais que faltarem com seus deveres em relação aos filhos.

Estatuto da criança e do adolescente perda do poder familiar abuso sexual. O abuso sexual perpetrado contra a filha é conduta imoral e contrária aos bons costumes, justificando, assim, a perda do poder familiar. Por este prisma, diante do forte

indício de prejuízo emocional causado a criança e ao adolescente, o não cumprir os deveres com o filho e, ainda, de forma reiterada, ou seja, caso o genitor insista em continuar abusando de sua autoridade parental em função da alienação parental, há de se constatar, sobretudo, a possibilidade de uma sanção, por consequência mais grave prevista em lei, qual seja, a perda do poder familiar em decorrência deste fenômeno, onde o genitor, por ato judicial, perder o poder familiar em função de alienação parental. O poder familiar tem duração limitada, extinguindo em consequência de diversos eventos de natureza civil, alguns relacionados aos filhos, outros aos pais que detêm o referido poder.

5. CONCLUSÃO

O poder familiar foi equiparado, surge o instituto da guarda unilateral e ou compartilhada. Medidas protetivas decorrentes do abuso do poder familiar dos genitores tomam-se necessárias, uma vez que, o Estado através do Código Civil de 2002 e Estatuto da Criança e Adolescente preveem a suspensão e a destituição do poder familiar em função dos descumprimentos dos deveres parentais. Muitos ex-casais ainda não se conscientizaram que o poder familiar deve ser exercido de forma igualitária, uma vez que, em tais circunstâncias, os direitos e deveres concernentes a tal prerrogativa não se exaure, pelo menos até a maioria dos filhos. Por conseguinte, sentiu-se a necessidade de caracterizar e propor a evolução do instituto, fazendo referência aos sintomas comportamentais, seus efeitos no exercício do poder familiar e por fim apontar as penalidades decorrentes da prática da alienação parental, tais como a forma mais grave, sendo a perda o poder familiar prerrogativas estas, vislumbradas na Lei 12.118, de 26 de agosto de 2010.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!*

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil, Direito de Família*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 6ª ed. São

JÚNIOR. Jesualdo Almeida. *Revista Jurídica* - Comentários a lei 2.318/10 Ano XIV, Nº 333 Consulex. 2010.

LUZ, Valdemar P. da. *Direito de Família*. 1 ed. Barueri, SP: Banole, 2009 MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Direito de Família*. 38' ed. São Paulo:Saraiva, 2007

PAULO. Beatrice Marinho. *Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões — Alienação Parental*. V.19 Porto Alegre, Magister 2011

Paulo: Saraiva 2009

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituição de Direito Civil, Direito de Família*. 16[^] ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*. 6' ed. São Paulo: Atlas,2009

WALD, Amoldo. *Direito Civil, Direito de Família*. 17' ed. São Paulo: Saraiva 2009

Capítulo 15

**DA AUTOCOMPOSIÇÃO AO DIREITO SISTÊMICO:
ROMPENDO COM ESTEREÓTIPOS E EVOLUINDO
POR MEIO DE TÉCNICAS ALTERNATIVAS DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Alessandra Teixeira da Costa

Amanda Barros Melo

Camila Corrêa Teixeira

DA AUTOCOMPOSIÇÃO AO DIREITO SISTÊMICO: ROMPENDO COM ESTEREÓTIPOS E EVOLUINDO POR MEIO DE TÉCNICAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Alessandra Teixeira da Costa

Bacharel em Administração (Unama). Especialista em Auditoria e Controladoria (Unama).

Graduanda no curso de Bacharelado em Direito (Unama). E-mail:

aleteixeira12adm@gmail.com.

Amanda Barros Melo

Mestre em Ciências da Religião (PPGCR-UEPA). Licenciada Plena em Ciências da Religião

(UEPA). Graduanda no curso de Bacharelado em Direito (Unama). E-mail:

amandabm1992@gmail.com

Camila Corrêa Teixeira

Docente no curso de Bacharelado em Direito (Unama/Ser Educacional). Bacharel em Direito (Unama), Advogada. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Administração

(PPAD-Unama). E-mail: camilamej@gmail.com.

Resumo: A presente pesquisa busca apresentar o caminho da autocomposição e uso de técnicas alternativas para a resolução de conflitos, a exemplo disto o direito sistêmico. Deste modo proporcionando a humanização da resolução de lides e evitando levar as esferas judiciais tradicionais e morosas. O problema que norteia a pesquisa advém da constatação da atual crise do judiciário, onde a demanda processual superar as resolução das causas. Logo, pensamos em como as técnicas de resolução de conflitos podem amenizar a crise e proporcionar um acesso a justiça de forma mais humanizada. A metodologia parte de estudos direcionados a contexto bibliográfico, pois diante do período pandêmico a qual o mundo passa, não seria de fato seguro se dirigir aos locais onde a autocomposição e técnicas alternativas de resolução de conflitos são realizadas. O presente texto busca ser mais uma produção a agregar junto ao vasto nicho epistêmico relacionado ao objeto pesquisado. Portanto não se tem a pretensão de esgotar as possibilidades do objeto estudo da, mas sim somar ao todo.

Palavras-chave: autocomposição; direito sistêmico; conflito; comportamento.

Abstract: The present research seeks to present the path of self-composition and the use of alternative techniques for conflict resolution, such as systemic law. In this way,

providing the humanization of the resolution of disputes and avoiding taking the traditional and lengthy judicial spheres. The problem that guides the research comes from the observation of the current crisis of the judiciary, where the procedural demand overcomes the resolution of the causes. Therefore, we think about how conflict resolution techniques can alleviate the crisis and provide access to justice in a more humanized way. The methodology is based on studies directed to the bibliographic context, because in the face of the pandemic period that the world is going through, it would not actually be safe to go to the places where self-composition and alternative conflict resolution techniques are carried out. The present text seeks to be one more production to add to the vast epistemic niche related to the researched object. Therefore, it is not intended to exhaust the possibilities of the object of study, but to add to the whole.

Keywords: autocomposition; systemic law; conflict; behavior.

1 INTRODUÇÃO

A crise do judiciário abre precedentes para se buscar novas formas de se resolver demandas jurídicas entre as partes que buscam ter suas necessidades atendidas.

A presente pesquisa visa contribuir com estudos já existentes no âmbito das técnicas alternativas para resolução de conflitos desconstrução das “disputas” judiciais litigiosas. A priori é pensado na cultura engessada que paira sobre o corpo jurídico do país, que ainda reproduz a ideia de que para ter causa ganha em alguma demanda, é necessário instigar a disputar, a competição entre as partes, isso acarreta uma série de danos nas relações que já possui fragilidades, e mesmo após a finalização do processo, os efeitos disto seguem para a vida das partes, mesmo que não haja real intenção de perpetuar isto. Pensemos que, o que molda a cultura advém dos costumes introduzidos no amago da sociedade, portanto quando estabelecemos uma abordagem não violenta entre as partes, é possível resolver determinada situação de forma extrajudicial, sem haver a necessidade real de seguir com um processo da forma padrão e comumente esperada.

A teoria geral do processo é o passo primeiro quanto à construção de novos operadores do Direito, parte basilar para a percepção do que seja necessário fazer para cada lide que surgir. É sabido que nem toda relação jurídica entre as partes que desejam sucesso em uma causa, é de fato leve, é neste momento que se faz necessário compreender que são relações humanas já estremecidas pelo convívio, seja em qualquer âmbito. As práticas alternativas para resolução de conflitos ainda são enxergadas com estranheza por aqueles que buscam solucionar determinada situação. Porém, se bem explicadas e

apreciadas, podem ser um meio saudável para se entrar em um acordo, o que se busca é equilibrar os quereres das partes e afastar a ideia de que alguém necessita ganhar algo e a outra parte irá perder.

A prática processual necessita estar cada vez mais ligada às sensibilidades das relações humanas, os processos são relatos das experiências vividas, que dependendo do contexto, necessitam de maior cuidado, a exemplo disto as lides relacionadas ao direito de família, pensemos nessa matéria em sentido lato.

Compreender como métodos de resolução de conflitos, como mediação e conciliação, podem ser potentes quanto à celeridade de retorno em relação ao que as partes de um processo necessitam, e colocar em prática as ações que o judiciário necessita para conseguir conter a sua atual crise. A pesquisa objetiva compreender como os caminhos alternativos de resolução de conflitos podem gerar impactos positivos no atual. Entender que existe real necessidade de se humanizar a forma de lidar com o processo e suas partes, é primordial.

Cabe ao Estado lidar com a tutela destes meios, conciliar, mediar se fazem necessários e têm certa urgência e serem absorvidos socialmente pela população, isso acarretará na diminuição das lides processuais que seguem estancadas nos diversos setores do judiciário. “Ora, percebe-se que o direito só pode existir em função do homem” (DINIZ, 2016, p.19), logo, a busca por justiça tem seu fim último nas relações humanas (*ubi societas ibi jus*), desta, surge e tem seu desenvolvimento, com o passar do tempo às sociedades e relações se tornam mais complexas, desenvolvendo novas carências, o Direito lida com a tentativa diária de amparar a quem dele precisa, Diniz (2016) em seus ditos, nos expõe que as relações coexistem e precisam ser assistidas por uma estrutura maior, nesse ponto percebemos a dicotomia Estado e Direito, sendo dois institutos que convivem e se somam para resolver as constantes demandas da vida em sociedade. “O homem é um ser gregário por natureza, é um ser eminentemente social, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos” (DINIZ, 2016, p. 19).

A questão comportamental está diretamente ligada à resolução de lides, isto advém dos costumes e a possibilidade de superação de alguns obstáculos, para se chegar a versões melhores de se concluir uma demanda jurídica. O que se coloca em questão nesta pesquisa é a crise do judiciário ligada ao olhar eivado de vício quanto ao que deve

ser o desenvolvimento de um processo, ou seja, a forma com que as partes se percebem neste.

A reflexão sobre a cultura jurídica entranhada no país se faz urgente, pelo fato de seguir perpetuando a disputa feroz entre as partes, o que não se coloca como algo eficaz em casos que é possível se resolverem a situação por meio de um acordo. Lembremo-nos do símbolo primal do direito, o mito de origem a balança, a potência do equilíbrio que advém de um mito antigo que expõe a necessidade de se medir as ações. Prezando pela imparcialidade da decisão, o acesso ao justo e as necessidades das partes supridas. “A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode ser obtida por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por um ato terceiro” (DINAMARCO, 2020, p. 43).

A reforma processual, por meio da Lei 13.105/15, há uma intenção de levar as partes de um processo para um caminho menos caótico e moroso quanto às tensões causadas a partir do conflito matriz. O código de processo civil de 1973 trazia em seu corpo apenas a conciliação. Entretanto, essa não era colocada como um dos primeiros passos a ser dado processualmente, o que acabava por levar o processo a seguir para o tramite padrão. A mediação é contemporânea ao novo CPC/2015, se consolida com a lei nº 13.140/15, no ano seguinte passado o período de vacância da lei 13.105/15, as práxis ali expostas seguem se desenvolvendo, se somando a outros meios que advém de outros lugares de reflexão filosófica, humanística sobre as relações, a exemplo disto trazemos o direito sistêmico, como braço contemporâneo de nosso ordenamento jurídico, visa proporcionar um olhar mais humanizado as relações litigiosas, tratando as partes em conjunto, com a possibilidade de resolver questões mais profundas, por meio das técnicas emprestadas da constelação familiar²⁷.

2 Desbravando meios alternativos para resolução de conflitos

*O correr da vida embrulha tudo.
A vida é assim, esquentada e esfria, aberta e depois
afrouxa e depois desinquieta. O que ela quer da gente é
coragem.*

Guimarães Rosa

²⁷ Conhecido como Constelações Sistêmicas e Constelações Familiares Sistêmicas, é um método terapêutico que se baseia em elementos da terapia familiar sistêmica.

Historicamente, não há um marco preciso acerca do início da preocupação com o acesso à justiça, enquanto um direito. Atualmente, considerado um dos assuntos essenciais do nosso sistema normativo jurídico. No entanto, há evidências de que os primeiros despertares para o direito de garantir acesso à justiça ocorreu em meados dos séculos XXI A XVII a.c, no código de Hamurabi, conjunto de 282 leis escritas considerado o início do Direito, fonte jurídica norteadora dos povos Semitas da Antiguidade.

Já no Brasil, a origem do Direito ao acesso à justiça como um direito fundamental social básico, se deu na quinta Carta Constitucional de 1946. Posteriormente a queda do Estado novo, em 1945. Atualmente, este direito essencial e material está previsto no artigo 5º, inc. XXXV, da Carta Magna, promulgada em 1988. Que vulnera a finalidade de garantir a todos os brasileiros, o acesso digno de acesso à justiça e ao poder judiciário.

A garantia de acesso à justiça é primordial para existir a possibilidade de tornar o Brasil um país onde o processo de humanização das vias jurídicas se faz presente. O Estado brasileiro em sua carta magna se liga fortemente aos ditos da Declaração Universal dos direitos humanos de 1948, matéria de extrema importância quando se pretende desenvolver política e socialmente uma nação.

A ideia de justiça é muito ampla e subjetiva quando se percebe as dimensões em que a mesma pode chegar, ela está diretamente ligada à forma como a sociedade se organiza, e, conseqüentemente, ao formato de Estado. Logo, o conceito de justiça advém da relação de uma conduta justa, ou seja, de acordo com as leis externas criadas racionalmente, o que nos trás a ideia em oposição a isto, a injustiça.

A autocomposição em sentido lato se faz presente no meio jurídico como um caminho alternativo para a resolução de conflitos na qual o elemento chave é o diálogo entre as partes. O operador do direito deve não apenas compreender o ordenamento jurídico, mas se lançar de forma atenta nas relações humanas, para conseguir caminhar junto a quem lhe procurar de forma harmoniosa. É necessário se deter ao ouvir. Eis o sentido stricto das praticas alternativas de resolução de conflitos.

Os estudos ligados a autocomposição e ao direito sistêmico estão diretamente ligados a uma essência fenomenológica, o que compreendemos como um estudo das sensibilidades a partir de fenômenos vividos, concretizados. As práxis jurídicas se modificam sensivelmente a partir da segunda metade do século XX. O direito processual civil não ficou imune a toda essa transformação, a compreensão e as ações ligadas ao Direito Processual civil não podem se abster dessas novas metodologias.

O Estado se posiciona positivamente quando estimula essas práticas, onde se empresta parte da estrutura do poder judiciário com o intuito de promover o contato entre as partes, da forma mais pacífica possível.

O preâmbulo de nossa Constituição cidadã de 1988 reflete o desejo maior em relação a atos pacíficos, ao expressar o termo “a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988), com o retorno do país ao status de Estado democrático de direito, há grande valorização dos direitos fundamentais, com o norte, rumo à harmonia social. De acordo com estudos apresentados por especialistas, o código de processo civil de 2015, trouxe a preocupação com o desenvolvimento de cursos para operadores do Direito, a fim de dar condições para que estes sejam acolhedores à mudança de paradigma, capacitando-os e orientando-os para práticas alternativas ao processo de resolução de litígios, como a mediação e a conciliação. Leite (2015), que devemos considerar as individualidades de cada caso concreto, todo o procedimento culmina alcançar à autocomposição dos conflitos e garantir efetivo acesso à participação do processo de busca real e democrática a justiça. Ao tratar cada caso, de maneira individualizada, considerando as particularidades das relações conflituosas, se tem um processo menos formalista, com base na valorização do consenso entre as partes envolvidas no processo.

Por este norte, há maiores probabilidades de chegar a um consenso menos burocrático, mais atento à cidadania e mais atento às reais necessidades das partes.

Ao falarmos de conflito, pensamos em algum tipo de crise instaurada em que há partes que coexistem, ao colocar isto em contexto surgem as personas do autor, réu, advogados das respectivas partes, agentes do judiciário e por fim o juiz singular. Entretanto esse caminho tradicional agora divide lugar com um lugar que ficaria ao meio deste, entre a origem do conflito e a resolução por vias judiciais. O que gera novos meios para se resolver determinadas situações litigiosas, não sendo necessário chegar até a persona do juiz singular. Sobre a questão comportamental que envolve o conflito, Goretti (2021) diz:

A observação do comportamento de pessoas envolvidas em situações de conflito revela a recorrência de duas atitudes determinantes para a configuração de um quadro de falta de autonomia individual: i) a prática, quase instintiva de atribuir sempre ao Outro a responsabilidade exclusiva pelos conflitos que nos afligem; ii) o hábito de delegar a terceiros encargo de decidir os rumos de controvérsias que poderiam (ou deveriam) ser resolvidas pelos sujeitos de integram a relação conflituosa. (GORETTI, 2021, p.261).

O processo do conflito está diretamente ligado a pouca noção de si na lide, ao se lançar a acusação para o Outro, a parte se isenta de qualquer responsabilidade e

exclui qualquer possibilidade de diálogo, a falta de autonomia individual, como exposto por Goretti (2021).

A autocomposição é um caminho para a solução de conflitos, ocorre por meio do consentimento mútuo das partes, com o objetivo de solucionar a lide e evitar levar a mesma para as vias tradicionais do judiciário, É a solução altruísta do litígio, considerada atualmente como prioritária forma de pacificação social (art. 3º, §2º, CPC). O que demonstra que os primeiros passos já foram dados em nosso ordenamento jurídico, estimular as práticas de autocomposição, é a possibilidade de demandar ações de forma mais humanizada, sendo o foco o bem estar mútuo das partes envolvidas. É necessário compreender que, o surgimento da autocomposição, advém da dificuldade de dialogo entre as partes, a sociedade contemporânea caminha de forma paradoxal para a evolução tecnológica, mas perde quando se trata da sociabilidade. “A surpreendente dificuldade de se compreender pessoas [...] resulta do individualismo daqueles que deduzem o Outro às suas características negativas sem [...] compreende-lo” (GORETTI, 2021, p. 261). É um sintoma nocivo e culturalmente perpetuado, isso somado a valorização da rivalidade jurídica entre as partes, se potencializa a preservação deste *ethos* contemporâneo. Entretanto, o Estado em seu ordenamento jurídico nos permite acessar esse caminho do meio, quando falamos em possibilidades como a conciliação e mediação. Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão Jurídica que regula as suas relações. “O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com os valores prevalentes em determinado momento e lugar – e daí dizer-se que o direito é a *ars boni et aequi*²⁸” (DINAMARCO, 2020, p.42).

Há um avanço no sentido de romper os poucos com a cultura da rivalidade jurídica, para a solução de conflitos de interesse. A lei n. 13.140/2015 disciplina categoricamente a mediação. Instituiu-se no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (resolução n.125/2010 do Conselho Nacional de Justiça; art. 3º, §2º e 3º, CPC). A própria Lei nº 13.105/15 já anuncia em sua parte geral sobre os usos da autocomposição, abre a possibilidade de melhor uso destes mecanismos. Haja vista que a conciliação já era

²⁸ O Direito é a arte do bom e do justo.

presente no código de processo civil de 1973, entretanto pouco se considerava quanto aos seus usos para as lides. Sabendo que os métodos extrajudiciais de resoluções de conflitos, são alternativos eficazes e econômicos de solução de litígios, é de suma importância que haja investimentos em políticas públicas, visando atenuar a crise que se encontra o poder judiciário. Seja em relação a um enorme déficit público, seja de forma mais participativa às questões sociais, tornando-o cada vez mais ativo no seu papel de gestor, no âmbito do judiciário, conforme previsto na resolução n. 125/2010, somado a isso existem os ditos de incentivo expressos nos art. 165 ao 175, da lei nº 13.105/15.

O novo CPC e a Lei da mediação, com o passar do tempo deixam a posição de coadjuvantes na resolução de conflitos, para se tornarem as primeiras possibilidades para que a lide não chegue às vias judiciais mais tradicionais. “O fenômeno da difusão da mediação e outras práticas alternativas ao processo judicial é tendência que traz consequências práticas importantes para os gestores de conflitos no Brasil” (GORETTI, 2021, p. 240). Humanizar o caminho processual é uma necessidade urgente, para as partes envolvidas, os operadores do direito, isso contribui para o surgimento de inúmeras possibilidades de capacitação em torno de elementos que surgem com o objetivo de somar ao que já expõe o CPC 2015 e a lei da mediação (nº 13.140/15).

3 A constelação familiar como elemento chave para a resolução de conflitos, por meio do Direito Sistêmico.

Quando permitimos que algo chegue até nós, temos mais facilidade em entender as coisas e trabalhar com elas.

Bert Hellinger

A contemporaneidade trás ao meio jurídico a possibilidade de somar a resolução de conflitos a meios aparentemente distantes, evocamos aqui as constelações familiares como outra porta de acesso para se resolver conflitos, esse método terapêutico que para o contexto jurídico surge como o Direito Sistêmico.

O Direito sistêmico, parte da ideia base de que todo individuo faz parte de uma rede de relações, a família e que eventos vividos no presente ou passados podem contribuir fortemente para moldar conflitos atuais, além de abrir margem para o conforto ao invés do diálogo. “O desenvolvimento de uma visão mais ampliada sobre as possibilidades de realização da justiça torna-se uma exigência fundamental para os profissionais do Direito” (GORETTI, 2021, p. 241), o direito sistêmico surge como mais

uma possibilidade a ser utilizada somada a autocomposição, sendo seu elemento chave as constelações familiares. Diante o cenário caótico da crise do judiciário, quanto menos processos chegaram às vias tradicionais, mais fluídas serão as adaptações a serem feitas em âmbito extrajudicial e mesmo judicial. Para de esta forma tornar mais dinâmica a dura estrutura ligada ao costume das disputas judiciais, diante de lides que podem facilmente se resolver em contexto mais amistoso.

É por esse viés que técnicas oriundas de outras áreas, com uma essência mais filosófica, e às vezes holística se somam ao já realizado para a resolução de conflitos, como o direito sistêmico, este que inicialmente utilizado pelo juiz de Direito Sami Storch²⁹, pioneiro na aplicação das constelações familiares na justiça brasileira, após observar o comportamento, as situações e o que de fato estava em “jogo” durante as audiências. A utilização da base sistêmica somada as técnicas de autocomposição, são uma forma potente de amenizar as tensões, utilizando a performance oral como base para a resolução, muito se sabe que os acordos só são possíveis quando as partes conseguem se ouvir, ao romper com a competitividade entre os envolvidos na lide, é possível chegar a uma solução sensata, juntamente disso o ato falar/escutar é humanizado durante o processo.

No Brasil, Sami Stoch passou a observar, e se interessar acerca do assunto. Motivado também, pela influência do livro “A simetria oculta do amor”, do psicanalista Bert Hellinger. Durante a leitura deste livro - propulsor na ideia que fazia nascer o Direito sistêmico-, Sami observava e sublinhada coisas interessantes. “isso aqui se aplicava ao Direito, isso se aplica a ações de guarda. Essa passagem tem a ver com crimes sexuais. Nessa aqui, o que ele diz tem a ver com a questão de drogas, etc.” (STOCH, 2021, p. 31) Ou seja, passou a relacionar os pensamentos de Beth, às possibilidades de se aplicar aos litígios do Direito, para se chegar ao “ganha-ganha” em vez do “ganha-perde”.

A constelação familiar é uma rede de técnicas e métodos oriundos de inúmeras ciências, psicologia, filosofia, terapia, teologia, fenomenologia, isso traduzido em um recorte muito específico para a resolução de um conflito/crise pela qual indivíduo X passa. Esse método psicoterapêutico foi criado pelo alemão Bert Hellinger³⁰, após sua extensa caminhada em experiências vividas no sacerdócio e imersão em ciências, após

²⁹ Coordenador do curso de “Pós-Graduação Hellingerschule de Direito Sistêmico” pela Escola Hellinger (Alemanha) e Faculdade Innovare (São Paulo). Pioneiro na aplicação da Constelação Familiar no sistema judiciário.

³⁰ Psicoterapeuta Alemão.

deixar a vida de sacerdote³¹. "As constelações familiares podem, então, ser definidas como sendo um método multidisciplinar que encontra suporte na terapia sistêmica que indaga sobre relações não aparentes" (OLDONI, 2018, p. 22).

O patrono das constelações familiares indica que todos fazem parte de um sistema, portanto há sempre uma coletividade vivida, para cada indivíduo existente. "[...] é necessário definir sistema como um conjunto de elementos inter-relacionados com um objetivo em comum" (OLDONI, 2018, p. 29). Logo, quanto aos grandes nichos de sociabilidade, destacamos aqui a noção ocidental (judaico-cristã) de família, instituto este que leva destaque inclusive em nossa Carta Magna, como indica o art. 226³². Portanto OLDONI (2018) dizem que:

[...] Bert Hellinger percebe e analisa o indivíduo como parte de um sistema familiar e determina regras de organização deste sistema, denominadas de ordens do amor ou leis sistêmicas. Para ele, os sistemas familiares são concebidos como sistemas fechados, partindo da premissa de que todos que fazem parte do sistema estão conectados entre si (OLDONI, 2018, p. 30).

A falta de real consciência em relação ao sistema da qual se vive, implica em parte do conflito gerado, portando a aplicação das regras sistêmicas tem efeito direcionado nestas nervuras. As constelações familiares são muito utilizadas como parte do processo de autocomposição, muitas vezes em lides ligadas ao direito de família, outras em contexto penal. Não é oferecida uma formula mágico-milagrosa para resolver questões ligadas há um campo sensível do viver, mas sim, um caminho para que o autoconhecimento das partes seja ativado. O processo possui algumas etapas a serem seguidas que são: *1) definição do problema; 2) a escolha dos representantes; 3) montagem da constelação; 4) o processo de solução; 5) a solução; o ritual de encerramento.*

A constelação familiar de Bert Hellinger trabalha a essência da representação, onde se captura um pedaço de realidade, uma sensação, que gera conflito/crise na persona principal do ato, diante diste se trabalham as potencialidades de tal situação, onde se busca uma possível solução ou algo próximo disto. "Não sabemos como é possível aos participantes da constelação sentir sintomas que lhe são alheios, e Bert Hellinger recusa-se a especular sobre o assunto 'Não estou capacitado a explicar esse fenômeno, mas ele existe e eu o utilizo" (HELLINGER, 2008, p. 11).

³¹ Antes de se tornar psicoterapeuta, Bert Hellinger aos 20 anos ingressou em uma ordem religiosa. Onde passou 16anos na África do Sul, como missionário, realizando trabalhos junto a tribo dos Zulus.

³² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...].

Há uma *mimesis* potente neste rito, onde as pessoas escolhidas para representar os indivíduos no nicho familiar acabam por reproduzir em boa parte a essência do que se viveu noutro momento, mesmo que sejam indivíduos que não tem acesso direito à vida de quem iniciou o processo de constelar.

Técnicas como essa além de humanizar o processo de comunicação entre as pessoas, potencialidade essa que a contemporaneidade tem eclipsado quando se trata de resolução de conflitos e autoconhecimento, traz ao meio jurídico algo que trabalha cada caso de acordo com suas peculiaridades, se distanciando da ideia de pessoa apenas como um processo físico ou digital. Ao falarmos de relações humanas, é necessária atenção, sensibilidade. Logo, é de extrema importância que técnicas como essa se diluam quanto a formas alternativas de resolução de litígios. Tornando o acesso a justiça mais democrática.

A soma da autocomposição junto a técnicas como da constelação familiar, estão diretamente ligadas à noção de gestão multiportas de conflitos. “Os tribunais multiportas surgem como alternativa ao protagonismo das vias processuais ordinárias” (GORETTI, 2021, p. 244). Diante disto há a possibilidade de pensar sobre as singularidades de cada caso, para parti-la disso aplicar a melhor técnica para a resolução, proporcionando a humanização do processo.

Considerações finais

A cultura jurídica ainda necessita de inúmeras adaptações, a partir do momento em que as sociedades se modificam. É sabido que a velocidade dessas mudanças, não é o mesmo dos ordenamentos jurídicos, haja vista que há alguns ritos para isso ocorrer. No entanto, já há um caminho ligado a humanização processual.

Ao pensarmos na estrutura jurídica do Brasil, diante de alguns costumes que seguem na contra mão das práticas aplicadas na resolução de conflitos, ainda assim é possível perceber as mudanças se tornando mis constantes. Onde antes imperava apenas a linha processual tradicional, hoje em dia já há as mediações e conciliações, que às vezes estão aliadas a práticas outras como a constelação familiar.

A função social do Direito e consequentemente daqueles que o utilizam profissionalmente, é dar escuta e lugar para os conflitos de terceiros. O tribunal multiportas dá a possibilidade de haver maior amplitude quanto a análise caso a caso. Possibilita romper com o costume de tratar as partes e mesmo essas se compreenderem como concorrentes, trás a chance de reaprendermos a dialogar e escutar. Isso torna o

acesso à justiça mais democrático, as pessoas passam a ocupar lugares que antes não eram possíveis. É necessário e urgente romper com costumes nocivos no meio jurídico, para que haja chance de as pessoas se olharem de forma mais gentil quando buscam resolver alguma lide.

A democratização do acesso à justiça, o respeito e real efetividade dos princípios constitucionais, romper com estereótipos ligados as personas jurídicas, são etapas a serem vencidas, rumo a melhor efetividade dos processos extrajudiciais e judiciais. Cumprir com as metas estipuladas pelos tribunais e respectivos governos.

Referencias

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

_____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2015.

_____. **Lei 13.140 de 26 de junho de 2015**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teria Geral do Direito**/ Candido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 1: Teoria geral do Direito civil/ 33 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. 2 ed. rev., atual. E ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

HELLINGER, Bert. **A simetria do amor**. São Paulo: Cultrix, 2008.

JOAQUIM, CS. **A ideia de justiça em kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ODONI, Fabiano. **Direito sistêmico: aplicação das leis de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**/ Fabiano Oldoni, Márcia Sarubbi Lippmann, Maria Fernanda Gugelmin Girardi. 2 ed. Ver. E ampl. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018.

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição (1946)**. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Data de acesso: 08 de junho de 2021.

STORCG, sami. A origem do Direito Sistemico: Pioneiro do movimento de transformação da justiça com as Constelações Familiares. Ed. Tagore. SÃO Paulo. 2020

AUTORES

Alessandra Teixeira da Costa

Bacharel em Administração (UNAMA/Ser Educacional). Especialista em Auditoria e Controladoria (UNAMA/Ser Educacional). Graduanda no curso de Bacharelado em Direito (UNAMA/Ser Educacional).

Aline Rodrigues Maroneze

Mestra em Desenvolvimento e Políticas Públicas pelo PPGDPP, da Universidade Federal da Fronteira Sul, UFFS – Campus Cerro Largo/RS. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES/PROSUC. E-mail: aline_maroneze@yahoo.com.br

Amanda Barros Melo

Mestre em Ciências da Religião (PPGCR/UEPA). Licenciatura Plena em Ciências da Religião (UEPA). Graduanda no curso de Bacharelado em Direito (UNAMA/Ser Educacional).

Bruno Ávila Fontoura Kronka

Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR. Especialista (pós graduação Lato Sensu) em Direito Penal pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Grupo Uniasselvi. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Servidor Público Federal na Justiça Federal de Mato Grosso do Sul (TRF3). Professor de Direito Constitucional, Administrativo e do Consumidor | Autor do Livro: O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro (Belo Horizonte: Dialética, 2020).

Camila Corrêa Teixeira

Advogada. Docente. Graduada e especialista em Direito (UNAMA). Mestranda em Administração (PPAD/UNAMA).

Cláudia Marília França Lima

Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Civil pela Universidade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta – Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta/RS, Brasil. E-mail: claufl1903@gmail.com

Dionata Luís Holdefer

Auditor do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Doutorando e Mestre em Direito.
Email: dionata@gmail.com

Elaine Freitas Fernandes

Advogada; Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA, na linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional; Doutoranda em Direito Público e evolução social- Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA; professora universitária e coordenadora de curso; Email: elainefff@hotmail.com.

Filipe Vieira Rocha

Especialista em Direito Administrativo (UCAM). Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Ceará. Bacharel em Direito (URCA). E-mail: filiperocha945@gmail.com

Gabriel Guedes Toscano

Graduando do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e Pesquisador do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT).

Gislaine de Paula Andrade Solon

Brasileira, natural da cidade de Barra do Piraí/RJ, 44 anos de idade, casada, 01 filho, Graduada em Tecnólogo em Recursos Humanos, Bacharel em Direito, pela Universidade Geraldo Di Bise, pós graduada em Administração e Marketing pela Escola superior Aberta do Brasil, Mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá/ RJ, Advogada atuante OAB/RJ 207-885.

Guilherme Masaiti Hirata Yendo

Juiz Federal na Seção Judiciária de Alagoas. Doutorando e Mestre em Direito. Email: guilhermebr2005@yahoo.com.br

Jacks Rodrigues Ferreira Filho

Doutorando em Direito (UNESA/Estácio), Mestre em Direito e Gestão de Conflitos (UNIFOR). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas (UECE), Especialista em Direito Administrativo (UNESA/ESTÁCIO), Especialista em Direito das Famílias (UNESA/ESTÁCIO). E-mail: jacksfilho@gmail.com

João Nazareno Nascimento Moraes Junior

Doutorando em Direito (UNESA/Estácio). Mestre em Ciência Política (UFPA). Especialista em Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Renato Saraiva (CERS). Professor (UNESA) e Advogado. E-mail: joaomoraesjr@hotmail.com

João Vitor Fernandes Pereira

Advogado. Professor do Centro Paula Souza (CPS). Mestrando em Direito pelo Centro Universitário FIEO, Especialista em Direito Processual e Prática Processual pela Universidade Paulista e em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

Juliana Pires Paes

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás - Unidade Universitária de Iporá.

Laís Araújo Fernandes da Costa

Mestranda em Administração das Micro e Pequenas Empresas pelo Centro Universitário Campo Limpo Paulista - UNIFACCAMP; Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Novo Horizonte - FNH; Pós-graduada em Gestão e docência no ensino superior pela Faculdade Novo Horizonte - FNH; Bacharela em Administração de Empresas pela Faculdade José Lacerda Filho de Ciências Aplicadas no Ipojuca - FAJOLCA; Bacharela em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Olinda - IESO; Advogada; Professora Universitária.

Lorena Araújo Matos

Doutoranda em Direito (UNISINOS - CAPES 6); Bolsista CAPES/PROEX; Mestra em Direito Constitucional (IDP/Brasília-DF); Especialista em Direito Penal e Processo Penal

(Faculdade Damásio-SP); Especialista em Direito Homoafetivo e de Gênero (UNISANTA); Professora Universitária; Advogada.

Maria Luiza Vargas Rocha

Mestranda em práticas socioculturais e desenvolvimento social Unicruz, bolsista da CAPES- taxa. Pós-graduanda em Direito dos Animais Universidade de Lisboa, pós-graduanda em Direito do Trabalho pela Universidade Dom Alberto, pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Legale e pós-graduanda em Planejamento Previdenciário pela Faculdade Legale. Bolsista do projeto PAPCT/UNICRUZ “Mata ciliar, desenvolvimento sustentável e biodiversidade: o potencial ambiental do rio Ijuizinho” E-mail: maria.luiza@sou.unicruz.edu.br

Michelle Borges Cavalcante Cunha

Doutoranda em Direito (UNESA/Estácio). Mestre em Gestão de Negócios Turísticos (UECE). Bacharel em Direito (Estácio de Sá) e Ciências contábeis (UNIFOR). Auditora de Controle Interno na Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará.

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres

Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP; Doutorando em Ciências Contábeis e Administração pela FUCAPE Business School; Doutorando em Educação pela Universidad Autonoma de Assunção - UAA; Doutorando em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Cordoba - UNC; Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista – FADIC; Mestre em Ciências da Religião pela Faculdade Unida de Vitoria – FUV; Mestre em Ciências da Educação pela Universidad Del Sol - UNADES; Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa - UDE; Tabelião e Oficial de Registro; Professor Universitário.

Pedro Alves Costa Neto

Doutorando em Direito (UNESA/Estácio). Mestre em Educação Profissional e Tecnológica pelo Instituto Federal do Sertão Pernambucano. Bacharel em Direito pela URCA - Universidade Regional do Cariri. Técnico Ministerial na Promotoria de Justiça da Comarca de Várzea Alegre-CE. E-mail: pedroalcneto@hotmail.com

Priscila Guimarães Marciano

Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Analista Judiciária da Justiça Federal de Mato Grosso do Sul. Link para o currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1182670375271543>

Rosângela Angelin

Pós-Doutora nas Faculdades EST (São Leopoldo). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu Doutorado e Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. E-mail: rosangela@san.uri.br

Roziane Nunes Muniz

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás - Unidade Universitária de Iporá.

Sergio Marques Santana

Doutorando em Direito, Mestre em Economia Empresarial, Pós Graduado em Direito do Trabalho; em Direito Civil e Direito Público, Graduado em Direito, Ciências Contábeis.

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD-UFAM); Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAM; Pós-doutor em Direito - Universidade de Brasília (UNB); Doutor em Direito - Universidade de Brasília (UNB); Mestre em Direito - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA); Especialista em Direito Civil - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); Especialista em Direito Homoafetivo e Gênero - Universidade de Santa Cecília (UNISANTA); Bacharel em Direito - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA); Advogado (OAB/MT 26.888-B).

ORGANIZADORES

Laurinaldo Félix Nascimento

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Mestre em Administração Pública na Fundação Getúlio Vargas/RJ. Pós-Graduado em Gestão Governamental na Universidade de Pernambuco-FCAP/UPE, Pós-Graduando em Gestão Pública Governamental na Universidade Federal Rural de Pernambuco-UFRPE. Bacharel em Direito na Universidade Estácio de Sá/Recife. Coronel da Reserva da Polícia Militar de Pernambuco. E-mail: lfelixnascimento@hotmail.com

Elaine Freitas Fernandes

Advogada; Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA, na linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional; Doutoranda em Direito Público e evolução social- Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA; professora universitária e coordenadora de curso; Email: elainefff@hotmail.com.

ISBN 978-658459958-1

