O Direito nos últimos cem anos (1922-2022)

Sociedade Educacional Três de Maio
1922 - 2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
SETREM, RS, Brasil

D598

O direito nos últimos cem anos (1922-2020) [recurso eletrônico] / (Orgs) Danielli Regina Scarantti, Matheus Moacir Perinazzo. – Três de Maio: SETREM, 2022.
Versão online disponível em:
https://setrem.edu.br/faculdade/direito/

Inclui Bibliografia.
ISBN 978-65-992198-6-3

1. Direito – História. 2. Adoção - Aspectos históricos. 3. Direito penal brasileiro. 4. Tratados e convenções internacionais. 5. Sucessão. 6. Direito à propriedade. 7. Família. 8. Pessoas com deficiência. 9. Direito dos animais. 10. Direito tributário. 11. Direitos da criança e do adolescente. 12. Direitos humanos. 13. Direito do trabalho. 14. Direito ambiental. 15. Violência sexual I. Scarantti, Danielli Regina. II. Perinazzo, Mateus Moacir. VI.Título.
.

CDU: 340(091)

Bibliotecária responsável: Rosimere Teresinha Marx – CRB 10/1425

APRESENTAÇÃO

Esta obra é uma homenagem ao primeiro centenário da Setrem (Sociedade Educacional Três de Maio), comemorado no ano de 2022.

O e-book foi escrito por acadêmicos de Direito (do primeiro ao décimo semestre), orientados pelos professores do curso. Ele conta um pouco da história das transformações ocorridas na área jurídica nos últimos cem anos.

Todos os capítulos expressam a opinião particular dos autores e a instituição não se responsabiliza pelo teor dos textos.

Desejamos uma boa leitura e que as reflexões aqui contidas possam contribuir com o desenvolvimento da nossa sociedade.

A Comissão Organizadora,
Danielli Regina Scarantti
Matheus Moacir Perinazzo

SUMÁRIO

A adoção internacional de menores no âmbito da legislação brasileira

A adoção internacional nos últimos cem anos: da inexistência de regulamentação à Convenção de Haia

A adoção tardia no Brasil

A conceituação histórica de delito e a culpabilidade do agente transgressor no Direito Penal brasileiro

A evolução e a importância dos tratados e convenções internacionais

A evolução histórica da igualdade entre os filhos e os impactos no direito sucessório

A evolução histórica do direito à propriedade privada e a intervenção estatal pelo relevante interesse público

A família nos últimos cem anos

A função social e a evolução do direito de manutenção da atividade empresária

A herança digital como instituto do Direito das Sucessões

A história da previsão constitucional acerca dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil

SUMÁRIO

A mediação na resolução de conflitos

A possibilidade de utilização do habeas corpus em favor dos animais: uma análise da tutela jurídica dos animais no Direito brasileiro

A arbitragem como meio de resolução de conflitos internacionais

As transformações da adoção internacional perante os últimos 100 anos

As transformações da unicidade sindical no Direito brasileiro

As transformações do Sistema Tributário Nacional ao longo de quase 100 anos

Concepção histórica de infância e juventude e evolução dos direitos da criança e adolescente

Das moedas metálicas às digitais: transformações contemporâneas e reflexos no Direito Tributário

Direito Internacional e a proteção dos direitos humanos

Direito Internacional Público: uma breve análise acerca do instituto da extradição

Do patriarcado à socioafetividade: evolução das famílias e da filiação nos últimos cem anos

SUMÁRIO

Evolução do Direito Animal no Brasil e no mundo

Evolução histórica do Direito do Trabalho e a atual Reforma Trabalhista brasileira

Gênero: a falta de isonomia na história do Direito brasileiro

Invasão russa na Ucrânia: análise histórica, interesses bélicos e econômicos dos conflitos do leste europeu

Migração e os direitos dos refugiados nos últimos 100 anos

Neoconstitucionalismo: a corrente doutrinária que assola o Direito no estado contemporâneo

O acesso à justiça: transformações e desafios

O desenvolvimento de cidades sustentáveis como princípio fundamental do Direito Ambiental para preservação humana no Estado Democrático de Direito Ambiental

O direito das pessoas com transtornos mentais no Brasil: uma análise das mudanças sociais pela reforma psiquiátrica na luta antimanicomial

O Direito Trabalhista e os imigrantes indocumentados no Brasil

Os reflexos do Direito Internacional dos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro

SUMÁRIO

Surgimento do sindicato, evolução e prerrogativas diante dos Direitos Trabalhistas

Uma breve análise sobre a evolução histórica e normativa do conceito de família no Brasil

Violência física e sexual contra a mulher

A ADOÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Fernanda Luiza Gräf Schakofski[1]
Joice Luane Auzani Nagel[2]
Marcele Scapin Rogerio[3]

Resumo: O objetivo deste trabalho é abordar a legislação da adoção, com enfoque especial na adoção no ordenamento jurídico brasileiro e suas particularidades, analisando a doutrina brasileira como instituto internacional, com a ajuda de publicações relevantes à temática em discussão. Destaca-se que a adoção, tanto nacional, quanto internacional, nasce a partir da busca dos envolvidos, pela construção de uma família. Dessa maneira, abordando o enredo principal de desenvolvimento, bem como os motivos reais por trás da queda no Brasil e, por fim, a adoção de crianças estrangeiras por brasileiros. Assim, conclui-se através do presente trabalho a constante evolução do instituto durante os anos, que atualmente possui como finalidade primária garantir a segurança e proteção da criança, garantindo oportunidades de crescimento por meio de suas famílias adotivas. Apoiou-se a pesquisa na metodologia de referencial bibliográfico, artigos científicos, periódicos e demais obras que tratam e estudam sobre o tema abordado.

Palavras-chave: Adoção. Internacional. Crianças.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O aludido trabalho abordará sobre o instituto da adoção, tendo como o principal ponto apresentar um estudo acerca da modalidade internacional de adoção no ordenamento jurídico brasileiro. Tem como objetivo demonstrar as peculiaridades do procedimento adotivo no âmbito internacional, estando este interligado com o regramento brasileiro. A abordagem visa causar uma discussão a respeito da adoção internacional, bem como os aspectos e problemáticas envolvidas, como a preservação da criança, além de promover uma melhoria e incentivar a adoção internacional como um meio de garantias fundamentais destas crianças e adolescentes.

Este artigo tem como método a abordagem dedutiva, uma vez que parte dos aspectos gerais da adoção no ordenamento jurídico, até atingir o objetivo principal do trabalho, qual seja, a adoção internacional. Já a técnica de pesquisa escolhida é a

[1] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem- Sociedade Educacional Três de Maio. E-mail: fernandagraf15@gmail.com
[2] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem- Sociedade Educacional Três de Maio. E-mail: joiceauzani@gmail.com
[3] Professora do Curso de Direito da Setrem.

bibliográfica e documental, por valer-se de artigos científicos, fontes normativas, coleta de artigos, teses, teses normativas, dissertações, como base para coleta de dados.

O presente trabalho quer trazer a importância do instituto da adoção internacional, pois atualmente existem inúmeras crianças e adolescentes em situação de abandono ao redor do país. No entanto, quando se fala de adoção internacional pouco se sabe sobre o assunto, visto que tal modalidade não é frequentemente procurada por pretendentes. O desenvolvimento do estudo deve ser iniciado a partir do capítulo da adoção, bem como a sua evolução histórica, conceituação, natureza, modalidades e seus efeitos jurídicos, seguindo para adoção internacional, tal como sua origem, progresso histórico, legislação e seu processo de efetivação.

2 DESENVOLVIMENTO

Desde o primórdio da humanidade as pessoas tendem a constituir famílias, casar e ter filhos, podemos dizer que esse é o ciclo da natureza. Como os demais animais, o ser humano tende a agrupar-se a fim de procriar. Contudo, sabe-se que algumas pessoas não podem ter filhos ou, até mesmo, não desejam ter filhos biológicos ou, ainda, possuem o desejo de adotar.

Podemos refletir que o instituto da adoção originou-se, primordialmente, por um certo constrangimento que os romanos tinham, visto que achavam vergonhoso um chefe de família morrer sem deixar descendentes. Assim, buscando a perfeição da família, a adoção foi o meio de encontrar seus descendentes, tendo, inclusive, uma oportunidade da plebe agregar-se ao patriarcado, mesmo que, em certas vezes, ocorresse por meio da venda dos filhos e filhas (RODRIGUES, 1994).

Na história do Brasil, o acolhimento de órfãos surgiu já no século XVIII, por meio de ações da Santa Casa de Misericórdia no acolhimento dos órfãos. Atualmente, casas lares e abrigos de menores fazem esse papel. É indiscutível que crianças, principalmente em grandes centros urbanos, são obrigadas a abandonarem seus estudos e buscar trabalho para ajudar no sustento de suas famílias. Contudo, por mais que tragam seus míseros trocados ao lar, por vezes não é suficiente, sendo assim, espancadas, maltratadas e colocadas em situações de risco por seus genitores, inclusive havendo relatos de abusos sexuais (LOPES, 2008).

Com um breve histórico legislativo da adoção no Brasil, tem-se que a precedente instrução normativa acerca do tema ocorreu com a Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, a qual dispunha sobre a legitimidade adotiva. Posteriormente, tal ordenamento fora revogado em sua integralidade pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, conhecida por instituir o código de menores, este, inclusive estando atualmente revogado, pela Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 1990).

É sabido que a intervenção do poder público para coibir os maus tratos aos menores é algo corriqueiro, visto que, conforme art. 4º da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) -, é um dever conjunto da família, estado, sociedade, assegurar com prioridade a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes. A supracitada lei assim dispõe em seus artigos 15º e 17º:

> "Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais" (BRASIL, 1990, online).

Desse modo, para entender sobre a dignidade da pessoa, André Ramos Tavares explica que não é uma tarefa fácil conceituar a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, apoia-se a explicação de tal princípio nas palavras de Werner Maihofer:

> A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total auto disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza (MAIHOFER, 2021, p.276).

A adoção, como princípio da dignidade da pessoa humana, está interligada com o pleno desenvolvimento da criança ou adolescente. O conceito de adoção, atualmente, encontra-se regido pelo art. 41 do ECA, qual seja: "art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais" (BRASIL, 1990).

Em que pese no art. 41 do ECA tenha a conceituação legal de adoção, o escritor Arnaldo Marmitt (1993) refere que por mais que adotar seja um ato jurídico, é

possível afirmar que a adoção é um ato decorrente do amor, e não um mero contrato, ato de amor, que inclusive se assemelha ao casamento, o qual também é um contrato. Segundo o autor:

> A adoção é ato jurídico bilateral, solene e complexo. Através dela criam-se relações análogas ou idênticas àquelas decorrentes da filiação legítima, um status semelhante ou igual entre filho biológico ou adotivo. Os laços de filiação e de paternidade são estabelecidos pela vontade dos particulares, das pessoas entre as quais esta relação inexiste naturalmente. Não se trata de mero contrato, mas de um ato jurídico, de um ato-condição, que transforma a situação do adotado, tornando-o filho de quem não é seu pai, com toda a gama de direitos e deveres que tal ato gera, e cujos efeitos decorrem da lei, não das partes, que não poderão alterá-los. (...) (MARMITT, 1993, p. 7).

Contribuindo com o entendimento do autor acima, no entendimento de Del'Olmo e Jaeger Jr. o conceito de adoção é o seguinte:

> A adoção é o processo pelo qual um ser humano, em tese menor e desassistido, encontra um novo lar, nele se integrando jurídica e afetivamente. Entendemos a adoção como um instituto no qual o jurídico, o humano e o divino interagem, gerando harmonia e bem-estar no meio social (DEL'OLMO, JAEGER JR, 2017, p. 196).

A adoção possui diversas formas e modalidades, como a adoção conjunta/bilateral, adoção unilateral, adoção 'à brasileira', adoção *intuitu personae*, adoção póstuma, adoção homoafetiva, adoção por avós, adoção por tutores ou curadores e, por fim, a que está sendo objeto de estudo, a adoção internacional. Segundo Mazzuoli:

> A qualificação da adoção como internacional dá-se não em virtude da nacionalidade das partes, mas em razão de a residência do adotado e do(s) adotantes(s) localizar-se em diferentes países. Se um casal residente no Brasil adota, v.g., uma criança residente no México, haverá adoção internacional, independentemente da nacionalidade do(s) adotante(s) e do adotado; o casal de adotantes que aqui reside poderá ser brasileiro ou estrangeiro, e a criança residente no México, da mesma forma, poderá ser estrangeira ou brasileira, caso em que se estará diante de adoção tipicamente internacional. Haverá, igualmente, adoção internacional se brasileiros residentes no exterior adotarem criança brasileira residente no Brasil.147 Nesse último exemplo, tem-se a adoção operada entre adotantes e adotado brasileiros (mesma nacionalidade) residentes, porém, em países diferentes. Em todos esses casos a adoção de que se trata será, portanto, internacional. Por sua vez, será nacional a adoção de uma criança brasileira por estrangeiros residentes no Brasil (MAZZUOLI, 2021, p. 375).

Ainda, podemos conceituar a adoção internacional conforme o art. 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993,

> Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção (BRASIL, 1990, online).

A adoção internacional, segundo o entendimento de Florisbal de Souza Del'Olmo e Augusto Jaeger Jr., ocorre quando a adoção é efetivada entre pessoas residentes em países diferentes, os quais devem ser signatários da Convenção sobre a Adoção Internacional de Haia. Este ato possibilita, inclusive, que menores alcancem o bem estar e um crescimento necessário e adequado inerente à todos os seres humanos. Nos termos de Del'Olmo e Jaeger Jr. "(...) em sentido amplo, trata-se, pois, de instituto pelo qual pessoas radicadas em um país adotam menores abandonados ou sem lar residentes em outro país" (2017, p. 180).

Por volta de 1627, tem-se conhecimento de que se ocorreram as primeiras aparições da adoção internacional, período em que várias crianças inglesas órfãs e abandonadas ou que foram autorizadas pelos pais para se tornarem aprendizes em famílias de artesãos foram transportadas de navio para o sul dos Estados Unidos para integrarem-se às famílias dos colonos. Porém, naquela época, não existia nenhuma legislação internacional que tratasse sobre o direito da criança e do adolescente, que foi criada somente em 1924, conhecida como a Declaração de Genebra, que instituiu a necessidade de uma proteção especial à infância (BARALDI, 2019).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a proteção dos direitos humanos aumentou, e com isso, a adoção de crianças e adolescentes por estrangeiros passou a se tornar mais frequente e regular, visto o grande número de órfãos que não possuíam condições de permanecerem com suas famílias. Muitos países foram destruídos ou devastados, sofreram muitos danos, e outros nem tanto, com isso, a melhor alternativa encontrada foi a adoção dessas crianças por famílias de países que não haviam sofrido tanto com a guerra. A partir de então, diversos Estados passaram a realizar acordos, onde a adoção internacional passou a ser a solução de grande parte dos problemas (BARALDI, 2021).

Sobre a prática da adoção internacional após a Segunda Guerra Mundial, José Nilton Lima Fernandes (2006) demonstra que, com o término da batalha o mundo deparou-se com inúmeras crianças órfãs, tendo o poder público encontrado um impasse para sanar a adversidade, em razão da abundância de crianaças desabrigadas e da incapacidade do poder público resolver a situação. Foi então que casais dos Estados Unidos e do norte da Europa adotaram muitas destas crianças, e em razão da urgência,

milhares delas foram enviadas para o exterior sem apresentarem documentos necessários para regularização dos atos jurídicos em questão (MONTEIRO, 2015).

É sabido que o tráfico humano e, em especial, o tráfico de menores para fins de adoção, a chamada "adoção à brasileira", inclusive entre nações, tornou-se um impasse a ser sanado pelos legisladores. Desse modo, a Convenção Haia, em 1993, pacificou o entendimento de que a regulamentação da adoção internacional seria fundamental para preservar a dignidade dos menores, e inclusive coibir o tráfico. A Convenção determina a colaboração entre as nações, onde suas autoridades deverão controlar e legalizar o processo de adoção, devendo este ser seguro para os adotados e adotantes (DEL'OLMO, JAEGER JR, 2017).

A Convenção de Haia, principal regramento no âmbito do direito internacional no que tange à adoção, foi regulamentada no Brasil pelo Decreto nº 3.087, de 21 de Junho de 1999, e estabelece como sendo seus objetivos principais o disposto em seu artigo primeiro:

> "A presente Convenção tem por objetivo: a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional; b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em conseqüência, previna o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças; c) assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção". (BRASIL, 1999, online).

Oportuno salientar que a Convenção de Haia possui o mesmo objetivo que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou seja, objetiva a proteção do menor. A respeito da adoção internacional, o ECA em seu art. 51 refere que somente se considera como adoção internacional aquela na qual o pretendente possui sua residência habitual em país que integra a Convenção de Haia, de 1993, e que deseja adotar criança que esteja situada em país que também seja parte da convenção. Ademais, o parágrafo primeiro em seu inciso segundo do supracitado artigo, dispõe que a adoção internacional somente será legitimada quando esgotadas as possibilidades de colocação do menor em uma família adotiva no Brasil, e deverá ser comprovado nos autos a inexistência de adotantes brasileiros, residentes no Brasil, habilitados (BRASIL, 1990).

De outro norte, segundo o entendimento de Mazzuoli (2021), o regramento que regulamentará a adoção internacional será o domicílio do menor, ou seja, o país em que o menor estiver situado, e não o domicílio dos pretendentes. Tal questão, inclusive, encontra-se sedimentada na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu

art. 7º, o qual diz que "a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família" (BRASIL, 1990).

Uma exceção é o caso de o Brasil ser o país de acolhida, ou seja, país que o menor passará a residir, e o país de origem delegar ao de acolhida o regramento da tramitação do procedimento adotivo, este será regido pelo Brasil, conforme o ECA:

> "Art. 52-D. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e a adoção não tenha sido deferida no país de origem porque a sua legislação a delega ao país de acolhida, ou, ainda, na hipótese de, mesmo com decisão, a criança ou o adolescente ser oriundo de país que não tenha aderido à Convenção referida, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional" (BRASIL, 1990, online).

Além do mais, importa ressalvar que uma criança adotada por brasileiros, pelo simples fato da adoção, não adquire a nacionalidade do Brasil, continua tendo a nacionalidade estrangeira. Desse modo, afirma Mazzuoli "(...) A pessoa adotada só poderá ser nacional do Brasil, quando maior, se assim pretender, e por meio do processo de naturalização, uma vez que a adoção não produz, em nosso sistema jurídico, qualquer efeito relativo à nacionalidade. (...)" (MAZZUOLI, 2021, p. 376).

Em que pese o § 6º do art. 226 da Constituição Federal dispor que os filhos adotivos terão os mesmos direitos dos filhos biológicos, não havendo distinção entre estes, não há o que se falar em nacionalidade brasileira. O filho adotivo, sendo este proveniente de outro país, passará a ser um residente permanente no Brasil enquanto não naturalizado. Para ser considerado uma pessoa com nacionalidade brasileira, deverá passar por um processo de naturalização, nos termos legais (MAZZUOLI, 2021). O autor complementa que:

> "Assim, o filho adotivo de brasileiro nascido no estrangeiro será nacional *de seu Estado de origem* (se assim lhe for permitido), não podendo *optar* pela nacionalidade brasileira assim como permite o art. 12, I, *c*, da Constituição para os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira. (...)." (MAZZUOLI, 2021, p. 377).

Seria o caso de especificar que o filho adotivo, nascido no estrangeiro, poderá manter sua nacionalidade de origem e a nacionalidade adquirida, que no caso seria a do Brasil. Cabendo asseverar que dependerá da legislação específica de cada país, devendo este permitir a dupla nacionalidade (MAZZUOLI, 2021).

A Lei nº 12.010/2009, conhecida como Lei de Adoção, determinou a alteração do ECA, no sentido de conceder ao adotado em adoções internacionais e em que o Brasil for o país de acolhida, um certificado provisório de naturalização (BRASIL, 1990).

A Convenção de Haia assegura em seu art. 5º que as adoções somente poderão ocorrer quando o país de acolhida verificar que os pais adotivos estão devidamente habilitados para tal ato, e que estes estejam devidamente orientados e, inclusive, o menor deve estar apto a residir permanentemente no país de acolhida (BRASIL, 1999).

No caso do menor adotado ser de origem brasileira, deverá seguir uma série de requisitos, estes estabelecidos no ECA, tais como: passar por um estágio de convivência a ser cumprido no território nacional em período mínimo de 30 dias, nos termos do § 3º do art. 46 do ECA. Além disso, a saída do menor do território nacional somente irá ocorrer após consumada a adoção, conforme art. 52, § 8º do ECA (BRASIL, 1990).

Além do mais, Monaco e Jubilut (2012) asseveram que no local do pedido e da tramitação do processo de adoção, será determinada a realização de estudo social, com o objetivo de demonstrar as reais condições dos pretendentes adotantes. Após a confecção do relatório, será este encaminhado para a autoridade ou órgão competente, sendo posteriormente proferida decisão a respeito da habilitação. Nesse sentido:

> "Exige-se documentação do adotante estrangeiro, inclusive estudo psicossocial por agência especializada credenciada, ambos autenticados pela autoridade consular brasileira no Estado do adotante. A adoção é irrevogável e constitui nova família, definitiva". (DEL'OLMO, JAEGER JR, 2017, p. 198).

No Brasil, cada Estado possui suas "(...) Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção ou de Adoção Internacional(...)", devendo estas estarem devidamente regulamentadas pelo órgão nacional. Havendo um menor que se enquadre nos critérios do país de acolhida, este deverá designar o período de estágio de convivência. Em havendo o término do período definido, "terminado o estágio de convivência, a autoridade judicial brasileira deverá sentenciar o feito, constituindo ou não a nova relação paterno--filial". Apenas após o trânsito em julgado da sentença é que o menor, sendo já filho do casal, poderá deixar o país (MONACO E JUBILUT, 2012, p. 33)

Conforme já relatado, o instituto da adoção internacional baseia-se na cooperação entre os estados. No entendimento dos autores, Gustavo Ferraz de Campos Monaco e Liliana Lyra Jubilut:

> "O procedimento da adoção internacional regulada pela Convenção da Haia, de 1993, baseia-se na cooperação jurisdicional, razão pela qual o pedido deve ser formulado pelo pretenso adotante singular ou pelo pretenso casal de adotantes, perante a autoridade competente para conhecer e processar tal pedido no território de sua residência habitual (MONACO, JUBILUT, 2012, p. 33).

Embora exista conflito de leis entre os países pertencentes à relação jurídica da adoção, a doutrina brasileira é uniforme em dispor que a legislação adotada é a aplicação da regra do local do ato. Desse modo, Mazzuoli assevera:

> "(...) ainda que a lei relativa aos efeitos da adoção seja a estrangeira (da residência habitual do adotando, ou outra mais favorável, como, *v.g.*, a do domicílio ou da nacionalidade do adotante), será a lei brasileira a aplicada quanto à forma se for a adoção realizada no Brasil" (MAZZUOLI, 2021, p. 389).

Portanto, conforme já explanado, o instituto da adoção internacional é baseado na cooperação entre os Estados, tendo como objetivo e fundamento central a proteção das crianças e adolescentes. Diante das divergências entre a aplicação da norma de cada estado parte da relação, observa-se que sempre é adotada a mais benéfica ao menor. Além de que a legislação brasileira busca sempre preservar os interesses do adotado, visto que está ciente dos risco de transferir uma pessoa para outro país. Principalmente no que tange ao tráfico humano.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de crianças e adolescentes, como tudo o que envolve os menores, é tratado com a máxima brevidade pelo poder público, e em se tratando de relação entre pessoas de diferentes países e, principalmente, para tratar da destinação de um menor, tal preocupação é de imensa valia.

A adoção, seja esta nacional ou internacional, desde que tratada de forma efetiva e eficiente pelo órgão competente, sem dúvidas estará contribuindo para a efetivação da dignidade humana dos menores. Sendo que, conforme já referido, para um menor inserir-se nos critérios de adoção internacional, é necessário o esgotamento dos pretendentes enquadrados em território nacional.

Além do mais, a adoção de crianças e adolescentes estrangeiros, na maioria das vezes é cercada por processos longos e burocráticos, que por sua vez, tornam o processo extremamente moroso. De outro norte, ao encaminhar uma pessoa sob a tutela jurisdicional de outra nação, é de suma importância a fiscalização do enquadramento,

tanto da criança como dos adotantes, aos critérios legais, a fim de coibir um possível tráfico humano.

Desse modo, como todos os ramos do direito, a adoção internacional evoluiu com o passar das décadas. Foram realizados atos importantes para a padronização do tema, um grande exemplo é a Convenção de Haia no ano de 1993. Com a globalização e com o avanço tecnológico, legislar adequadamente sobre o direito dos menores é algo fundamental, buscando sempre adequar-se àquilo que é melhor para o menor, bem como, inibir a incidência de tráfico de menores entre as nações.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARALDI, Mariana Silvestrin. **Adoção Internacional.** Rev. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF, 21 maio 2019. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52921/adocao-internacional. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965**. Dispõe sôbre a legitimidade adotiva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655impressao.htm>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Dispnível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL. **DECRETO No 3.087, DE 21 DE JUNHO DE 1999.** Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **LEI Nº 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-

Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art2>. Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm>. Acesso em: 24 maio 2022.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. JAEGER JR, Augusto. **Curso de Direito Internacional Privado.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, Jose Nilton Lima. **A Adoção Internacional Histórico, Fundamento Normativo e Denúncias.** Monografia (Graduação em Direito) - Universidade São Judas Tadeu Faculdade de Direito. São Paulo 2006. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4904>. Acesso em: 24 maio 2022.

LOPES, Cecília Regina Alves. **Adoção:** Aspectos históricos, sociais e jurídicos da inclusão de crianças e adolescentes em famílias substitutas. Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111460.pdf>. Acesso em: 19 maio 2022.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. JUBILUT, Liliana Lyra. **Direito Internacional Privado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Lucas. **Direito Internacional Público** – Adoção Internacional. Rev. Jusbrasil. 2015. Disponível em: https://lmonteiro.jusbrasil.com.br/artigos/177785259/direito-internacional-publico-adocao-internacional. Acesso em: 24 maI. 2022.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional privado**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RODRIGUES. Maria Stella Villela Souto Lopes. **A Adoção na Constituição Federal:** o ECA e os Estrangeiros. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

A ADOÇÃO INTERNACIONAL NOS ÚLTIMOS CEM ANOS: DA INEXISTÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO À CONVENÇÃO DE HAIA

Michele Regina Rachor[1]
Maria Cristina Schneider Lucion[2]

Resumo: A adoção internacional é uma forma de alocar crianças e adolescentes em famílias substitutas quando estas não encontram guarita em seu país de origem. A partir dessa premissa, o presente estudo aborda a temática da adoção internacional no Brasil desde a inexistência até regulamentação da Convenção de HAIA, datada de 21 de janeiro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 29 de janeiro de 2016. O artigo busca analisar a adoção como um todo, mas em especial a sua modalidade internacional, bem como a evolução da proteção dos direitos das crianças e adolescentes no âmbito internacional. Salienta-se que o estudo busca analisar as peculiaridades existentes na Convenção de Haia no que tange os aspectos inerentes à adoção internacional, e as leis existentes no Brasil, buscando responder essas questões à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente e ainda do Direito Internacional. O objetivo principal é desenvolver reflexões a respeito da cultura e da prática da adoção, visando as mudanças acontecidas no decorrer dos cem anos.

Palavras-chave: Adoção. Direito internacional. Evolução histórica.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo busca abordar a temática da adoção internacional no percorrer histórico dos últimos cem anos. A ótica apresentada é do ponto de vista da legislação brasileira, sob o pressuposto de que muito além de um ato de altruísmo, a adoção internacional proporciona a formação de uma nova entidade familiar, com os mesmos direitos e obrigações de uma família biológica.

O processo de evolução legislativa da adoção internacional no Brasil é precedido por uma consistente carga histórica, constitucional e internacional de reconhecimento das crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito, e com vistas à proteção de seus direitos fundamentais.

Como não poderia ser diferente, a adoção internacional possui regulamentação jurídica em convenções internacionais que reafirmam o compromisso de inúmeros países com a matéria. No que diz respeito ao Brasil, país signatário da Convenção de Haia de 21 de janeiro de 1965, utilizada como base teórica, além da referida Convenção, a

[1] Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professora do Curso de Direito da Setrem.

Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e próprio Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Os filhos adotivos já representaram uma forma de realizar desejos de algumas famílias que não podem ou conseguem ter filhos consanguíneos, mas é importante ressaltar que com o instituto da adoção a prioridade deixou de ser a realização pessoal dos adotantes e passou a prestigiar os interesses superiores da criança e do adolescente, substancialmente integrando uma célula familiar, capaz de proporcionar efetiva felicidade ao adotado.

A história vem ressaltar que o tema da adoção não é um tema recente, pós-moderno, e recebeu vários significados no decorrer dos tempos, desde religiosos até políticos e, muitas vezes, não sendo visto como algo bom, e, em ouros momentos, como uma possibilidade de perpetuação do nome de uma família.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 ADOÇÃO INTERNACIONAL: ASPECTOS GERAIS

As referências legislativas e internacionais sobre a adoção, em especial na sua modalidade internacional, são relativamente recentes e fruto de um caminho percorrido de consolidação de diretrizes cosmopolitas de concepção do próprio Direito. Foi necessário que se afirmassem os direitos humanos após um período traumático para a humanidade - a Segunda Guerra Mundial -, para que a adoção ganhasse, de fato, força jurídica capaz de viabilizar uma nova história para crianças e adolescentes, em sua maioria órfãos.

Inicialmente, é preciso ter em mente que a consolidação do que entendemos hoje como direito internacional caminha lado a lado com a evolução dos direitos humanos. A Declaração dos Direitos Humanos - DUDH, de 1948, é um marco no que se refere ao processo de conformação da sociedade internacional e da noção de humanidade, segundo Schneider e Bedin (2012). A referida Declaração tornou-se um pacto jurídico-político de proteção das pessoas humanas e de seus direitos nas mais diversas regiões do planeta.

O processo de adoção acompanhou a evolução internacional de reconhecimento das crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos. A primeira vez que a adoção apareceu legislação brasileira foi no ano de 1828, e tinha como principal função

solucionar o que era considerado um problema: a impossibilidade de casais ão terem filhos biológicos, ao que define Paiva (2004).

Para Oliveira (2006), o processo de adoção teve sua ascensão no âmbito internacional em suma situação de pós-guerra, datado de 1945. A partir de então, ocorreu a possibilidade de crianças e adolescentes que se encontravam desamparadas e sem família encontrarem um novo lar, uma nova família, visto que as suas haviam sido dizimadas na guerra, tudo isso sob a proteção dos direitos humanos. Foi a partir deste momento que se passou a pensar em direitos humanos universais como forma de resposta às atrocidades e os horrores que aconteceram durante a guerra.

Importante destacar a Declaração dos Direitos da Criança, realizada pela extinta Liga das Nações (hoje ONU), aprovada em 1959, sendo que esta possui dez princípios que visam garantir a todas as crianças e adolescentes direitos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, condição social ou nacionalidade, tanto sua ou de sua família. A Declaração versa principalmente sobre a proteção das crianças e adolescentes no que se refere a seus direitos de acesso à educação, socorro e amor.

Silva (2022) afirma que estes dez princípios possuem como principal fundamento os direitos básicos de toda criança, entre eles, é imprescindível destacar:

> Princípio I – Direito à igualdade, sem distinção de raça, religião ou nacionalidade.
> Princípio II – Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social.
> Princípio III – Direito a um nome e a uma nacionalidade.
> Princípio V – Direito à educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente.
> Princípio VI – Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade.
> Princípio VII – Direito à educação gratuita e ao lazer infantil.
> Princípio VIII – Direito a ser socorrida em primeiro lugar, em caso de catástrofes.
> Princípio IX – Direito a ser protegida contra o abandono e a exploração no trabalho.
> Princípio X – Direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos (SILVA, 2022, p. 1).

A declaração não possui caráter de obrigatoriedade, não sendo de cumprimento obrigatório para os Estados-Membros, mas serve como base de orientação dos direitos das crianças e adolescentes.

Na esfera específica da adoção internacional, o ECA institui, em seu art. 51, caput, como sendo “aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de HAIA, de 29 de maio de 1993, relativa à proteção das crianças e à

cooperação em matéria de adoção internacional". Ou seja, o ECA oportuniza a adoção internacional para os países que adotaram a Convenção de HAIA, aliando à sapiência proposta na temática do Direito Internacional – pré-requisito para a aplicabilidade da adoção internacional, como se verá a seguir.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA ADOÇÃO E SEUS PROCEDIMENTOS

A temática da adoção vem fazendo parte da história desde os tempos remotos, mantendo-se firme até os dias atuais. Para o TJPR (2012), na antiguidade, a adoção foi acolhida nos chamados códigos orientais dos povos asiáticos e o código de Hamurabi é considerado o primeiro texto jurídico da civilização e já ditava as regras relativas à adoção na Babilônia. Ainda menciona que no direito brasileiro, desde a Roda dos Expostos, à Lei Nacional de Adoção (12.010/2009) inserida no ECA houve grande evolução para proteger as crianças adolescentes e também proporcionar segurança e tranquilidade aos adotantes.

Rolf Madaleno (2016) afirma que com a promulgação do ECA, da Lei 12.010/2009 e com a edição da Lei 13.509/2017 o instituto da adoção sofreu profundas e consistentes alterações na legislação brasileira, sendo que a partir deste momento passou a proteger de forma integral o infante e a inseri-lo em uma família substituta, caso não se obtenha sucesso nos esforços de manter o infante na sua família natural ou extensa ou reintegrá-lo a mesma.

Madaleno, (2016, p. 240) destaca ainda que existem duas espécies de adoção, uma delas prevista pelo ECA/90 que tem destaque para crianças e adolescentes menores de dezoito anos e a segunda que é regulamentada pelo Código Civil e que tem como objetivo a proteção dos nascituros e aos maiores de dezoito anos. Destaca assim que:

> Existem duas espécies de adoção: a primeira delas prevista pela Lei 8.069, de 1990 (ECA), para os menores de dezoito anos, e a segunda regulada pelo Código Civil e endereçada aos nascituros e aos maiores de dezoito anos, por meio de procedimento judicial de jurisdição voluntária, desaparecendo a modelagem da escritura pública exigida pelo artigo 375 do revogado Código Civil de 1916, convivendo ambas ao lado da *adoção à brasileira* ou *adoção de complacência* e pela qual alguém registra filho de outrem como se fosse seu.

Weber (2005), destaca que anteriormente à legislação atual, o Código de Menores (Lei n. 6.697/79) biscou tratar a questão da adoção de duas formas básicas: Adoção Simples pelo Código Civil e a Adoção Plena regida pelo Código de Menores. Visto que

na adoção simples, esta era feita por escritura em cartório, por meio de contrato entre as partes, sendo denominada ainda de adoção tradicional ou adoção civil.

Já a modalidade da adoção plena era considerada aquela espécie na qual o menor adotado passava a ser filho dos adotantes de forma irrevogável. Sendo assim, não haveria mais qualquer vínculo com os pais biológicos e tinha por fim acolher o desejo do casal de trazer ao seio da família o adotando como filho e proteger a sua infância, portanto, a criança de até 12 anos e o adolescente de até 18 anos incompletos, poderiam ser criados e educados numa família substituta.

A adoção está condicionada a cadastro prévio dos interessados. Segundo Pereira (2021), cada comarca deve manter duas listas cadastrais, onde uma será de crianças e adolescentes em busca de uma família e a outra de candidatos a se tornarem pais. Para além destas listas locais, há o cadastramento estadual e o nacional, regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, este versa a respeito da possibilidade de uma criança ou adolescente ser adotado por alguém domiciliado em outro Estado.

Ainda segundo o autor, ao se habilitar à adoção, o interessado fica sujeito a um procedimento por meio do qual é necessário comprovar que reúne todos os requisitos exigidos para a adoção. Em 12/10/2019 foi criado o SNA – Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, que surgiu a partir da união do cadastro nacional de crianças e adolescentes acolhidos (CNA). O SNA, que é regulamentado pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 289/201931, funciona também como um sistema de alerta, para milhares de crianças e adolescentes que aguardam o retorno às suas famílias de origem, ou para serem adotadas.

2.3 O PERCORRER HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Como se vê, o processo de adoção acompanhou a evolução internacional de reconhecimento das crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos. Para Oliveira (2006), o processo de adoção teve sua ascensão no âmbito internacional a partir do pós-guerra em 1945. A partir deste momento possibilitou-se que crianças e adolescentes que se encontravam desamparadas e sem família encontrassem um novo lar, nova família, já que as suas haviam sido dizimadas, tudo isso sob o abrigo dos direitos humanos. Foi a partir daí que passou a se pensar em direitos humanos universais como forma de resposta às atrocidades e os horrores que aconteceram durante a guerra.

O Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF (2022) apresenta uma linha do tempo dos direitos da criança e adolescente, vale destacar que no início do século XX não haviam padrões de proteção, desta forma, vale ressaltar alguns destes direitos, conforme a seguir.

Em 1924 a Liga das Nações adota a Declaração de Genebra sobre os direitos da criança, essa ressalta a que todas as pessoas devem proporcionar às crianças meios para seu desenvolvimento, ajuda em momentos de necessidade, prioridade de socorro, liberdade econômica e proteção contra a exploração e educação que vá ao encontro de estimular a consciência e o dever social.

Em 1927 surge no Brasil a Lei de Assistência e Proteção de Menores, mais popularmente conhecida como Código de Menores, esta determinou basicamente que a maioridade penal passa a ser de 18 anos em todo o País, e ela prevalece até os dias atuais.

No ano de 1946 é criado o Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), que tem por finalidade atender na Europa e na China às emergências das crianças num período pós-guerra.

Já no ano de 1948 é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual o Artigo 25 preconiza "cuidados e assistência especiais" e "proteção social" para mães e crianças.

Em 1950 é estendido o mandato do UNICEF, que possui por objetivo atender crianças e mulheres nos países em desenvolvimento, em 9 de julho deste ano é assinado o primeiro programa de cooperação com o governo Brasileiro.

No ano de 1953 o UNICEF torna-se parte integrante e permanente da ONU, sendo renomeado como Fundo das Nações Unidas para a Infância, já em 1959 a Assembleia Geral das Nações Unidas adota a Declaração dos Direitos da Criança, que visa reconhecer os direitos das crianças e adolescentes à educação, à brincadeira, a ambiente favorável e a cuidados de saúde.

Em 1973 A Organização Internacional do Trabalho adota a Convenção 138, esta define 18 anos como sendo a idade mínima para realizar trabalhos que possam ser perigosos para a saúde, a segurança ou a moral de uma pessoa. Em 1988 o Brasil inclui em sua Constituição um artigo específico sobre os direitos das crianças, o artigo 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".

No dia 20 de novembro de 1989 é adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo aclamada como uma importante conquista para os direitos humanos, reconhecendo principalmente os papéis das crianças como atores sociais, econômicos, políticos, civis e culturais.

No dia 13 de julho de 1990, o Brasil aprova o Estatuto da Criança e do Adolescente e em 24 de setembro ainda ratifica a Convenção sobre os Direitos da Criança.

No final de 2017, foi promulgada a Lei 13.509, trazendo amplas reformas a respeito do tema. O que se nota é que o tema adoção nunca teve no Brasil uma estabilidade legislativa consolidada, havendo ainda outros projetos de lei que pretendem tratar do tema, como o Estatuto da Adoção, idealizado pelo IBDFAM.

> Na norma de 2009, ela revogou vários dispositivos do Código Civil que tratavam da adoção (arts. 1.620 a 1.629), alterando, ainda, os arts. 1.618 e 1.619 da atual codificação privada. Em síntese, pode-se afirmar que com essa modificação anterior a matéria ficou consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que também teve vários dos seus comandos alterados. Tal estruturação foi mantida com a Lei 13.509/2017 (TARTUCE, 2014, p. 420-421).

No que se refere a temática da adoção internacional sob a ótica brasileira, necessária a atenção e importância que lhes são inerentes e conjuga, além de normas nacionais e constitucionais, normativas internacionais, buscando sempre alcançar a primazia do objetivo da adoção internacional: a formação de novas famílias cujo o maior laço seja constituído do afeto, amor e respeito.

Dentro desse contexto normativo, a adoção internacional é passível de direito àquele pretendente que possui residência habitual em país-parte da Convenção de HAIA, de 29 de maio de 1993, promulgada no Brasil pelo Decreto No 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. São signatários da Convenção países como o Brasil, Austrália, Cabo Verde, Fiji, Itália, Japão, Portugal, Venezuela, num total de cerca de 112 países.

O Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999, promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em HAIA, em 29 de maio de 1993 – a chamada "Convenção de HAIA". Na referida Convenção, ratificada pelo Brasil através do referido decreto, os Estados partícipes

acordam diversos direitos e procedimentos relativos à adoção internacional, sendo de suma importância o apontamento de alguns deles.

Ou seja, a Convenção de HAIA determina regras para adoção internacional entre os Estados que dela fazem parte, sempre observando as determinações das autoridades competentes do Estado de origem da criança ou adolescente, e também que a adoção corresponda verdadeiramente ao interesse superior da criança, conforme dispõe o art. 4º. Desse modo, o primeiro passo para as pessoas que desejem adotar uma criança residente em outro país que seja parte da Convenção é procurar a autoridade central do Estado de residência do menor.

A Convenção de HAIA é resultado de um movimento internacional de uniformização da adoção entre estrangeiros, na medida em que:

> Inspirou-se fortemente na Convenção sobre os Direitos da Criança. Entende a adoção internacional como medida excepcional, aplicada apenas quando esgotadas todas as possibilidades de viver em ambiente familiar no país de origem.
> Um dos principais objetivos da Convenção está em estabelecer uma estrutura organizada entre os países que realizam a adoção internacional, com vistas a facilitar a aplicação dos dispositivos que garantam os direitos da criança, mediante a adesão obrigatória de normas e mecanismos comuns entre as partes. (PEREIRA, 2013, p. 54)

Assim sendo, para famílias brasileiras realizarem a adoção no âmbito internacional conforme menciona o Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020), o primeiro passo se refere aos pretendentes à adoção internacional residentes no Brasil, os quais devem primeiramente realizar a sua habilitação na comarca de sua residência, seguindo as regras de cada Tribunal de Justiça.

Como segundo passo, após o recebimento da habilitação, deve se requerer ao Juízo da comarca da sua residência que a cópia do seu processo seja encaminhada à Comissão Estadual Judiciária de Adoção (Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional), indicando o país de onde se pretende adotar a criança, devendo este país ser ratificante da Convenção de HAIA, caso contrário o processo não seguirá pela via das autoridades centrais.

O terceiro passo a ser seguido, conforme o Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020), a Autoridade Central Administrativa Federal deverá enviar o pedido para a autoridade central do país estrangeiro, requerendo orientações adicionais quanto aos procedimentos a serem seguidos, bem como quanto à legislação específica daquele país.

Já o último passo a ser observado pelas diversas unidades envolvidas no processo é o do Fluxo de Habilitação de Pretendentes Residentes no Brasil para Adoção Internacional, aprovado pelo Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras. Pelo exposto, pontua-se que a Convenção de HAIA é um importante instrumento jurídico na adoção internacional, notadamente entre países ratificantes, e estabelece e unifica regras para a proteção das crianças adotadas. Os procedimentos descritos no referido diploma internacional são claros e se coadunam com a legislação brasileira.

O presente estudo visou apresentar a evolução do processo de adoção de crianças e adolescentes a partir das legislações atinentes, quais os procedimentos a serem adotados para a adoção internacional de acordo com os países que ratificam a Convenção de HAIA e o ECA, destacando-se a importância do cuidado e da proteção destas crianças e adolescentes, a fim de garantir seu bem-estar e sua colocação em família substituta nos casos onde a realocação na família não é viável, além da sua proteção para que não sejam vítimas de trabalho ou exploração infantil nesta nova família.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção é uma medida necessária e importante quando a criança ou adolescente já não pode mais fazer parte do âmbito familiar, seja por motivo de abandono da criança ou adolescente, pela destituição do poder familiar ou situações de abuso, e a adoção Internacional vem como forma de auxiliar que crianças, em especial as que vivem em situações de extrema pobreza, tenham uma vida digna, com acesso à alimentação, saúde lazer e afins, que os novos pais possam proporcionar.

Na atualidade, destaca-se que a adoção internacional é regida pelo Código Civil de 2002, presente entre os artigos 1.618 a 1.629. Também é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, pelo qual se objetiva proporcionar a crianças e adolescentes a possibilidade para que tenham acesso a um lar, afeto e amor. Sendo assim, o estudo foi baseado na legislação brasileira, assim como em Convenções Internacionais que tratam da adoção internacional e às quais o Brasil é país signatário, como a Convenção de HAIA.

A adoção internacional surge, não como uma solução para o abandono do menor, mas como uma nova chance de ter uma família, se esta possibilidade não existiu em seu país de origem, com a finalidade de terem seus direitos respeitados. Cabe aos órgãos

competentes a análise de cada caso de forma individual, verificando as condições onde será inserida e sua adaptação para com esta nova família.

É importante salientar que o Brasil possui estrutura legislativa e Judiciária para possibilitar que pais estrangeiros adotem crianças brasileiras, destaca-se que as principais legislações que asseguram o cuidado e proteção da criança e adolescente quando este é posto em família substituta são o ECA e a Convenção de HAIA. Visto que essa é a última alternativa de colocação da criança ou adolescente em família substituta.

Salienta-se que a adoção de crianças e adolescentes por famílias estrangeiras ocorre e forma excepcional, pois, prevalece a adoção de famílias brasileiras ante as estrangeiras. Contudo, a adoção internacional vem a suprir a necessidade destas crianças e adolescentes sem famílias, sendo preferível a adoção internacional, onde passam a ter uma casa e uma família.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Adoção por Residentes no Brasil**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/adocao-por-residentes-no-brasil>. Acesso em: 22 ago. 2021.

_____. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Decreto Nº 3.087, de 21 de Junho de 1999**: Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Lei Nº 12.010, de 3 de Agosto De 2009**: Dispõe sobre adoção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 12 mai. 2022.

_____. **Lei Nº 13.509, de 22 de Novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7 ed. rev., atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Paula Moreau Barbosa de**. Adoção Internacional, Um Direito Humano**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.3, n.3, jan./jun.200, 2006.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 22 set. 2021.

PAIVA, L. D. **Adoção**: significado e possibilidades. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PEREIRA, Elizane Lunardon. **Adoção internacional**: realidades, conceitos e preconceitos. Emancipação, v. 13, n. 3, p. 47-66, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHNEIDER, Eliete Vanessa; BEDIN, Gilmar Antônio. **A proteção internacional dos direitos humanos e o sistema interamericano**: a importância de mais um nível de garantia dos direitos humanos. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da UNIJUÍ. Ano XXI nº 38, jul.-dez. 2012.

SILVA, Paulo Lins. **Os Tratados Internacionais de Proteção às Crianças e aos Adolescentes**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/254.pdf>. Acesso em 18 mai. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. 9ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

TJPR. **Convivência Familiar e Comunitária**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/116858/b47400a7-1b6d-4d84-bd74-45edf316232a>. Acesso em 18 mai. 2022.

UNICEF. **Linha do tempo dos direitos da criança**. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em 18 mai. 2022.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. Curitiba: Juruá, 2004.

A ADOÇÃO TARDIA NO BRASIL

Luciane Belarmino[1]

Maria Cristina Schneider Lucion[2]

RESUMO

Este trabalho apresenta um resgate histórico sobre a adoção tardia e as mudanças na legislação brasileira no último centenário. Para desenvolvê-lo, utilizou-se do método hipotético dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas. Tem como objetivo verificar quais são os principais aspectos da adoção tardia no Brasil, e as etapas pelas quais as crianças e adolescentes passam até serem adotadas. Compreende-se que o número de crianças e adolescentes que se encontram abrigados à espera da finalização do processo de adoção é bastante expressivo. Observa-se que as crianças e adolescentes acabam passando grande parte de suas vidas em Instituições de acolhimento e consequentemente privados do seu direito à convivência familiar.

Palavras-chave: Legislação. Adoção tardia. Aspectos históricos e atuais.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na presente pesquisa aborda-se a adoção tardia de menores, considerando o grande número de crianças institucionalizadas aguardando por colocação em novas famílias. Nos últimos cem anos, a temática sofreu mudanças legislativas e constitucionais que serão abordadas.

Em razão da condição de vulnerabilidade de desenvolvimento que as crianças e adolescentes se encontram e, apesar das existências dos direitos garantidos na legislação pátria, ocorreram mudanças nas legislações, principalmente no Código civil de 2002 em relação ao CC de 1916, visando sempre o melhor interesse do menor. É o caso do direito à convivência familiar, que, embora previsto nos diplomas legislativos, mais especificamente no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por vezes tem aplicabilidade distante da realidade, conforme há de se averiguar através deste estudo.

---

[1] Luciane Belarmino, e-mail: darcillery@gmail.com. Acadêmica do Curso de Direito, 7º semestre, Mediação e Arbitragem.

[2] Maria Cristina Schneider Lucion, e-mail: maria.schneider@setrem.com.br.

Nesse contexto, o presente estudo vai nos relatar as principais mudanças que ocorreram na legislação nos últimos cem anos, os benefícios aos adotantes e aos adotados, como também os deveres dos pais adotivos em relação aos seus filhos adotivos, que agora com a nova legislação possuem os mesmos direitos dos filhos biológicos.

Considerando tais preocupações, o ponto principal deste estudo é a demonstração da importância do direito à convivência familiar, com perspectiva de ser um direito humano garantido por lei, bem como, da constituição de família para as crianças e adolescentes adotados tardiamente.

2 DESENVOLVIMENTO

No Brasil, foi implantada pelo Código Civil de 1916, precisamente nos artigos 368 a 378, a primeira regulamentação jurídica acerca do instituto da adoção. Originariamente, o art. 368 estabelecia que: "Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar", registrando consideravelmente o instituto da adoção. Entendia se que a adoção era uma saída àqueles pretensos pais para que não ficassem sozinhos na velhice.

Este método constava que não era necessário processo judicial, quer dizer, ocorria sem a interferência direta do Estado, sendo a formalização feita através de escritura pública (ato contratual) não definitiva. Prescrevia o art. 375 que "a adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, em termo", e ainda no art. 374, que a adoção poderia ser desfeita caso houvesse consenso entre as partes.

O instituto da ação sofreu mudanças consideráveis nos últimos cem anos. Com as inúmeras regulamentações de novas legislações, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, buscou-se priorizar o melhor interesse do menor e os direitos humanos.

Fazendo um resgate histórico do instituto da adoção, tem-se que no ano de 1957 a Lei federal nº 3.133/57 alterou alguns artigos do Código Civil que travavam sobre adoção, especialmente passando a reduzir a idade do adotante para trinta anos, bem como, determinando a impossibilidade de adotar, sendo casado, antes do matrimonio completar cinco anos - alteração realizada no art. 368 do revogado Código Civil.

No ano de 1965, a Lei Federal nº 4.655/65, que tratava sobre a Legitimidade Adotiva, ofereceu uma gama de benefícios, até então inéditos, à adotantes e adotados. O art. 1º, parágrafo primeiro, da referida legislação, tratou pela primeira vez de forma expressa a adoção tardia,

passando a regulamentar a possibilidade de adoção de maiores de sete anos de idade. Nesse sentido, determinava que "será também permitida a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de 7 (sete) anos, quando à época em que completou essa idade, já se achava sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem então as condições exigidas".

Segundo o Código Civil de 1916, art. 375, "A adoção far-se-á por escritura pública em que se não admite condição nem termo". Neste momento não se dava relevância ao bem-estar do adotado. Mas como as mudanças do Código Civil de 2002, o surgimento do Estatuto da Criança e Adolescente, agora busca-se sempre atender o que é melhor para o menor envolvido (MADALENO, 2020).

Na Constituição Federal de 1988 foi observado um novo método, capítulo VII, art. 227. VII, §5º, ocorreu uma relevante mudança no que se refere a adoção, mostrando uma nova designação e disposição, sendo vistas como adoção sempre uma ação plena, definitiva e realizada com assistência do Poder Público, na forma da lei. E no §6º: "os filhos havidos ou não na relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações à filiação" (MADALENO, 2020).

Atualmente, para adotar uma criança no Brasil o procedimento é burocrático. Para adotar uma criança ou adolescente, é necessário ter mais de dezoito anos de idade, nos termos da Lei Federal nº 12.010/2009, além de ter dezesseis anos a mais que a criança a ser adotada - art. 42, § 3º do ECA. O processo tem várias etapas que variam de acordo com o estado e com as Varas de Infância. É preciso apresentar os documentos solicitados de acordo com a unidade da Federação, laudos médicos, psicológicos e psicossociais, de acordo com o Cadastro Nacional de Adoção (RIZZARDO, 2019).

Neste ponto, Caio Mário da Silva Pereira assevera que:

> "Esta diferença etária no pressuposto de certo condicionamento hierárquico entre adotante e adotado, no que, aliás, usa-se por parâmetro a circunstância de que a idade núbil é também de dezesseis anos, e, assim assemelha o parentesco civil a relação de paternidade biológica." (2004, p. 401)

Adoção é um contrato solene que cria entre duas pessoas relações iguais às que resultariam de filiação legítima ou verdadeira, sendo regida pela lei nº 12.010/09, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA no seu art. 41, estabelece: "A adoção atribui

a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo impedimentos matrimoniais".

No que tange ao atual conceito de adoção é oportuno destacar o que diz Maria Helena Diniz:

> "Ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha." (2010, p. 522)

Diante de tantas conceituações sobre o que seria adoção, constata-se que a adoção é o ato de acolher mediante processo regulado por lei, uma criança ou adolescente, atribuído a este a condição de filho, abraçando este no âmbito familiar, no qual ele deverá usufruir de todos os direitos e garantias do filho consanguíneo (TEXEIRA, 2018).

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira destaca que:

> "O sistema de adoção no Brasil é cruel com as crianças e os adolescentes. São os números que dizem isso: mais de 46 mil estão em abrigos à espera de uma família. Pior que isso são os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário parecerem achar tudo normal. É perverso! Todos fazem de conta que não veem essa violência de os menores não poderem ter uma família para acolhê-los (2016)."

A adoção pode ser um processo demorado, o qual faz com que as crianças permaneçam anos sem ter novamente um lar, ficando por muito tempo em abrigos, sendo assim chamam de adoção tardia. Pois a maioria dos adotantes preferem adotar crianças de o máximo dois anos de idade, chamando assim, porque tarda a adoção de crianças maiores, e mais demorado ainda quando se trata dos maiores de quatro anos de idade. Constata-se que tal termo tem sido contrariado, porque pode dar a ideia de que a adoção aconteceu "fora do tempo", e de que a adoção "no tempo certo" seria apenas a de bebês (PEREIRA e SOTERO, 2020)

Conforme artigo 2º da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990).

A criança ou o adolescente adotado já possui uma memória com um conceito do que é família, que na maioria das vezes não são lembranças boas, pois podem ter sido retirados dos seus lares pela destituição do poder familiar, o qual ocorre por negligencia, maus tratos, abandono, causando a criança dor e sofrimento. Depois da destituição familiar vão para abrigos, onde podem ficar por pouco ou por muito tempo. As vezes os menores criam laços afetivos

com os cuidadores dos abrigos, mas na maioria das vezes eles sentem a falta do carinho e da atenção diferenciada. A ausência de um contexto familiar deixa cicatrizes muitas vezes irreversíveis na criança, que podem ser curadas com sua nova família que irá lhe acolher e proporcionar um novo lar (VARGAS, 1998).

Para Herbet de Souza (2008): “o tempo é da criança e do adolescente e não do adulto. A criança e o adolescente não têm que esperar. O adulto é que tem que correr. A infância e a adolescência podem acabar amanhã.”

A razão pelo qual muitos pais adotantes optam por crianças mais novas, é para buscar uma melhor adaptação em relação ao filho adotivo e aos pais, tentando chegar a mais próximo da relação sanguínea. Desejam realizar o sonho de ver os primeiros passos de seu filho, as primeiras palavras, trocar fraldas, amamentar, dar colo, fazer dormir, poder construir uma história familiar desde o início, que possam estar presentes em toda etapa da infância da criança. Assim procuram adotar crianças menores e os maiores vão ficando nos orfanatos e lares temporários por anos (VARGAS, 1998).

Muitos adotantes enfatizam sobre o medo da criança ou adolescente ter a vontade de procurar seus pais biológicos, de terem consciência sobre a adoção e rejeitar todo o afeto que os pais adotantes lhes proporcionam, e tais fatos comprometerem a relação deles, de pais e filhos. Assim, para evitar tais “problemas” os adotantes optam, então, pela adoção de crianças menores de dois anos, entendendo que tal fato não lhe causará os embaraços acima mencionados, pois quanto maior a criança, maiores serão os laços com a família biológica. (VARGAS, 1998).

O artigo 50 do estatuto da criança e adolescente (ECA, art. 50, e § 5º), prevê a manutenção em cada comarca ou foro regional, como também a implementação, de cadastros estaduais e nacionais de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e de pessoas ou casais habilitados para adoção (MADALENO, 2020).

No Brasil, a fila para quem deseja adotar uma criança é composta por 46,2 mil pretendentes. Deste total, 93,2% não aceitam adotar crianças maiores de 8 anos. O problema é que 62,9% das crianças no Cadastro Nacional de Adoção têm 8 anos ou mais (LIMA, 2019).

As crianças consideradas "idosas" para adoção, segundo Vargas:

> “Ou foram abandonadas tardiamente pelas mães, que por circunstâncias pessoais ou socioeconômicas, não puderam continuar se encarregando delas ou foram retiradas dos pais pelo poder judiciário, que os julgou incapazes de mantê-las em seu pátrio poder,

> ou ainda, foram ‘esquecidas’ pelo Estado desde muito pequenas em ‘orfanatos’ que, na realidade, abrigam uma minoria de órfãos(...)” (1998, p. 35)

O processo de adoção no Brasil envolve uma enorme burocracia, com muitas etapas, sempre visando garantir o melhor interesse da criança. Assegurando para garantir que esta criança seja acolhida em um lar perfeito, lhe proporcionando seus direitos básicos, como segurança, afeto, alimentação e educação, para que não corra o risco de haver uma devolução por falta de adaptação, outrossim tentar a reinserção no lar biológico. Contudo, esse zelo demasiado, interfere na celeridade do processo de adoção, dessa forma as inúmeras e frustrantes tentativas de reintegração na família biológica levam tempo, muitas vezes passam se meses, anos e as crianças vão ficando mais velhas e passam muito tempo de suas vidas em abrigos, que seriam apenas um lar temporário.

O rigor na escolha do perfil dos adotantes é outro motivo alarmante, tornando-se a causa de haver tamanha desigualdade entre a quantidade de pretendentes a adoção e o número de crianças disponíveis. Para tentar amenizar este problema deveriam acontecer políticas públicas eficazes no sentido de educar e romper os estigmas sobre as crianças mais velhas, procurar inserir na sociedade o princípio da socio afetividade, esclarecendo sobre a importância do afeto como principal motivo da adoção. (PEREIRA e SOTERO, 2020).

Nos últimos cem anos o Brasil teve uma evolução significativa quanto a adoção, mas ainda há preconceito com relação a adoção tardia. Mesmo a filiação adotiva sendo uma filiação legitima, com os mesmos aspectos jurídicos da filiação natural, é vista de outra forma tanto social como psicológica (VARGAS, 1998).

Quando falamos em adoção, tem-se em mente a noção de abandono, pois toda a criança que está na fila de adoção, supostamente foi abandonada ou tirada do seu lar, e a criança perde o seu direito primordial de ser amada, e ter uma família que lhe proteja. Segundo Marin, 1990 *apud* VARGAS, no que se trata de abandono legal:

> “O abandono legal, que não está claramente definido no ECA, permite respeitar o desejo dos pais de não assumir o filho (agilizando o processo), oferecendo ao mesmo tempo, possibilidade à criança de ter a segunda melhor chance de construir relações estáveis que são vitais para o seu desenvolvimento. O objetivo da colocação familiar é o de assegurar a cada criança em situação de abandono, a integração em um lar e a possibilidade de manter, estabelecer ou restabelecer laços afetivos entre as mesmas e figuras parentais. Solução esta que corresponde aos anseios de toda a sociedade, que

> pode oferecer as melhores condições, necessários à criança para que ela se desenvolva." (1998, p. 17)

As crianças que foram retiradas das suas famílias sofrem uma grande perda, e como consequência grandes traumas psicológicos lhe atormentam, tornando muitas vezes difícil a adaptação em seus novos lares com suas novas famílias, mesmo uma criança em tenra idade pode sentir a falta de sua mãe biológica, pois nesta idade já começa a formar os laços com seus familiares. Por este e tantos outros detalhes que os adotantes devem de ter uma estrutura psicológica para conseguir lidar com as dificuldades que iram surgir.

Para BOWLBY (1976 p. 52, apud, VARGAS, 1998, p. 35):

> "...as crianças que foram passadas de uma figura materna para outra durante seu terceiro ou quatro anos de vida desenvolveram personalidades muito antissociais e tornaram-se incapazes de estabeleceram relações satisfatórias com outras pessoas".

As crianças adotadas tardiamente sofrem um processo de regressão, podendo retroceder ao momento do seu nascimento, pois ela quer viver esta fase com a sua nova mãe, e é importante que os novos pais possam dar a chance desta criança renascer, fortalecendo assim o desenvolvimento do seu novo ego; quanto mais cedo a criança estabelecer uma visão de uma mãe boa, mais curto será o tempo de ela esquecer o trauma do abandono (VARGAS, 1998, p. 36).

3 CONCLUSÃO

Podemos observar, diante o exposto, resta claro que existem descréditos da sociedade que devem ser desconstruídos em relação à adoção tardia. Embora a evolução da legislação, ainda há óbices que precisam ser superados para que crianças e adolescentes possam ser adotados, independente da idade que possuam.

Infelizmente, existem vários pontos a serem analisados pela ótica da adoção tardia, a grande maioria pode influenciar diretamente no psicológico da criança/adolescente rejeitado e, devido a isso o processo de adoção deve atender a cada dia mais a necessidade de celeridade processual, a fim de que em um lapso temporal menor a adoção seja totalmente efetivada, de modo que as crianças/adolescentes passem o menor tempo possível em abrigos ou casas lar.

Assim sendo, podemos concluir que o bem-estar da criança e do adolescente deve sempre vir em primeiro lugar, para lhe assegurar o mínimo de dignidade e o direito de um

crescimento saudável. A adoção tardia não deve ser vista como uma adoção negativa, a última escolha, após um longo período de espera, mas deve ser incentivada e cultivada em nossa sociedade como ato de amor, vínculo afetivo que salva o desenvolvimento de milhares de crianças e adolescentes da fila para adoção, e lhes dá um novo lar, uma família.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Brasília, DF.

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

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 22º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 25º. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5. 749 p.

LIMA, Mariana. **Adoção Tardia: quando não se define idade para amar.** Observatório do Terceiro Setor. Disponível em: Acessado em: 01 de junho de 2022.

MADALENO. Rolf. **Manual de Direito da Família**. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

MIRANDA, Jéssica Pinto de; PAIVA, Talyssa Mariano. **Adoção Tardia**. Disponível: < https://www.passeidireto.com/arquivo/93651380/modelo-de-resumo-expandido-adocao-tardia> acesso em 26 de maio de 2022.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. Instituição de Direito Civil. Direito de Família. 14.ed. atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V.5.

PEREIRA, Ribeiro Yasmin; SOTERO, Andrea Luiza Escarabelo. **Adoção tardia e aspectos que dificultam o processo de adoção de crianças maiores e saídas para integração em uma família adotiva**. 2020. Disponível: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/adocao-tardia-e-aspectos-que-dificultam-o-processo-de-adocao-de-criancas-maiores-e-saidas-para-integracao-em-familia-adotiva/> Acesso 22 de maio 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Sistema de adoção no Brasil é cruel com as crianças e adolescentes.** (19/12/2016) Disponível: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/sistema-de-adocao-brasil-e-cruel-com-crriancas-e-os-adolecesntes>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

RIZZARDO. Arnaldo. **Direito de Família**: 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEIXEIRA, Bianca de Souza. **A adoção conforme o estatuto da Criança e do adolescente**. 2018. Disponível: <https://jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=20474> Acesso 02 de junho de 2022.

VARGAS, M. M. **Adoção tardia**: da família sonhada à família possível. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

A CONCEITUAÇÃO HISTÓRICA DE DELITO E A CULPABILIDADE DO AGENTE TRANSGRESSOR NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Dalvane Maffi Graupe[1]
Nélio Marks Junior[2]

Resumo: o Direito surge com o intuito de assegurar os bens jurídicos mais caros a sociedade e punir o agente transgressor independentemente do crime que por ele é cometido, já que culpabilidade é o pressuposto para a imputação de uma pena. Desta forma o presente artigo busca demonstrar a evolução histórica acerca de o conceito de delito, como também enfatizar as teorias discutidas a partir do século XIX com uma análise comportamental do Código Penal brasileiro, tendo em vista o lapso temporal que transcorreu desde a conceituação e a tipificação do crime. O foco será demonstrar a evolução do Direito Penal durante as diversas discussões doutrinárias que ocorreram com o passar do tempo, e após comparar com a teoria que foi adotada pelo Código Penal brasileiro, e por fim comentar sobre os tipos de punibilidade existentes no mesmo.

Palavras-chave: Direito Penal, Crime, Culpabilidade, Delito.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A frase "O crime é um ato tão antigo quanto o homem" mostra uma realidade que muitas vezes é difícil de acreditar. O primeiro homicídio aconteceu muito antes de que possamos imaginar. Ocorreu na Bíblia, mais especificamente em seu Antigo Testamento, um homicídio brutal protagonizado por Caim, que em um ato de inveja diante seu irmão Abel, matou-o armando uma emboscada e acertando sua cabeça diversas vezes com uma pedra. Desde então surgiu a necessidade de serem criadas punições para aqueles que violassem o convívio pacífico, dando origem ao Direito Penal e a Criminologia (SILVA, 2004, p. 24).

Dos crimes tipificados nos Códigos Penais de todos os países, o homicídio é o mais chocante, e realmente preocupa os legisladores e indivíduos que compõe a sociedade. Todos os dias são praticados homicídios, tanto no Brasil quanto no restante do mundo (PORTELA, 2013).

Segundo Luiz Régis Prado (2019) o direito tem por finalidade regular o convívio social do indivíduo, com o intuito de assegurar-lhe as condições mínimas existenciais, de desenvolvimento e paz. A sociedade e o direito agem mutuamente, para que possamos

---

[1] Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professor do Curso de Direito da Setrem.

possuir normas e preceitos jurídicos que ofereçam a proteção contra lesões aos bem jurídicos de indivíduos e da coletividade.

Porém, quando o fato social atinge tais bens jurídicos, gera-se o chamado ilícito penal. Para impedir tais práticas, o estado estabelece sanções, em busca de tornar invioláveis os bens que o mesmo protege. Juntamente com essas sanções, o estado busca fixar outras medidas com o intuito de prevenir ou até mesmo reprimir o surgimento de fatos lesivos aos bens jurídicos da população, essas medidas podem ser definidas como pena e medidas de segurança (JESUS, 2011).

2 DESENVOLVIMENTO

Com surgimento no século XIX a definição do delito era apresentada pelo método analítico que foi elaborado pela doutrina alemã, que foi com o tempo sendo aperfeiçoada com o auxílio de diversos outros países, sendo então conceituado como o conceito clássico de delito, criado com o intuito de resolver as diversas limitações que foi imposta pelo positivismo cientifico. O direito positivo continha uma interpretação formal da ação humana, estruturando-se com um tipo objetivo-descritivo, antijuridicidade objetiva-normativa e culpabilidade subjetiva-descritiva, afastando qualquer espécie de valor social, psicológico e filosófico (BITTENCOURT, 2012).

Von Liszt e Beling criaram o conceito clássico de delito. Sendo formado por uma ação juntamente com o resultado, conhecido como nexo causal. Esse conceito foi muito influenciado pelo movimento iluminista, que trouxe diversas características ao Direito Positivo. Von Liszt em sua doutrina tinha como atributo a ciência dogmática, que segundo ele era dividida em duas partes: A primeira parte era chamada de ciência sistemática, e analisava as proposições jurídicas, e a segunda era chamada a ciência prática. Von Liszt dizia que o naturalismo trazia consigo uma base legal, que acabava resultando na criação de uma segurança jurídica, e ao mesmo tempo analisava o direito de modo concreto com o intuito de buscar a realidade no mundo jurídico (BITTENCOURT, 2012).

Na Alemanha durante o século XX, foi criada a teoria chamada de modelo neokantista que nasceu com o intuito de reformar o conceito clássico de delito. Esse modelo permitiu uma compreensão muito mais clara acerca dos institutos penais, o que trouxe conceitos de alto valor, sem descartar a cientificidade. Essa mudança aconteceu para somar com os princípios fundamentais do conceito clássico. Priorizando o normativisimo e a axiologia, que era baseada na teoria teleológica do delito (BITTENCOURT, 2012).

Segundo Luiz Regis Prado, o positivismo deu espaço para a criação da antítese crítica que era fortemente citado pelo neokantismo, que causava reações contrarias ao pensamento positivista. Com a consolidação da tese positivista deu-se espaço para a emergência da antítese crítica, imposta no pensamento neokantista. (PRADO, 2007).

Com a teoria neokantiana os elementos do crime foram fortemente modificados. Anteriormente a ação era enfraquecida pois era totalmente voltada ao naturalismo, o que ocasionava complicações nos crimes omissivos e tentados. Já quanto a tipicidade, tinha fatores objetivos, e durante a descoberta dos elementos normativos, foi deixado de lado o conceito clássico. Já que a ilicitude não era algo mais logico, passando a ser adotada a ideia do perigo social, e também a culpabilidade acabou tornando reprovável o dolo ao dever (BITTENCOURT, 2012).

Durante os anos de 1930 e 1960 foi desenvolvida a doutrina finalista, pelo pensador Wetzel. O principal fator de formulação desta teoria era um conceito pré-jurídico, sendo a conduta humana a ser analisada. Wetzel em diversas vezes questionou o modelo neokantiano por causa de sua analise subjetiva acerca da conduta humana, que era fruto de uma atribuição individual e também pré-estabelecida, formando uma estrutura lógica que deveria ser seguida, conforme a cultura e a sociedade em que o indivíduo se inseria. Wetzel também afirmava que o homem sabia os resultados de suas ações, dessa forma colocando certos limites de agir, enquanto o acontecer causal fica voltado para que cada caso seja analisado individualmente (BITTENCOURT, 2012).

Uma das principais contribuições da teoria finalistas foi a total retirada dos elementos subjetivos da culpabilidade, o que faz com que ela se concentre na reprovabilidade social. Essa teoria também removeu o dolo e a culpa da culpabilidade, o que foi transferido para o injusto, desvalorizou a ação e adequou os tipos penais. Contudo, o finalismo se estabeleceu devido à falta de explicação sobre a punibilidade de crimes culposos, que não era considerado um acontecimento causal da finalidade humana, e como se já não bastasse, não conseguia explica a omissão, o que ocasionou nas delimitações a respeito da punição. Mesmo com diversas falhas em sua estrutura, trouxe uma base para o direito penal sob ótica realista ao caso (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2014).

Zaffaroni e Pierangeli usaram de uma metáfora para explanar sobre a teoria do delito, segundo suas palavras se parece com um edifício que necessita de varas características para ser feito: a teoria do delito seria um edifício, e o alicerce é constituído pelo conceito da conduta. Se acontecer qualquer tipo de alteração nos alicerces irá ocorrer

uma mudança nas estruturas. No instante que os alicerces são lançados, temos conhecimento sobre seu peso e qual o peso poderá suportar na distribuição da carga (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2014).

Surgiu então o movimento pôs-finalista que era composto por duas vertentes. A primeira era sustentada por Roxin, que trazia um caráter de finalidades a política criminal voltada ao juízo de valor, com características teleológicas e axiológicas. A segunda vertente era sustentada por Jakobs, e buscava uma total reformulação no sistema penal. (BITTENCOURT, 2010).

Já na contemporaneidade, mas especificamente no Código Penal brasileiro, não é apresentado o conceito de crime, porém, o Decreto nº 3.914 de 9 de dezembro de 1941, ou Lei de Introdução ao Código Penal, mais precisamente em seu 1º artigo, deixa fixado o seguinte conceito.

> Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL, 1941).

Ou seja, o crime deve ser interpretado no seu aspecto formal como também no material. No aspecto material, o crime é definido como toda e qualquer ação ou omissão humana que busca lesar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. Já sob aspecto formal, o crime seria definido como, toda conduta que colida de frente contra a lei penal editada pelo Estado. É uma concepção do direito para constituir uma conduta proibida por lei, sob uma ótica de ameaça de aplicação de pena, com uma visão legislativa do fenômeno. Na realidade, cuida-se apenas do conceito material, desde que devidamente formalizado (NUCCI, 2011).

Rogerio Greco (2011, p. 140) deixa o pensamento acima mais claro.

> Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a ataca-lo, em face do princípio da legalidade.

Uma segunda corrente surge defendida por Miguel Reale Júnior, que considera o crime um fato típico e culpável, sendo que a antijuridicidade está contemplada no próprio tipo penal (MASSON, 2014).

Entretanto, dentre os doutrinadores brasileiros duas teorias se destacam quanto ao conceito analítico de crime. Para a teoria bipartida, defendida por Fernando Capez, René Dotti, dentre outros, o crime é um fato típico e antijurídico. A culpabilidade seria um pressuposto para a aplicação da pena (NUCCI, 2011).

Reforçando tal entendimento, Cleber Masson (2014) defende que o Direito Penal brasileiro adotou uma teoria chamada bipartida. Para fortalecer ainda mais seu argumento, ele relata que no Código Penal, a imputabilidade penal é tratada em posição sistemática, diferentemente quando se trata do crime, restando concluído que o crime e o fato ilícito e antijurídico, e que independe de culpabilidade. Ele também relata que, ao se tratar de causas excludentes de ilicitude, o Código Penal, em seu art. 23 afirma que "não há crime". Quanto ao art. 26, o qual trata de exclusão de culpabilidade, afirma que "é isento de pena", tornando-se evidente a desvinculação da culpabilidade como um elemento que constitui o crime.

Já a teoria tripartida, defendida majoritariamente pela doutrina brasileira, defende o conceito analítico de crime como sendo um fato típico, antijurídico e culpável. A partir disso, a seguir será feita uma abordagem específica de cada elemento do crime (MASSON, 2014)

Segundo Damásio de Jesus (2011), o fato típico é aquele que se encaixa no conjunto de elementos que descreve o delito previsto na lei penal. Para que seja possível reconhecer um fato típico, faz-se necessário que exista uma ação ou omissão, que venha a produzir um resultado, que exija a existência de uma relação objetiva de causalidade. Por fim, para que um fato seja considerado típico, seus elementos devem estar necessariamente descritos na lei penal como ato ilícito (crime), ou seja, dotado de tipicidade.

Para Renato Masson (2014), a tipicidade de ser legal ou conglubante - esta segunda foi criada pelo autor Eugenio Raúl Zaffaroni -, é o método de a lei fazer uma individualização da conduta, com o auxílio do conjunto de elementos objetivos e também normativos do tipo penal. Já o conceito da tipicidade conglobante é a comprovação de que a conduta legal tipificada esta da mesma forma proibida pela norma, o que se afronta separando o alcance da norma proibitiva conglobada em relação as outras normas

jurídicas. Vale ressaltar que, a tipicidade conglobante exige que a conduta esteja em contrário com o ordenamento jurídico em geral.

Quanto ao segundo elemento constitutivo do crime, pode-se destacar o que foi dito por Rogerio Greco (2011, p.140);

> A ilicitude, expressão sinônima da antijuridicidade, é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. A ilicitude ou juridicidade da conduta praticada é encontrada por exclusão, ou seja, somente será ilícita a conduta se o agente não houver atuado amparado por uma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal.

O artigo 23 do Código Penal descreve as hipóteses de exclusão de ilicitude e também determina que inexiste crime quando o agente pratica o ato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Essas são as excludentes legais de ilicitude.

Conforme art. 24 do Código Penal brasileiro:

> Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstancias, não era razoável exigir-se (BRASIL, 1940).

Trata-se do sacrifício de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico para salvar de um perigo atual e até mesmo inevitável o direito do próprio agente, ou de terceiros, desde que não haja outra conduta, em circunstancias concretas, exigível (NUCCI, 2011).

Sobre os requisitos do estado de necessidade, pode-se destacar: a existência de um perigo real e atual se caracteriza pela presença de um perigo/risco que está acontecendo na situação presente, motivado por um dano iminente; quanto a involuntariedade na criação do risco, verifica-se que o sujeito deu origem ao perigo não pode se valer da excludente para sua própria proteção, pois seria injusto, sendo necessário que a situação de risco seja decorrente de infortúnio, não causado pelo agente; a inevitabilidade do perigo é caracterizada pela impossibilidade de evitar o perigo por outros meios, uma vez que seja imprescindível causar a lesão ao bem jurídico para conseguir escapar de uma situação de risco (NUCCI, 2011).

Outra causa justificante é a legitima defesa, caracterizada como sendo uma defesa necessária para proteger a própria vida, devendo o agente usar moderadamente os meios

necessários para repelir injusta agressão, atual ou eminente, podendo ser a direito seu ou de terceiros, conforme texto do Código Penal Brasileiro, nos termos do art. 25 (BRASIL, 1940).

Nucci (2011), comentando sobre estrito cumprimento de dever legal, refere que se trada de uma ação praticada em razão de um dever imposto por lei penal ou extrapenal, mesmo que venha a causar dano a bem jurídico de terceiro. Para que possa ser considerado dever legal, faz-se necessário que venha de lei no *sentido lato*, em outras palavras, normas de caráter geral vindas do poder público competente.

O mesmo autor continua sua explanação dizendo que o exercício regular de um direito é formado por uma atividade de conduta autorizada por lei, que acaba tornando lícito um fato típico, ou seja, se alguém venha a exercitar o direito legitimado pelo ordenamento jurídico, não irá responder com se houvesse praticado um crime, ainda que tenha tipicidade.

Celso Delmanto explica o exercício regular de direito da seguinte forma:

> A lei considera excludente o exercício regular de direito. O fundamento dessa exclusão está em que a ilicitude é única e não privativa do Direito Penal ou de qualquer outro ramo do Direito. O ordenamento jurídico te quem ser extrapenal (civil, administrativa, etc...). O Direito Penal não pode considera-lo ilícito penal. Assim, sempre que o Direito em qualquer dos seus ramos permite uma conduta, essa mesma conduta não pode ser considerada ilícito penal. Nota-se, porem que a lei fala em exercício regular de direito, demonstrando que não podem ser ultrapassados os limites, determinados ou implícitos, em que o ordenamento jurídico extrapenal faculta. Assim, se forem excedidos esses limites, poderá haver abuso de direito, e não a excludente de ilicitude do art. 23, III (DELMANTO, 2010, p. 168).

Rogério Greco (2011) busca realizar uma análise que esclareça as discussões e reflexões que foram geradas ao longo dos anos a respeito dos elementos ou as características da infração penal. A denominada Escola *Causal-Naturalista*, desenvolvida por Liszt-Beling, define a conduta humana como um movimento humano ocasionado pela voluntariedade que ocasionava uma modificação no mundo exterior, havendo uma grande relação entre ação e resultado, essa forma demonstrava que havia a função de realizar a descrição objetiva da conduta em praticamente todos os casos, podendo prever o seu resultado. Para esta teoria, o injusto penal, que era composto pela ação típica e antijurídica, era analisado de forma objetiva. Já o dolo e a culpa eram analisados como as reais espécies da culpabilidade, devendo apenas ser constituída após a análise da imputabilidade, sendo que esta era o seu pressuposto. O dolo, juntamente com a culpa, era responsável pela relação psicológica entre o autor e o fato típico, assim, a

culpabilidade era compreendida como um vínculo psicológico que tinha a função de ligar o agente ao fato ilícito cometido.

A Escola Causal-Naturalista recebeu fortes críticas por não explicar a essência da omissão e da culpa inconsciente, pois não havia um vínculo psicológico entre o agente e o fato. Não havia a preocupação de explicar também a ausência da punibilidade em casos de coação moral irresistível (GRECO, 2011).

A seguir, o *Sistema Neoclássico*, também chamado de *Psicológico-Normativo*, introduziu diversas alterações no sistema anteriormente citado, defendendo a culpabilidade composta por elemento subjetivos e normativos. Desse modo, a culpabilidade passou a representar um juízo de reprovabilidade baseada em elementos psiconormativos. Manteve o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade e acrescentou a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa, sendo estes dois últimos os elementos normativos (GRECO, 2011).

Por fim, a Teoria Finalista da Ação, ou também chamada de normativa pura, trouxe mais modificações ao entendimento sobre a teoria do crime. Para esta teoria, a própria ação deixou de ser interpretada como um simples ato voluntário causador da modificação do mundo exterior e começou a ser associada a uma finalidade, sendo ela licita ou ilícita. A partir deste momento, o dolo e a culpa não seriam mais analisados na culpabilidade, mas sim como elementos subjetivos do próprio tipo penal (GRECO, 2011). Para a Teoria Finalista, o dolo é natural. Não seria mais necessário verificar a consciência da ilicitude para se configurar. Na culpabilidade manteve-se todos os elementos normativos anteriores, sendo constituído pela imputabilidade associada ao potencial consciente de ilicitude (GRECO, 2011).

Greco (2011) ressalta que, de acordo com a doutrina majoritária, a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro é a finalista ou a normativa pura.

Para que o autor de um ilícito penal seja punido, deve-se avaliar se o agente possui os elementos da culpabilidade, em outras palavras, deve ser ele imputável, ter consciência, ao menos em potencial, da ilicitude de seus atos e ser exigível, no caso concreto, conduta diversa. Somente então será possível uma aplicação da pena pelo crime praticado (BITTENCOURT, 2010).

A culpabilidade também pode ser entendida simplesmente como uma forma de determinação ou medida da pena, na qual será verificada a gravidade do fato praticado e somente após esta análise será imposta a pena correspondente para o dano causado (BITTENCOURT, 2010).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a explanação acerca do Código Penal brasileiro, ficou claro que a culpabilidade passou a ser composta pelos seguintes elementos: imputabilidade, dolo, culpa e também pela exigibilidade da conduta diversa. O sujeito é considerado imputável quando possui condições de entender o caráter ilícito do fato e se determinar de acordo com esse entendimento. Ou seja, o dolo deixou de ser simplesmente reconhecido pela vontade da realização do fato, passando as ser também considerada a consciência do ato ilícito pelo agente. Já a não exigibilidade da conduta diversa passou a ser utilizada como uma excludente da culpabilidade.

Vale ainda ressaltar que o termo "Direito" deve ser interpretado em um sentido amplo, e não no modo restrito como na norma penal incriminadora.

Já o estudo da culpabilidade possui uma grande complexidade em razão da grande polêmica quanto a sua posição sistemática diante do conceito analítico de crime, se seria elemento integrante do conceito de crime, conforme defendido pela teoria tripartida, ou se seria apenas um pressuposto para a aplicação da pena.

A ausência de um conceito legal dentro da legislação vigente aumenta ainda mais as discussões e dificulta a padronização do entendimento doutrinário sobre o tema, também levando a uma ausência de uniformidade em julgados.

Isso seria facilmente resolvido, se o doutrinador elaborasse uma conceituação legal para padronizar as diversas divergências que até hoje ocorrem no mundo do Direito Penal, até por que, se perde muito tempo discutindo, e pouco tempo punindo o agente infrator.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. 15. ed.** São Paulo: Saraiva, 2010. Volume 1.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral, v.1.** 17ªEd. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL, **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL, **Decreto-lei 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm//> Acesso em: 16 de maio. 2022.

DELMANTO, Celso; et al. **Código Penal comentado**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Forense, 2019.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: parte geral**. 26. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia – **Manual de Direito Penal – parte geral**. 3° ed. 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral. 8. Ed.** São Paulo: Editora Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial.** 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PORTELA, Talita Laercia Gomes Nunes**. A imputabilidade do assassino em série no ordenamento jurídico brasileiro.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3725, 12 set. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25256/a-imputabilidade-do-assassino-em-serie-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 23 de maio. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro,** 17. ed. Rio de Janeiro: forense. 2019.

SILVA, M. P. **Serial Killer: um psicopata condenado à custódia perpétua**. Presidente Prudente, 2004.

A EVOLUÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Bianca Carvalho Melo[1]
Gabriel da Cruz Veiga[2]
Marcele Scapin Rogerio[3]

RESUMO

O Direito Internacional Privado é um sistema normativo destinado a resolver casos jurídicos multinacionais e de privatização do ponto de vista da jurisdição estatal ou de várias jurisdições a serem exigidas, em determinadas situações, incluindo a jurisdição de um tribunal internacional. O objetivo do estudo é demonstrar a importância dos Tratados e Convenções Internacionais para os países que os utilizam. A construção da pesquisa foi feita por meio de análise bibliográfica, como forma de procedimentos foi realizado o método hipotético dedutivo, tendo como característica a exploratória a fim de investigar e aperfeiçoar a teoria sobre o assunto proposto, para obter maiores informações e compreensão acerca do conteúdo. Como resultado da pesquisa foi possível comprovar que o sistema brasileiro ratificou vários Tratados e Convenções, os quais têm um papel importante no relacionamento do elo entre outros Estados para solucionar controvérsias que possam surgir entre leis no espaço. Grande parte das decisões tomadas pelo sistema jurídico do Brasil são realizadas por meio de doutrinas, jurisprudências e costumes, o que auxilia na jurisdição. Portanto, os tratados e convenções favorecem a cooperação dos Estados soberanos na aplicação de suas normas e beneficiam, também, a proteção dos direitos humanos.

Palavras Chave: Internacional. Convenções. Tratados.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os Tratados e Convenções Internacionais construíram uma conexão entre as nações, que tem por objetivo e finalidade formulação normativa, isto é acordos bilaterais, regionais e multilaterais, ou seja, aplicações variadas nas relações jurídicas compreendidas pelo direito internacional privado, direito processual civil internacional e matérias correlatas. Assim sendo o Direito Internacional Privado é considerado um dos ramos do direito que mais cresceu nas últimas décadas, e isso ocorreu, devido ao estreitamento do relacionamento entre os povos, principalmente pela globalização dos meios de comunicação e pelo aumento do número de negócios jurídicos entre pessoas físicas e jurídicas de diferentes nacionalidades.

Ademais, os Tratados e Convenções são mecanismos que refletem a dinâmica da ação dos Estados na consolidação e soluções das lides para várias áreas do direito tendo como finalidade alcançar um consenso sobre a necessidade de regulamentação dos casos multinacionais e dos problemas de distribuição de justiça global, ou seja, questões voltadas à harmonia de normas e regras de jurisdição e a competência internacional no reconhecimento de sentenças estrangeiras pelos Estados.

---

[1] Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[3] Professora do Curso de Direito da Setrem.

Dessa forma o DIPr determina as regras jurídicas que regem as relações envolvendo dois ou mais sistemas jurídicos, tendo em vista que é considerado um dos ramos do direito que mais cresceu nas últimas décadas, e isso ocorreu, devido ao estreitamento do relacionamento entre os povos, principalmente pela globalização dos meios de comunicação e pelo aumento do número de negócios jurídicos entre pessoas físicas e jurídicas de diferentes nacionalidades.

2 DESENVOLVIMENTO

O Direito Internacional Privado é um sistema normativo atribuído a resolver casos jurídicos multinacionais e de privatização do ponto de vista da jurisdição estatal ou de várias jurisdições que são exigidas em determinadas situações, incluindo a jurisdição de um tribunal internacional, assim sendo o instituto que o Brasil utiliza para resolver as lides encontra-se nos termos do artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil que dispõe sobre os atos, sentenças e estatutos que violem a ordem pública não terão eficácia no Brasil e é graças a esse tratamento que os tribunais nacionais recebem uma análise dos crimes ou ofensas contra a ordem pública. (MARISTELA, 2020).

Assim, diz o autor André de Carvalho Ramos:

> O Direito Internacional Privado (DIPr) estuda as normas jurídicas que visam à regulação – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos sociais que se relacionam com mais de uma comunidade humana. O DIPr tem como finalidade essencial a gestão da pluralidade de normas de origem estatal ou privada, que podem incidir sobre as atividades transnacionais privadas. Trata-se de uma tarefa de coordenação de ordens jurídicas, que exige que sejam estudadas as regras de escolha de leis e de definição de jurisdição para que o fato transnacional seja adequadamente (i) regulado e (ii) julgado (RAMOS,2022, p.01).

Para o doutrinador português Ferrer Correia (2000), o direito internacional privado é um ramo da ciência jurídica que busca formular princípios e regras que conduzam à determinação da lei ou leis aplicáveis às questões decorrentes das relações jurídico-privadas internacionais, bem como assegurar o reconhecimento de situações jurídicas puramente internas no Estado do foro das matérias de direito estrangeiro, tais como situações internacionais de uma conexão e situações relativamente internacionais. Assim sendo, é de competência do Direito Internacional Privado disciplinar as relações decorrentes do direito civil, incluindo o direito do trabalho e o direito comercial, pois, devido às relações civis privadas, estas ganharam importância significativa nas últimas décadas, visto que tratam-se de disciplinas autônomas em nível internacional (CORREA, 2007).

Podemos destacar um exemplo prático conforme Dolinger e Tiburcio:

> O Caso Bartholo, ou a sucessão do maltês – O casal Bartholo, originário da ilha mediterrânea de Malta, sob domínio britânico, matrimoniou-se, sem pacto antenupcial, estabelecendo seu primeiro domicílio conjugal na ilha; posteriormente, emigraram para a Argélia, onde o marido veio a falecer, sem filhos, deixando lá bens imóveis e outros herdeiros. Na Argélia, onde vigia o direito francês, a viúva nada herdava. Em Malta, onde vigorava o Código Rohan, o cônjuge sobrevivente, pobre, tinha direito a um quarto do patrimônio deixado pelo falecido. A questão foi submetida ao Tribunal de Argel. Bartin assim especulou em torno da hipótese: a viúva teria direito ao quarto se isto decorresse do regime matrimonial, pois que os bens de cônjuges se regem pela lei do primeiro domicílio conjugal, no caso a lei maltesa, que atribui esta parcela à viúva, mas se a pretensão da mesma fosse de natureza sucessória, não se aplicaria a lei maltesa, eis que, pelo Direito Internacional Privado vigente na Argélia, a sucessão de bens imóveis é regulada pela lei da situação dos bens, lei argelina que nada atribui à viúva. Saber se o direito da viúva Bartholo decorria do regime de bens ou do direito sucessório era uma questão de qualificação, e desde que a lei argelina e a lei maltesa divergissem a respeito (a primeira considerando a questão sucessória e a segunda de regime de bens), configurado estaria um conflito de qualificação, em que a Corte argelina teria, primeiramente, que decidir como qualificar a questão. Se qualificasse a matéria como sucessória, nada receberia a viúva, na conformidade da lei argelina, mas se a qualificasse como regime de bens, ela receberia o quarto da lei maltesa (DOLINGER; TIBURCIO, 2020, p.395).

Desta forma, a doutrina é outra fonte reconhecida de Direito Internacional Privado, tendo influenciado muito em sua evolução em todas as partes do mundo, visto que os princípios fundamentais do Direito Internacional Privado moderno baseiam-se nas teorias doutrinárias desenvolvidas desde o século XIX, e é o campo do direito em que a doutrina tem mais desenvoltura, maior aplicabilidade, pois interpreta as decisões judiciais a respeito do Direito Internacional Privado e com base nas mesmas desenvolve os princípios da matéria.

Assim, o autor Mazzuoli (2021) afirma que o Juiz irá utilizar os costumes, isto é, irá utilizar as analogias quando não houver normas escritas para resolução da lide, visto que os elementos de conexão são: o domicílio, a nacionalidade, *lexfori, lex rei sitae, lex loci delicti comissi, lex loci executions, locusregitactum* e autonomia da vontade, de modo que possuem características costumeiras nos demais países. Conforme os termos do art. 4º da LINDB, os costumes terão sua finalidade quando houver casos de omissão legislativa: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Para o autor Ramos (2020), o costume internacional é considerado uma prática de Estados conceituado na obrigatoriedade. Nesse sentido, há dois elementos, sendo eles a prática reiterada ao longo do tempo e convicção de existência de uma obrigação jurídica em realizar tal conduta (*opinio juris sive necessitatis)*. Estes dois elementos foram aceitos pela Corte

Internacional de Justiça no julgamento do caso da Plataforma Continental do Mar do Norte (1969).

Já a doutrina e a jurisprudência têm um papel primordial, pois são elementos que auxiliam para determinar a aplicação de conflitos de leis no espaço com conexão internacional, isso pode ser observado no entendimento de Valerio de Oliveira Mazzuoli que afirma que a "doutrina e a jurisprudência não nascem de normas conflituosas, apenas auxiliam o Juiz a encontrar a melhor ordem a ser aplicada no caso concreto", visto que o papel é na resolução dos conflitos existentes no espaço (MAZZUOLI, 2021, p.75).

No Direito Internacional Público as fontes que existem nos diversos países multinacionais prevalecem, já no Direito Internacional Privado são às fontes internas locais que prevalecem, tais como a lei, a jurisprudência e a doutrina, visto que atualmente entende-se a importância de cada fonte, assim não há uma hierarquia entre elas.

Conforme afirma o autor Valerio de Oliveira Mazzuoli:

> São fontes internas do DIPr aquelas provindas de uma dada ordem estatal. Tais fontes, historicamente, têm sido as mais importantes dessa disciplina na maioria dos países, suplantando as de índole internacional. Tanto a Constituição, como as leis e os costumes nacionais estabelecem cada qual ao seu modo, regras aplicáveis aos conflitos de leis no espaço com conexão internacional, merecendo devida análise (MAZZUOLI, 2021, p. 69).

Como exemplo de organização intergovernamental, pode ser citada a Conferência de Haia, composta por mais de 60 estados membros que se reúnem a cada quatro anos para negociar tratados com o objetivo geral de unificar gradualmente o direito internacional privado. Como resultado dessas conferências, muitas convenções e tratados foram criados, como a proteção de menores, o impacto do casamento nos bens dos cônjuges e a Convenção de Processo Civil, ainda no início do século XX. O Brasil se retirou da Conferência de Haia em 1977, mas retornou em 1998. Ao longo dos anos surgiram também novos acordos sobre tráfico internacional de crianças, comércio eletrônico, concorrência desleal, garantias bancárias e migração internacional. (MARISTELA, 2020).

2.1 JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

Ademais, as convenções de Direito Internacional Privado dispõem sobre a finalidade da jurisdição internacional, de modo que reconheçam as decisões estrangeiras. Dessa forma, o Brasil adotou o sistema direto de conflitos transnacionais, que são considerados a partir das relações estrangeiras jurisdicionais, sendo eles: a jurisdição internacional cível concorrente ou relativa, que é quando um Estado pode exercer o direito também sobre o mesmo fato; e a

jurisdição cível exclusiva ou absoluta, que é quando o Brasil não reconhece a jurisdição de outro Estado. (RAMOS, 2021).

De acordo com Andre de Carvalho Ramos (2021), a jurisdição internacional de certo Estado contém o poder de controle sobre as pessoas, entes e conjunto de bens e seus patrimônios. Assim sendo, a expressão de jurisdição é considerada como Poder Judiciário, o qual deve resolver as lides de conflitos entre os indivíduos, instituições e Estado, de modo que precisa garantir e efetivar os direitos individuais, coletivos e sociais entre os mesmos e assim solucionar as divergências.

E o autor ainda reafirma que "[...] a existência desse poder é emanação da própria soberania do Estado, como já decidiu a Corte Permanente de Justiça Internacional". Nesse mesmo sentido, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) retrata que a jurisdição é um meio de exercício do poder soberano (RAMOS, 2021, p. 86). Em vários países, principalmente no Brasil, foi adotado o método de organização do Estado Constitucional, uma vez que atinge direitos individuais conforme os termos do art. 5° da CF/88 que dispõe a classificação dos direitos.

2.2 TRATADOS INTERNACIONAIS

O surgimento dos primeiros Tratados de Direito Internacional Privado aconteceu no final do século XIX, e foram considerados "gerais" e "temáticos". Por sua vez, os tratados aplicam-se sobre os fatos transnacionais com o elo de outros Estados, ou seja, é necessário que haja um vínculo entre os Estados, assim, há quatro classificações dos tratados: as convenções sociais e de proteção de direitos, as convenções de procedimento, convenções sobre lei aplicável e as convenções de mobilidade humana" (BUCHER, 1993, p.32-35). Nesse sentido:

> Os tratados de DIPr são aplicáveis, em geral, sobre os fatos transnacionais com vínculo com os Estados-Partes. Assim, salvo disposição convencional em sentido contrário, o tratado não se aplica genericamente a todo e qualquer fato transnacional, mas somente àqueles que são vinculados aos Estados contratantes. Por isso, além de saber se o Brasil celebrou ou não determinado tratado, é importante verificar se o Estado estrangeiro, cujo ordenamento tem o potencial para ser utilizado, também é parte. Por sua vez, é possível classificar os tratados de Direito Internacional Privado (DIPr) em quatro categorias: (i) convenções sociais sobre proteção de direitos; (ii) convenções de procedimento; (iii) convenções sobre lei aplicável; e (iv) convenções de mobilidade humana (RAMOS,2021, p. 40).

O sistema brasileiro ratificou o Tratado da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, com base nos termos do art. 1° do Decreto n° 3.832/01, cujo objetivo era a unificação progressiva das regras de direito internacional privado. Deste modo, está dividido em três classificações, sendo a primeira a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças

e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional e Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família. A segunda classificação é a Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em matéria Civil ou Comercial, Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça, Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (Convenção da Apostila) e Convenção Relativa à Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial. E a terceira é o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos. (RAMOS, 2021).

Conforme afirma Ramos:

> [...] o Brasil foi parte do Estatuto da Conferência de 1972 a 1978. Em 2001, voltou a ser parte do seu Estatuto 246, tendo já ratificado oito convenções, que podem ser divididas em: (i) convenções sociais sobre proteção de direitos; (ii) convenções de procedimento; e (iii) convenções sobre a lei aplicável (RAMOS,2021, p.41).

2.3 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

As Convenções Internacionais mais recentes tratam da Lei Aplicável, do Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção às Crianças (1996), da Proteção Internacional de Adultos (2000) e da Lei Aplicável aos direitos de títulos possuídos por meio de um intermediário, além da Convenção sobre Foro de Eleição (2005). Ressalta-se que algumas negociações sobre um novo instrumento internacional estão em andamento, tais como a prestação de alimentos em favor de filhos menores e outros membros da família, relacionadas à união estável; e lei aplicável à concorrência desleal; assim como a tributação e análise dos problemas jurídicos internacionais relacionados aos títulos possuídos por meio de um intermediário e as garantias:

> As convenções sociais de DIPr (ou convenções sociais de proteção de direitos) consistem em convenções que possuem, além do objetivo de regular um dos segmentos tradicionais da disciplina (concurso de normas; jurisdição internacional e cooperação jurídica internacional), o objetivo de proteger os direitos humanos dos envolvidos (RAMOS, 2021, p.41):

O Brasil ratificou Brasil no campo do direito internacional privado a Convenção de Havana de Direito Internacional Privado de 1928, sendo conhecido como Código Bustamante, nesse sentido o Supremo Tribunal Federal brasileiro, declarou que o Código Bustamante, é fundamental para codificação do direito internacional privado. Tendo em vista que se trata de uma conexão para aplicação da lei ao estatuto pessoal (nome, estado, capacidade e direitos de

família) nos Estados contratantes, sendo uma solução apresentada pelos termos do art. 7º do Código. (MARISTELA, 2020).

Conforme quadro Sistemático trazido pelo autor Basso Maristela, podemos identificar, abaixo, os tratados e convenções de Direito Internacional Privado vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e que estão ativos nas práticas diárias:

Tratados e convenções	**Data**	**Decretos de incorporação**
Protocolo Relativo a Cláusulas de Arbitragem	24/09/1923	Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932
Convenção de Direito Internacional Privado (Código Bustamante)	20/02/1928	Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929
Protocolo sobre Uniformidade do Regime Legal das Procurações Utilizadas no Exterior	17-2-1940(*)	*O Governo brasileiro assinou o Protocolo em 6-9-1940, mas não *ad referendum*, e, portanto, entrou em vigor, para o Brasil, naquela data
Estatuto Orgânico do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)	15/03/1940	Decreto nº 884, de 2 de agosto de 1993
Estatuto da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado	09/10/1951	Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001
Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro	20/06/1956	Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1995
Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras	10/06/1958	Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002
Convenção sobre Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamento	10/12/1962	Decreto nº 6.660, de 20 de maio de 1970
Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias	30/01/1975	Decreto nº 1.899, de 9 de maio de 1996
Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional	30/01/1975	Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996
Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procurações para serem Utilizadas no Exterior	30/01/1975	Decreto nº 1.213, de 3 de agosto de 1994
Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros	08/05/1979	Decreto nº 2.411, de 2 de dezembro de 1997
Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado	08/05/1979	Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996
Convenção Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro	08/05/1979	Decreto nº 1.925, de 10 de junho de 1996
Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis	08/05/1979	Decreto nº 2.400, de 21 de novembro de 1997
Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias	08/05/1979	Decreto nº 2.022, de 7 de outubro de 1996
Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças	25/10/1980	Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000
Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores	24/05/1984	Decreto nº 2.429, de 17 de dezembro de 1997
Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado	24/05/1984	Decreto nº 2.427, de 18 de dezembro de 1997
Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar	15/07/1989	Decreto nº 2.428, de 17 de dezembro de 1997
Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores	15/07/1989	Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994
UNIDROIT. Resolução (42) 3, que introduz emenda ao § 1º do Art. VI do Estatuto Orgânico	12/12/1989	Decreto nº 3.110, de 6 de julho de 1999
Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas – Mercosul)	27/06/1992	Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996

Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional	29/05/1993	Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999
Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Mercosul)	05/08/1994	Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1997
Protocolo de São Luís sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados--Partes do Mercosul	25/06/1996	Decreto nº 3.856, de 3 de julho de 2001
Convenção do UNIDROIT sobre a Restituição de Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados	23/03/1999	Decreto nº 3.166, de 14 de setembro de 1999

Fonte: MARISTELA, 2020, p. 93. Ministério das Relações Exteriores (Divisão de Atos Internacionais) e Senado Federal. Atualização em janeiro de 2011.

Instrumentos internacionais	**Data**	**Decretos de incorporação**
Convenção de Haia sobre nacionalidade	12/04/1930	Decreto nº 21.798, de 6 de setembro de 1932
Denúncia, pelo Brasil, do Estatuto da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, de 1951	9 a 31-10-1951.	Decreto nº 80.102, de 8 de agosto de 1977
Convenção de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa	30/01/1981	Decreto nº 91.207, de 29 de abril de 1985
Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança	20/01/1989	Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990
Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha	13/04/1989	Decreto nº 166, de 3 de julho de 1991
Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Cheques, adotada em Montevidéu.	08/05/1979	Decreto nº 1.240, de 15 de setembro de 1994
Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana	17/10/1989	Decreto nº 1.476, de 2 de maio de 1995
Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina	20/08/1991	Decreto nº 1.560, de 18 de julho de 1995
Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai	28/12/1992	Decreto nº 1.850, de 10 de abril de 1996
Protocolo de Medidas Cautelares entre Estados-partes do Mercosul	16/12/1994	Decreto nº 2.626, de 15 de junho de 1998
Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa e o Governo da República Francesa, celebrado em Paris	28/05/1996	Decreto nº 3.598, de 12 de setembro de 2000
Protocolo de São Luiz sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados--Partes do Mercosul, concluído em São Luiz, República Argentina e a respectiva Errata, feita em Assunção	25/06/1996 * Errata 19/06/1997	Decreto nº 3.856, de 3 de julho de 2001
Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul	23/07/1998	Decreto nº 4.719, de 4 de junho de 2003

Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados-Partes do Mercosul, assinado em Florianópolis	15/12/2000	Decreto nº 6.086, de 19 de abril de 2007
Acordo de Buenos Aires sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile	05/07/2002	Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009
Estatuto Emendado da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, assinado em 30 de junho de 2005	30/06/2005	Decreto nº 7.156, de 9 de abril de 2010

Fonte: MARISTELA, 2020, p. 97. Ministério das Relações Exteriores (Divisão de Atos Internacionais) e Senado Federal. Atualização em janeiro de 2011.

Portanto os tratados e convenções internacionais são fontes primordiais do direito internacional geral. "Tratados e convenções referem-se à importante área do direito internacional convencional, em cujas fontes o direito internacional privado busca sua formulação normativa" (MARISTELA, 2020, p.82).

Nesse sentido pode observar que os tratados internacionais preveem a irretroatividade da norma penal gravosa como um direito humano, e também para além das garantias básicas fundamentais, os países adotam soluções variadas, um exemplo é no Brasil no seu plano constitucional (BARCELLOS, 2020).

Ademias, das Convenções que aprovam Lei Uniforme para atividades de caráter internacional, e alguns exemplos são: as Convenções sobre Transportes Marítimo e Aéreo e sobre a Compra e Venda Internacional que é o Direito Internacional Uniformizado. O artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça dispõe as fontes de direito que devem ser aplicadas pelo tribunal em uma disposição que abrange todas as áreas do direito internacional, incluindo conflitos de leis, sendo elas: as Convenções internacionais; o costume internacional; os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; e as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito internacional privado é o ramo fundamental que mantém o equilíbrio e a cooperação entre Estados, organizações internacionais, empresas e até mesmo os indivíduos. Nesse sentido, pode se observar que o número de tratados internacionais aumentou nas últimas décadas, visto que existem tratados e cláusulas convencionais que tratam de quase todos os assuntos imagináveis, especialmente àqueles relativos a direitos e obrigações na esfera econômica.

Os tratados e convenções tornaram-se a principal fonte do Direito Internacional existente, juntamente com o desenvolvimento da comunidade internacional e a intensificação

das relações entre as nações, e desempenham um papel muito importante para os estatutos e acordos no direito interno dos Estados, de modo que proporcionam o regulamento de diversas relações jurídicas entre países e organizações internacionais nas mais diversas áreas do conhecimento humano. Portanto os tratados e convenções possibilitam uma harmonia entre as relações dos Estados, são instrumentos primordiais para o equilíbrio das nações soberanas para que haja a harmonia e um equilíbrio.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBAGE, Lucas. **A aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais no âmbito das relações de Direito.** Disponível em: https://lucasarbage.jusbrasil.com.br/artigos /315145217/ a-aplicacao-dos-tratados-e-convencoes-internacionais-no-ambito-das-relacoes-de-direito-civil. Acesso em: 13 maio. 2022.

BARROS, Elaine Cristina Silva do Amaral. **Tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.** Equipe Âmbito Jurídico. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-128/tratados-e-convencoes-internacionais-no-ordenamento-juridico-brasileiro/. Acesso em: 13 maio. 2022.

BUCHER, A. **L'ordre public et le but social des lois en droit international privé**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, v. 239, 1993, p. 9-116, em especial p. 32-35.

Corte Permanente de Justiça Internacional, Caso do Estatuto legal da Groenlândia Oriental (Dinamarca vs. Noruega), séries A/B, n. 53 (1933), julgamento de 5 de abril de 1933, p. 48.

Corte Internacional de Justiça, Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte (Alemanha vs. Dinamarca e Alemanha vs. Holanda), julgamento de 20 de fevereiro de 1969, I.C.J. Reports 1969.

CORREA, A. Ferrer. **Lições de Direito Internacional Privado**. vol. I, Coimlu n, Almedina, 2000.

DOLINGER, Jacob; CARMEM Tiburcio. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRER CORREIA, A. **Lições de direito internacional privado I**. 4. reimp. São Paulo: Almedina, 2007.

MARISTELA, Basso B. **Curso de Direito Internacional Privado**. 6. ed. São Paulo: Atlas,2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras**. 2.ed. refundida. Coimbra: Almedina, 2012, v. III, p. 30. Grifo no original.

RAMOS, André de C. **Curso de direito internacional privado.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS E OS IMPACTOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Leonardo Werle da Silva[1]
Nélio Marks Júnior[2]

Resumo: O Direito sofreu constantes transformações nos últimos 100 anos, as quais impactaram diretamente o instituto da filiação. Diante disso, buscou-se estudar como ocorreu esta evolução desde o Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002 e qual foi o seu impacto no direito sucessório. Neste viés, procurou-se entender se um filho que, pela legislação anterior, não teria direito à herança poderia pleitear direitos sucessórios em uma sucessão aberta antes da Constituição de 1988. Com o presente estudo viu-se que, no Código Civil de 1916, os filhos eram classificados como legítimos e ilegítimos, sendo que estes eram subdivididos em naturais e espúrios (adulterinos e incestuosos), bem como foi possível perceber a excelente mudança advinda do novo texto constitucional que proibiu quaisquer discriminações quanto a origem da filiação. Ainda, constatou-se que esta mudança teve impactos no direito sucessório, uma vez que todos os filhos têm direito à legítima, bem como todos são chamados à herança em igualdade de condições. Por fim, restou demonstrado que se aplica a lei sucessória vigente na data da abertura da sucessão, de modo que um filho que não participou da partilha de um inventário realizado antes da Constituição de 1988 devido às diferenciações da época não tem direito nesta sucessão.

Palavras-chave: Filiação. Sucessão. Herança.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema escolhido na presente pesquisa é a evolução histórica da igualdade entre os filhos e os impactos no direito sucessório. O problema de pesquisa foi definido como: qual o impacto da evolução histórica da igualdade entre os filhos no direito sucessório? Indaga-se também: poderia um filho excluído da sucessão pelas regras do Código Civil de 1916 pleitear direitos numa sucessão que foi aberta antes da vigência da atual Constituição Federal?

A Constituição Federal de 1988 trouxe como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, bem como trouxe, no *caput* do art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Estes dispositivos trazidos no texto Constitucional impactaram diretamente o direito de família e especialmente o instituto da filiação.

Entre os diversos princípios e direitos elencados na Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade refletiram diretamente no direito de família, em especial na filiação, consagrando a igualdade entre os filhos, independentemente do tipo de filiação.

Alexandre de Moraes (2022) ensina que a Constituição consagrou que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Segundo o autor, essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação

---

1 Acadêmico do 7º semestre do Curso de Direito da Setrem.
2 Professor do Curso de Direito da Setrem.

de paternidade e ter sua filiação reconhecida, além de ter o direito de utilização do nome do pai casado.

Com relação ao direito sucessório, Gonçalves (2021) afirma que a Constituição Federal trouxe duas importantes disposições: a do art. 5º, XXX, que inclui entre as garantias fundamentais o direito de herança; e a do art. 227, § 6º, que assegura a paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, assim como por adoção.

Desta forma, mostra-se importantíssimo estudar a evolução histórica da igualdade entre os filhos, bem como o impacto que esta igualdade trouxe para o direito sucessório.

Assim, o objetivo geral do presente trabalho é compreender como era o tratamento dos filhos até a Constituição de 1988 e, como objetivos específicos, procurar entender qual foi o impacto que a igualdade entre os filhos teve para o direito sucessório, além de buscar entender se um filho adotivo, por exemplo, poderia pleitear direito em uma herança cuja sucessão foi aberta antes da vigência da atual Constituição.

Para isso, será utilizada a pesquisa bibliográfica na doutrina que trata sobre o assunto, bem como na legislação vigente, além da análise de julgados sobre o tema.

2 CONCEITO DE FILIAÇÃO

Gonçalves (2021) conceitua a filiação como sendo a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. Ainda o autor explica que, em sentido estrito, a filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais.

No mesmo sentido, Flávio Tartuce (2021, pg. 490) afirma que:

> A filiação pode ser conceituada como a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Em suma, trata-se da relação jurídica existente entre os pais e os filhos.

Desse modo, é possível perceber que a filiação a relação jurídica decorrente da relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta estabelecida particularmente entre ascendentes e descendentes.

3 FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 classificava a filiação em 04 espécies: Legítima, legitimada, ilegítima e a adotiva. A adoção legítima vem disposta no artigo 337 do Código Civil de 1916: "*São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé.*

Jorge Fujita (2011 p. 22) ensina o seguinte:

> A filiação legítima era a concebida na constância do casamento (art. 337), valendo, para tanto, a presunção *pater is es*t, consignada no art. 338, relativamente aos filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; e em relação aos nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite ou anulação. Eram considerados legítimos os filhos, nascidos antes dos 180 dias de início da convivência conjugal, se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher; ou se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavratura do termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade.

A prova da filiação legítima se fazia pela certidão de nascimento, inscrito no Registro Civil (art. 347), ao passo que na falta, ou defeito do termo de nascimento, podia provar-se a filiação legítima por qualquer modo admissível em direito: (a) quando houvesse começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; (b) quando existissem veementes presunções resultantes de fatos já certos (art. 349). Depreende-se muito bem que essa prova estava vinculada tão somente à filiação legítima, e não à denominada ilegítima. (Fujita, 2011).

Como a referida legislação considerava família apenas a entidade familiar constituída entre homem e mulher casados, os filhos havidos entre pessoas que não contraíram o matrimônio eram considerados ilegítimos naturais. Neste viés, o artigo 353 do Código Civil de 1916, que trata da filiação legitimada, dispõe que a legitimação destes filhos ocorreria com o casamento dos pais, estando concebido ou depois de havido o filho.

> Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido ou depois de havido o filho.

Vale ressaltar, ainda, que os filhos legitimados eram equiparados aos legítimos (art. 352), bem como a legitimação dos filhos falecidos era aproveitada pelos descendentes destes (art. 354).

A filiação ilegítima, portanto, fazendo uma interpretação *a contrário sensu*, era aquela proveniente de uma relação extramatrimonial, seja de pessoas que ainda não haviam contraído o matrimônio, mas que não tinham impedimento para casar, sendo que apenas neste caso poderia haver a legitimação dos filhos, seja porque os pais tinham vínculo de parentesco seja porque um deles já era casado. Os filhos ilegítimos eram subdivididos em naturais e espúrios (adulterinos e incestuosos).

Acerca desta classificação, relevante ressaltar os ensinamentos de Queiroga (2004, p. 212):

> Legítimos eram os que nasciam da relação de casamento civil; ilegítimos eram os nascidos de relação extramatrimonial. Os ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios. Filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que não estavam impedidos de se casar. Os ilegítimos espúrios eram nascidos de pais que não podiam se casar, em virtude de impedimento. Os espúrios classificavam-se em adulterinos e incestuosos. Dava-se o primeiro caso, quando o impedimento decorria de casamento dos pais. (...) Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho nascido dessa relação era chamado incestuoso.

No mesmo sentido, Gonçalves (2021) ensina que os filhos legítimos eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se ilegítimos e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. Naturais, quando entre os pais

não havia impedimento para o casamento. Espúrios, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser adulterinos, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e incestuosos, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã.

Destes brilhantes ensinamentos é possível perceber que os filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que, embora não eram casados, não tinham impedimento para contrair o matrimônio. Por outro lado, os filhos ilegítimos espúrios eram aqueles nascidos de pais que não poderiam casar em virtude de impedimento, uma vez que os adulterinos eram provenientes de uma relação extraconjugal, enquanto os incestuosos, de uma relação de parentesco entre os pais.

Cumpre mencionar, também, quanto à filiação ilegítima, que somente os filhos ilegítimos naturais podiam ser reconhecidos, voluntariamente, pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento. Porém, os filhos incestuosos e os adulterinos não podiam ser objeto de reconhecimento voluntário ou forçado (redação original do art. 358 e art. 363), impedindo-os de concorrer à sucessão hereditária e, até mesmo, aos alimentos (Fujita, 2011).

A última espécie de filiação trazida pelo Código Civil de 1916 era a adotiva (arts. 368 a 378). Inicialmente, só poderia adotar as pessoas que tivesse mais de 50 e desde de que não tivesse prole legítima ou legitimada.

A redação do art. 368 foi alterada pela Lei nº 3.133 de 1957, reduzindo a idade do adotante para 30 anos. Trouxe, no entanto, uma ressalva em seu parágrafo único de que as pessoas que eram casadas só poderiam adotar após decorridos 05 anos do início do matrimônio.

Além disso, o adotante precisava ser, pelo menos, 18 anos mais velho que o adotado, porém, assim como aconteceu no artigo anterior, a Lei supracitada alterou a redação do artigo 369 e reduziu esta idade para 16 anos. Por fim, cabe destacar que, em regra, ninguém poderia ser adotado por duas pessoas, salvo se estas fossem marido e mulher.

4 FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O instituto da filiação do Código Civil de 2002 foi influenciada pela Constituição Federal de 1988. Ela foi um marco histórico na evolução da filiação no Brasil, porquanto veio para acabar com a diferenciação discriminatória entre os filhos que ocorria no Código Civil de 1916, trazendo, em seu artigo 1º, III, como um de seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, além do que, como um de seus objetivos fundamentais, art. 3º, IV, a promoção do bem-estar de todos sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tendo como base esses princípios fundamentais, o novo texto constitucional destina proteção especial à família, no seu artigo 226, § 3º e § 4º:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> (…)
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O Código Civil de 1916, que vinha de um contexto religioso, reconhecia como entidade familiar legítima apenas aquele formado por um homem e mulher casados (art. 334 CC/1916). No entanto, em que pese conste no texto constitucional diga que é reconhecido a união estável entre homem e mulher, o texto trazido pela Constituição de 1988 já representou um avanço no combate à discriminação familiar. Posteriormente, o STF[3] reconheceu o direito de reconhecimento da união estável entre o casal homoafetivo. Ademais, a Constituição Federal também reconhece como entidade familiar aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A igualdade entre os filhos veio assim disposta na 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.
> (...)
> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O texto constitucional estabeleceu o dever de proteção especial à criança e ao adolescente, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade de assegurar-lhes todos os direitos fundamentais, sendo proibida toda e qualquer discriminação, bem como igualou juridicamente todos os filhos, sejam eles havidos ou não do casamento, bem como aqueles havidos por adoção.

Jorge Fujita (2011, pg. 28) afirma que a Constituição Federal oferece regras de vital importância, como aquela pertinente à isonomia de direitos e deveres entre filhos oriundos ou não de casamento ou por adoção, proibindo quaisquer designações e discriminatórias relativas à filiação.

Passados 14 anos, o Código Civil de 2002 replicou o texto trazido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1.596:

> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Carlos Roberto Gonçalves (2021, pg. 125) traz a seguinte lição acerca da igualdade entre os filhos no Código Civil de 2002:

> O Código Civil de 1916 dedicava ainda um capítulo à legitimação, como um dos efeitos do casamento. Tinha este o condão de conferir aos filhos havidos anteriormente os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sido concebidos após as núpcias. Dizia o art. 352 do aludido diploma que "os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos". Hoje, todavia, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações. O princípio da igualdade dos filhos é reiterado no art. 1.596 do Código Civil, que enfatiza: "*Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*".

3. ADI nº 4277 e a ADPF nº 132.

> Observa Caio Mário da Silva Pereira que o legislador de 2002, no que concerne à filiação, reporta-se sempre ao casamento, omitindo as situações oriundas das relações de fato reconhecidas como união estável, hoje entidade familiar protegida pelo Estado, recomendando que se revejam, "de imediato, os princípios que regem as presunções considerando também estas relações de fato geradoras de direitos e deveres". Malgrado a inexistência, por vedação expressa da lei, de diversidade de direitos, qualificações discriminatórias e efeitos diferenciados pela origem da filiação, estabelece ela, para os filhos que procedem de justas núpcias, uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, para os adotados, requisitos para a sua efetivação.

Veja-se que, muito embora haja vedação legal da discriminação entre os filhos, para os filhos havidos durante o casamento há uma presunção legal de paternidade e uma forma de impugnação, enquanto que para os filhos havidos fora do casamento o reconhecimento se dá de forma judicial ou voluntária.

5 IMPACTOS DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Acerca do impacto no direito sucessório que a diferenciação entre os filhos no Código Civil de 1916 fazia, Carlos Roberto Gonçalves (2021, pg. 65) explica:

> O aludido diploma distinguia, todavia, na sucessão do descendente, o filho legítimo, de um lado, e o natural, ou adotivo, de outro. Ademais, como os filhos incestuosos e adulterinos não podiam ser reconhecidos (art. 358), não lhes era permitido, tampouco, serem chamados à sucessão. O legislador de 1916 equiparava ao filho legítimo, para efeito de sucessão, além dos filhos legitimados, os naturais reconhecidos antes do casamento e os adotivos de casais sem outros filhos (art. 1.605, caput). Todavia, o filho natural reconhecido após o casamento de seu genitor recebia apenas a metade do que coubesse a seu irmão legítimo ou legitimado (art. 1.605, § 1º). Entendia-se que o reconhecimento do filho natural, na constância do casamento, poderia representar uma surpresa para o outro cônjuge, que assim veria, por esse ato, surgir um concorrente para os seus filhos, que são legítimos, na sucessão de seu consorte.

Deste modo, é possível perceber que, no Código Civil anterior, eram chamados à sucessão apenas os filhos legítimos, os naturais e os adotivos. Os filhos incestuosos e os adulterinos, já que não era permitido serem reconhecidos, também não eram chamados à sucessão.

Porém, a sucessão não se dava de forma igualitária entre todos os descendentes, havendo significativas diferenciações. O artigo 377 do Código Civil de 1916 previa que, caso o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos antes da adoção, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária. Esta regra deve ser interpretada em conjunto com o artigo 1.605 do CC/16, que afirmava que, se o adotante não tivesse outros filhos (surgidos após a adoção, frisa-se), o filho adotivo era equiparado ao legítimo ou ao legitimado para os efeitos da sucessão, mas o parágrafo 2º deste artigo fazia uma diferenciação na forma de partilha neste caso: se o filho adotivo concorresse com o legítimo nascido posteriormente à adoção, ao adotado caberia metade do quinhão que os herdeiros legítimos teriam direito. Por fim, o parágrafo 1º do artigo 1.605 do CC/16 previa a seguinte regra diferenciadora: havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento.

No entanto, hoje todos os filhos herdam em igualdade de condições. O artigo 1.836 do Código Civil trouxe a seguinte redação: "*Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes*".

Da mesma forma, esta igualdade de condições veio expressa no Estatuto da Criança e do adolescente em seu artigo 41:

> Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.
> (…)
> § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente terminou com a diferenciação feita em relação ao filho adotivo, deixando claro que a adoção atribui ao adotado a condição de filho com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios.

Gonçalves (2021, pg. 64) traz um brilhante ensinamento sobre os impactos que a igualdade jurídica entre os filhos no direito sucessório:

> Outra regra sucessória importante é a que atribui aos descendentes o direito à legítima, pertencendo-lhes, pleno jure, metade da herança. Em consequência, o ascendente não pode dispor senão da outra metade. Caso prejudique, em testamento, a legítima dos descendentes, reduzem-se as liberalidades até o limite da integridade da parte indisponível302.
> (..)
> Em suma: em face da atual Constituição Federal (art. 227, § 6º), do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 20) e do Código Civil de 2002 (art. 1.596), não mais subsistem as desigualdades entre filhos consanguíneos e adotivos, legítimos e ilegítimos, que constavam dos arts. 377 e 1.605 e parágrafos (o § 1º já estava revogado pelo art. 54 da Lei do Divórcio) do Código Civil de 1916.
> Hoje, todos herdam em igualdade de condições (CC/2002, art. 1.834). Mesmo os adotados pelo sistema do diploma revogado (adoção restrita) preferem aos ascendentes. O mesmo sucede com os filhos consanguíneos havidos fora do casamento, desde que reconhecidos.

Logo, é possível perceber que a igualdade jurídica entre os filhos, independentemente da origem da filiação, assegurou a todos os descendentes o direito à legítima (quota que corresponde a 50% do patrimônio do *de cujus* na abertura da sucessão), bem como, ao acabar com discriminação trazida pelo Código anterior, assegurou que todos os filhos herdem em igualdade de condições.

Dito isso, fica o questionamento se poderia um filho preterido pelas regras do Código Civil de 1916 pleitear diretos sucessórios em uma sucessão que foi aberta antes da Constituição de 1988?

A resposta a este questionamento é encontrada no artigo 1.787 do Código Civil de 2002, que prevê que se regula a sucessão pela lei vigente ao tempo da abertura desta, sendo que este, inclusive, foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal. O caso que foi julgado tratava-se de uma ação rescisória em que o pedido inicial da filha do *de cujus* era a sua participação na herança, fundamentando no princípio da igualdade entre os filhos previsto no art. 227, § 6º, da CF, uma vez que havia sido excluída, ante a previsão do artigo 377 do Código Civil de 1916, que vedava a

concessão dos direitos hereditários aos filhos adotivos quando os pais já possuíssem filhos biológicos. O julgado ficou assim ementado:

> Ação rescisória. Decisão rescindenda que não se pronuncia sobre norma tida por violada. Inadmissibilidade. Mérito. Direito das sucessões. Filho adotivo. Pretendida habilitação na qualidade de herdeiro do *de cujus*. Abertura da sucessão antes do advento da Constituição Federal de 1988. Inaplicabilidade do art. 227, § 6º, da Constituição. 1. Inviável a ação rescisória que se funda em violação literal de lei se a decisão rescindenda não se houver pronunciado sobre a norma legal tida por violada por falta de alegação oportuna. Precedente: AR nº 1.752/RJ-AgR, Plenário, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 20/5/05. 2. A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988. Precedente: RE nº 163.167/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 8/9/95. 3. Não conhecimento da ação rescisória. (STF – AR: 1811 PB, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/04/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10- 2014 PUBLIC 30-10-2014)

Outro ponto que merece destaque no que se refere à aplicação da lei sucessória no tempo é quanto aos efeitos da filiação adotiva. No Código Civil de 1916, o parentesco resultante da adoção limitava-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 337), além do que o artigo 1.618 da referida legislação era claro ao afirmar que não há direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante.

Ou seja, caso o adotado, por exemplo, falece-se antes do autor da herança, os descendentes do filho adotivo não seriam chamados à herança por direito de representação. Pensando, ainda, em um outro exemplo, se um irmão do adotado (filho natural do adotante) viesse a falecer sem deixar cônjuge, filhos legítimos ou ascendentes, o irmão adotivo também não teria direito a participar da herança.

Porém, em 2014 o Superior Tribunal de Justiça entendeu, no julgamento do REsp nº 1.503.922, que a autora, adotada de forma simples por escritura pública, tem o direito de participar da herança deixada por sua irmã adotiva.

No referido caso, a autora havia sido excluída da sucessão hereditária de sua irmã, adotada sob o mesmo regime, razão pela qual pleiteou o direito a participar da herança, sob o argumento da igualdade entre os filhos trazida pela Constituição de 1988. Em que pese a decisão desfavorável de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu provimento ao recurso de apelação sob o argumento de que, como a irmã da autora faleceu em 2012, sob a égide do CC/02, ela teria direito de participar da herança da irmã adotiva, tendo o espólio da falecida recorrido da decisão. Ao julgar o caso, a Relatora do Caso, Ministra Nancy Andrighi, destacou o seguinte em seu voto:

> (…) Em primeiro lugar, é induvidoso que o ato de adoção simples do recorrido é um ato jurídico perfeito e consumado, de modo que é, sem dúvida, inviolável por legislação superveniente, nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88. (…) Assim, considerando que a irmã adotiva do recorrido faleceu em 2012, quando já estavam em vigor o art. 227, § 6, da CF/88 e o art. 1596 do CC/02 e tendo em vista que a lei que regerá a sucessão é aquela vigente ao tempo da sua abertura (art. 1.787 do CC/2002), não há que se falar em retroação constitucional para violar o ato jurídico perfeito de adoção simples, de modo que o

> recorrido tem o direito de participar da sucessão de sua irmã adotiva em concorrência com os demais irmãos consanguíneos. (STJ – Resp nº 1.503.922, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/04/2018, Terceira turma, Data de Publicação: 30/04/2018)

Desta forma os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, embora tenham reconhecido que adoção simples é um ato jurídico perfeito e consumado, sendo insuscetível de violação, em regra, por norma constitucional ou legal superveniente, bem como embora tenham pontuado que o CC/16 estabeleceu parentesco somente entre o adotante e o adotado, vedando, desse modo, o direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante, por unanimidade, entenderam que a recorrida tem direito de participar na herança com os demais irmãos consanguíneos, porquanto a autora da herança faleceu em 2012 sob a égide do novo CC/02. A conclusão do julgamento aplicou a regra de a lei que rege a sucessão é aquela vigente ao tempo da sua abertura.

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. ADOÇÃO SIMPLES REALIZADA NA VIGÊNCIA DO CC/1916. ATO JURÍDICO PERFEITO E CONSUMADO. INVIOLABILIDADE. DISTINÇÃO ENTRE ATO JURÍDICO PERFEITO DE ADOÇÃO, DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO AO REGIME SUCESSÓRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO REGIME SUCESSÓRIO VIGENTE À ÉPOCA, POIS CONDICIONADO A EVENTO FUTURO E INCERTO. REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL. SUCESSÃO QUE SE REGE PELA LEI VIGENTE AO MOMENTO DE SUA ABERTURA. NORMA CONSTITUCIONAL DE ISONOMIA ENTRE FILHOS. MODIFICAÇÃO, POR CONSEQUÊNCIA, DO CONTEÚDO DO DIREITO DE SUCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE RETROATIVIDADE OU DE VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA, MAS INSUSCETÍVEL DE FAZER PREVALECER A TESE JURÍDICA DO PARADIGMA.
> 1- Ação distribuída em 11/10/2012. Recursos especial interposto em 15/07/2014 e atribuído à Relatora em 25/08/2016.
> 2- Os propósitos recursais consistem em definir se houve negativa de prestação jurisdicional; se a parte adotada de forma simples e por escritura pública na vigência do CC/1916 deve ser excluída da sucessão hereditária de sua irmã igualmente adotada sob o mesmo regime, especialmente após a entrada em vigor do art. 227, §6º, da CF/88, que garante a igualdade de direitos e de qualificações entre os filhos; e, ainda, se há dissídio jurisprudencial com julgado desta Corte.
> 3- Tendo o acórdão recorrido enfrentado, detalhadamente, a questão suscitada pela parte em seus embargos de declaração, não há que se falar em violação ao art. 535, II, do CPC/73.
> 4- A adoção simples realizada sob o manto do CC/1916, cujas características marcantes eram a de estabelecer parentesco somente entre adotante e adotado e de vedar o estabelecimento de direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante, é um ato jurídico perfeito e consumado, sendo insuscetível de violação por regra de natureza constitucional ou legal superveniente.
> 5- O ato jurídico perfeito e o direito adquirido, porém, são institutos jurídicos conceitualmente distintos, inclusive porque atos jurídicos perfeitos possuem aptidão para gerar meras expectativas de direito e não somente direitos subjetivos ao titular.
> 6- O ato de adoção simples realizado em observância aos critérios e pressupostos vigentes à época de sua consumação confere direito de filiação, mas não gera o direito adquirido ao regime sucessório então vigente, que somente será aplicado se houver a efetiva abertura da sucessão hereditária na vigência do mesmo diploma legal.
> 7- O ato jurídico perfeito de adoção simples praticado sob a égide do CC/1916, quando se permitia a distinção das relações familiares a partir de sua origem, permanece intacto quando sobrevém uma nova ordem constitucional que iguala os direitos e qualificações dos filhos e impede discriminações, na medida em que o direito sucessório, que é distinto do direito de filiação, reger-se-á pela lei vigente ao momento de sua abertura, momento em que já vigorava o art. 227, §6º, da CF/88.
> 8- A divergência jurisprudencial, a despeito de suficientemente demonstrada, não se revelou suficiente para fazer prevalecer a tese jurídica estabelecida no paradigma.
> 9- Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ – Resp nº 1.503.922, Relatora: Min.

Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/04/2018, Terceira turma, Data de Publicação: 30/04/2018)

Portanto, em que pese a igualdade trazida pela nova ordem constitucional no que se refere à sucessão dos descendentes, esta regra aplica-se apenas às sucessões abertas após a promulgação do novo texto constitucional em 1988, porquanto o direito sucessório é regido pela lei vigente à data de sua abertura. Assim, as distinções sucessórias decorrentes da origem da filiação, previstas no Código Civil de 1916, continuam sendo aplicadas às sucessões abertas antes da CF/88.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a evolução da filiação nos últimos 100 anos no Brasil, buscando fazer um comparativo entre as regras previstas no Código Civil de 1916 com as atuais regras da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, inspirados na igualdade entre os filhos. Além disso, buscou-se compreender se esta igualdade entre os filhos retroagiria às sucessões abertas antes de 1988.

Conforme exposto no decorrer do trabalho, o Código Civil de 1916 classificava os filhos entre legítimos e ilegítimos, sendo que estes eram classificados como naturais e espúrios e estes, por sua vez, subdividiam-se em adulterinos e incestuosos. Os ilegítimos naturais eram aqueles nascidos de pais que não eram cassados, porém não tinham impedimentos para contrair matrimônio, sendo que este era o único que poderia ser legitimado com o casamento dos genitores. Por outro lado, o filho adulterino era aquele oriundo de uma relação extraconjugal de uma pessoa casada, enquanto o incestuoso era proveniente da relação de pessoas que possuíam vínculo de parentesco.

Outro ponto de extrema relevância é o impacto que a Constituição trouxe na igualdade entre os filhos, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como um de seus objetivos promover o bem de todos sem qualquer distinção, de modo que, em seu artigo 227, § 6º, proibiu quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Essa importante mudança impactou diretamente o direito sucessório. No Código Civil de 1916, os filhos ilegítimos espúrios sequer poderiam ser reconhecidos pelos pais e, consequentemente, não tinha participação na sucessão, além do que os filhos adotivos ficavam de fora da sucessão se o adotante tivesse filhos legítimos. No entanto, após o advento da nova Constituição Federal, os filhos, independentemente de sua origem, têm direito à legítima, bem como todos eles são chamados à sucessão com os mesmos direitos, independentemente de sua origem seja filiação adotiva, biológica, concebido ou não na constância do matrimônio.

Por fim, vale ressaltar que, em que pese esta isonomia trazida aos descendentes, está igualdade não se aplica às sucessões que foram abertas antes da Constituição de 1988, porque a lei que rege a sucessão é aquela vigente ao tempo da morte do autor da herança.

Portanto, por meio deste trabalho foi possível entender a evolução da filiação nos últimos 100 anos no Brasil, compreendendo como este instituto era regulado no Código Civil de 1916 e como evoluiu no Código Civil de 2020. Além disso, discorreu-se sobre como a igualdade entres os filhos, que foi trazida pela Constituição Federal de 1988, afetou o direito sucessório.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 38ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2022.
GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro volume 7 - Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro volume 6 - Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família – Vol. 5.** 16º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

STOLZE GAGLIANO E PAMBPLONA FILHO, **Pablo e Rodolpho. Novo Curso de Direito de Família – Vol. 6.** 11º ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

SIGUEMITSU FUJITA, **Jorge – Filiação**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2011.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil – Direito de família. Rio de Janeiro**: Renovar, 2004.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do adolescente. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Rescisória nº 1811,** do Tribunal Pleno. Autora:Márcia Queiroga Gadelha dos Santos. Réus: Manoel Queiroga Gadelha e outros. Brasília, 29 de outubro de 2014. Disponível em: < www.portal.stf.jus.br>. Acesso em: 23/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 1.503.922,** da Terceira Turma. Recorrente: Maria José de Carvalho Martins – Espólio representado por Eolo Castilho - inventariante. Recorridos: Vital Augusto de Carvalho e Zulmira Silva Carvalho. Brasília, 24 de abril de 2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23/05/2021.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA E A INTERVENÇÃO ESTATAL PELO RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO

HOLLWEG, Rafael[1]
FRONZA, Maíra[2]

Resumo: O presente estudo consistiu em uma pesquisa que tratou da evolução do direito de propriedade privada e a excepcionalidade da Intervenção do Estado em razão do relevante interesse público. O objetivo deste estudo foi demonstrar as transformações do direito e a evolução do direito à propriedade privada nos últimos 100 anos, um direito que no passado era exclusivo e absoluto e atualmente está condicionado ao cumprimento da função social da propriedade, bem como pelo relevante interesse público visando às necessidades sociais e coletivas. A metodologia empregada na pesquisa foi do tipo exploratória. Utilizou-se no seu delineamento a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores. Na sua realização, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, com seleção de bibliografia e documentos afins à temática, em meios físicos e na Internet, capazes e suficientes para atingir os objetivos propostos na pesquisa. A pesquisa se delineou com o desenvolvimento de um breve apanhado histórico sobre a evolução do conceito de propriedade privada. Posteriormente foi realizado um contraponto entre o instituto da Intervenção Estatal em relação ao direito à propriedade privada contemplado na Constituição Federal.

Palavras-chave: Propriedade Privada. Função Social. Intervenção do Estado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito à propriedade, há muito tempo, deixou de ser um direito exclusivo e absoluto, estando, atualmente, condicionado ao cumprimento da função social da propriedade, bem como pelo relevante interesse público visando às necessidades sociais e coletivas.

A proteção ao direito de propriedade tem contemplado e garantido, há anos, na legislação brasileira, excepcionalizando a possibilidade de Intervenção do Estado na propriedade individual. No entanto, há situações de necessidade pública e interesse social que exigem a ultrapassagem ao direito de propriedade para fins de garantia de direitos sociais, ligados à dignidade das pessoas.

Partindo dessa premissa inicial, justifica-se a relevância e importância do estudo das transformações do direito e a evolução histórica nos últimos 100 anos, do conceito de propriedade privada, analisada a partir de um viés contratualista, e após, a partir de sua consolidação dentro das Constituições Brasileiras, a fim de se chegar à pertinência da Intervenção do Estado na Propriedade Privada.

---

[1]Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2]Professora do Curso de Direito da Setrem.

A Constituição Federal brasileira assegura e reconhece a propriedade privada como um direito garantido constitucionalmente pelo legislador. Porém, ao mesmo tempo que garante tal direito, o Poder Público, com a prerrogativa de Poder de Polícia, intervém na propriedade do particular por meio de atos, com a finalidade de satisfazer as exigências coletivas e reprimir a conduta anti-social do particular.

Pretende-se também com este estudo, realizar um contraponto entre o instituto da intervenção estatal em relação ao direito à propriedade privada contemplado na Constituição Federal. E isso porque, ao mesmo tempo em que o Estado permite constitucionalmente o direito à propriedade ele também intervém e restringe esse direito, tendo como pressuposto sua soberania e o poder de polícia, prevalecendo, assim, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado aliado, inclusive, à função social da propriedade.

2 DESENVOLVIMENTO

Ao longo da história, desde a formação dos primeiros agrupamentos da humanidade, qual vai muito além dos últimos 100 anos de história, muitos teóricos, inclusive os contratualistas, já dedicaram estudos das origens e fundamentos da propriedade privada, pois se constitui como sendo um dos mais importantes direitos subjetivos do homem.

Aponta Norberto Bobbio, que a teoria sobre a origem da propriedade era dividida em dois grupos, existindo aqueles que afirmavam que a propriedade estava baseada em um direito natural, que sempre esteve presente nas sociedades humanas, ou seja, que nasceu no estado de natureza; e aqueles que negam este direito natural, sustentando que o direito à propriedade nasce como uma consequência da constituição do estado civil. (BOBBIO, 2004).

Para Locke, aderente da teoria da propriedade como direito natural, a propriedade é inerente ao homem no estado de natureza, pois quando este toma para si certa porção de terra, ele adquire a propriedade por meio do trabalho que executa sobre ela. (LOCKE, 2002).

O conceito de propriedade trazido por Locke, portanto, aproxima-se muito dos ideais capitalistas, trazendo à tona a ideia de um direito privado e individual, o qual merece proteção contra terceiros.

Já para Jean Jacques Rousseau, contrário ao estado de natureza, a propriedade só tem origem a partir da instituição do Estado, sendo que, primeiramente as coisas são

comuns a todos e a posse decorre da ocupação do que é necessário à sua subsistência, estabelecendo-se, assim, a posse do primeiro ocupante a partir do contrato social. (ROUSSEAU, 1973).

Thomas Hobbes, na sua concepção, também defende a ideia de que a propriedade é uma prerrogativa concedida pelo poder soberano a partir da instituição do Estado, por meio de leis civis; todavia, entende que é impossível a existência da propriedade no estado de natureza, onde todos têm direito sobre todas as coisas. (HOBBES, 2000).

Com a Revolução Francesa, em 1789, foi que o direito moderno teve seu marco histórico e ideológico firmado, o qual trouxe significativas mudanças no contexto social, jurídico e político pela exaltação das liberdades individuais e da mínima intervenção do Estado na organização social. Nesse contexto, o direito à propriedade, como direito individual, ganha mais importância no cenário jurídico. (DI PIETRO, 2021).

A concepção individualista do direito de propriedade, foi sendo recepcionada pelos ordenamentos jurídicos futuros. De acordo com Sílvio de Sávio Venosa (2021, p. 153), o Código de Napoleão normatizava em seu artigo 544, que "a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas de modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos".

Nessa mesma linha de pensamento e fazendo uma comparação entre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1989 e o Código Napoleônico, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021, p. 171) refere que:

> [...] enquanto a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", de 1789, proclamava ser a propriedade "direito inviolável e sagrado", o Código de Napoleão, de 1804, pretendendo ser individualista, consagrou, como princípio, a legitimidade da limitação do Estado sobre a propriedade, ao definir esse instituto, no artigo 544, como "o direito de gozar e de dispor das coisas de modo absoluto, contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos".

Diante dessas diversas concepções, verifica-se que o direito à propriedade, caracterizado como direito absoluto e ilimitado, passou por diversas mudanças até haver a necessidade de sua limitação por parte do Estado. A propriedade, como direito do homem, modificou-se e evoluiu de acordo com a evolução do próprio homem e da organização social por ele criada, podendo ser considerada como o núcleo de muitas dessas etapas de evolução.

Sobre a necessidade de evolução dos direitos, conforme ensina BOBBIO, os direitos do homem são direitos históricos que nascem e se modificam de acordo com as

condições históricas e com o contexto social, político e jurídico em que se inserem. (BOBBIO, 2004).

A multiplicidade das exigências sociais e as mais variadas necessidades coletivas fizeram com que a configuração da propriedade, passasse por modificações nessa evolução histórica, utilizando-se de meios diversificados com o objetivo de beneficiar a coletividade e, por consequência, visar o bem-estar social.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o direito real que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua e até mesmo de perseguir quando esta esteja injustamente nas mãos de quem a detenha, evoluiu no decorrer da história, ao passo que o interesse individual não se põe a frente dos interesses sociais e coletivos. (DI PIETRO, 2021).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à propriedade está contido em todas as Constituições; porém, somente depois do advento do Código Civil, em 1916, a propriedade foi individualizada pelas relações jurídicas de direito patrimonial privado. (ANDRADE, 2019).

De acordo com Fernanda Salles Cavedon (2003. p. 62), a Constituição Imperial Brasileira de 1824, "influenciada pelas orientações liberais e individuais, garantia o direito de propriedade em toda sua plenitude, nos mesmos moldes delineados na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e no Código de Napoleão".

Tal concepção individualista que garantia na sua plenitude o direito à propriedade, desde a instituição da primeira Constituição em 1824, permaneceu e com a Constituição de 1891, ambas trataram de forma semelhante o direito de propriedade. (WALD, 1995).

Com a Constituição de 1934, entretanto, ocorreu uma mudança radical de paradigma em relação ao direito de propriedade, pois inaugurou um novo viés de Estado, qual seja, Estado Social. E esse novo referencial preconizava a Intervenção do Estado na Ordem Social.

Gustavo Henrique Baptista Andrade (2019, p. 465-466), aduz que a Constituição de 1934:

> [...] inaugurou o Estado Social brasileiro apresentou pela primeira vez na história um título sob a rubrica da ordem econômica e social. Esta passa a ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar à todos existência digna, com forte Intervenção do Estado. Aqui se encontra o germe da função social da propriedade no direito.

A Constituição outorgada em 1937, por sua vez, limitou-se a garantir e restringir completamente o direito de propriedade aos termos da Lei, centralizando esse poder ao Presidente da República que passou a ter incumbência de legislar sobre essa matéria. O Executivo, portanto, passou a ter esse poder nas mãos para condicionar o uso da propriedade por meios de instrumentos normativos. (ANDRADE, 2019).

Nesse período histórico, por meio de leis inferiores à Constituição, o direito à propriedade, que até então vinha sendo tratado como um direito absoluto, torna-se desconstitucionalizado, surgindo, por conseguinte, a ideia que o direito à propriedade não pode se opor ao interesse social.

De acordo com Luiz Gustavo Bambini de Assis (ASSIS, 2008), com a promulgação da Constituição de 1946, o direito de propriedade ganha um novo viés social, uma vez que se torna implementado em seu conteúdo a possibilidade de desapropriação por interesse social e coletivo. Assim, preceituavam os artigos constantes na Constituição de 1946, os quais tratavam a respeito do tema:

> Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização ulterior. (BRASIL, 1946).

Com a Constituição de 1967, Arnold Wald (1995, p. 105) afirma que "o termo função social da propriedade passa a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, ao fixá-lo como uma das metas da ordem econômica".

O período marcado pelo regime militar trouxe importantes instrumentos que restringiram ainda mais o caráter absoluto da propriedade, pois, com o novo viés constitucional, o Estado passou a ser o protagonista no desenvolvimento social e econômico do país.

Por fim, com a promulgação da Constituição de 1988, houve a preconização do direito à propriedade, condicionado ao cumprimento de uma função social. Fernanda de Salles Cavedon (2003, p. 46), afirma que [...] "os traços inovadores da Constituição de 1988 são a inserção da função social como qualificadora do direito de propriedade, garantido no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" [...].

Andrade (2019, p. 464), a respeito do direito de propriedade no atual sistema constitucional, argumenta que “a Constituição de 1988 inaugura dessa maneira uma nova concepção da propriedade, não mais atrelada ao indivíduo exclusivamente, mas funcionalizada à justiça social”.

Verifica-se portanto, que o direito à propriedade dentro do contexto histórico principalmente nos últimos 100 anos, objeto desta reflexão, teve um tratamento evolutivo, sendo tratado por nossos textos constitucionais de maneira diferenciada à medida em que um direito que era inquestionável e absoluto passou a ficar atrelado ao desenvolvimento econômico e ao bem-estar social.

Visto a evolução histórica do direito de propriedade em nosso ordenamento jurídico, qual vai muito além dos últimos 100 anos, pretende-se realizar um contraponto entre o instituto da Intervenção Estatal em relação ao direito à propriedade privada contemplado na Constituição Federal.

E isso porque, ao mesmo tempo em que o Estado permite constitucionalmente o direito à propriedade ele também intervém e restringe esse direito, tendo como pressuposto sua Soberania e o Poder de Polícia, prevalecendo, assim, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado aliado, inclusive, à função social da propriedade.

Feitas essas breves considerações, resta claro que a Constituição da República do Brasil de 1988, estabelece como um dos direitos e garantias fundamentais o direito de propriedade, o qual está garantido no Artigo 5º, Inciso XXII. Por outro lado, no inciso XXIII do mesmo artigo da carta magna, trata que a propriedade deverá atender à sua função social, o que obviamente limita este direito à propriedade. (BRASIL, 1988).

Hely Lopes Meirelles (2012, p. 670) nos diz que “os Estados sociais-liberais, como o nosso, conquanto reconheçam e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas ao bem estar social”.

Dessa forma, embora a própria Constituição garanta os direitos de propriedade, no que diz respeito ao seu exercício, é um direito relativo que para ser legítimo; porém, deve ser compatível com os interesses da comunidade, cabendo assim, ao Estado, por meio de instrumentos legais, fiscalizar o cumprimento da função social da propriedade. (MAZZA, 2015).

Alexandre Mazza, todavia, pontua que o descumprimento da função social, não é um requisito para que o Estado venha a intervir na propriedade privada, pois o Poder

Público poderá intervir em uma propriedade que cumpre plenamente sua função social, com o propósito de atender o interesse público ou algumas das necessidades coletivas da sociedade. (MAZZA, 2015).

Contrapondo-se a estes entendimentos, há doutrinadores conceituados no direito civil que tratam o direito à propriedade como um direito absoluto e exclusivo do seu titular.

Scavone, define o direito de propriedade como o mais completo dos direitos reais, pois entende que o proprietário detém o mais amplo poder jurídico sobre aquilo que lhe pertence. Entende, além disso, que a propriedade também tem a característica de direito real exclusivo, pois, na sua concepção, uma propriedade admite somente um proprietário, exceto no caso de duas pessoas exercerem esse direito de propriedade com relação a suas partes ideais, ou seja, em condomínio. (SCAVONE, 2021).

Igualmente, Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 107-108), leciona que o direito à propriedade era exclusivo, absoluto, irrevogável e perpétuo, aduzindo que:

> Costuma-se, efetivamente, afirmar que o direito de propriedade é exclusivo, no sentido de poder o seu titular afastar da coisa quem quer que dela queira utilizar-se (tal noção não se choca com a de condomínio, pois cada condômino é proprietário, com exclusividade, de sua parte ideal) e ilimitado (pleno) ou absoluto, no sentido de encontrar-se a propriedade liberta dos encargos que a constrangiam desde os tempos feudais, quando o que lavrava o solo tinha o dever de pagar foro ao fidalgo. Hoje, o proprietário tem amplo poder sobre o que lhe pertence. Também se diz que a propriedade é irrevogável ou perpétua, porque não se extingue pelo não uso. Não estará perdida enquanto o proprietário não a alienar ou enquanto não ocorrer nenhum dos modos de perda previstos em lei, como a Desapropriação, o perecimento, a usucapião etc.

Nessa concepção individualista e exclusivista, mesmo que a propriedade não venha a cumprir sua função social, em decorrência do seu não uso, seu caráter perpétuo e irrevogável não se perderia, tendo em vista o amplo poder absoluto que o proprietário tem sobre ela.

Entretanto, Gonçalves bem observa a evolução do direito à propriedade no ordenamento jurídico na atualidade. Destaca que, a propriedade, além de atender e desempenhar sua função social, a sua finalidade econômica e as necessidades sociais devem ser também atentamente observadas. (GONÇALVES, 2016).

Inúmeros textos legislativos tratam dessa temática, impondo limites ao direito de propriedade de caráter exclusivo e perpétuo. A própria Constituição Federal coage a subordinação de uma propriedade que não cumpra com a sua função social.

Dessa forma, havendo a necessidade pública e/ou interesse social e coletivo, o Poder Público tem o respaldo constitucional para intervir nesta propriedade, esteja ela cumprindo sua função social ou não, pois em função do bem comum, este caráter individual é suprimido pelo interesse social.

Com isso, de acordo com Gonçalves (2017, p. 241), todo esse conjunto "acaba traçando o perfil atual do direito de propriedade no direito brasileiro, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social".

Na evolução histórica do direito de propriedade, a doutrina, que buscou tratar da constitucionalização das relações do direito privado, teve papel fundamental para que tais mudanças de cunho social acontecessem. Portanto, a interpretação da normatização sobre as relações privadas em consonância com o texto constitucional reforça para que os valores sociais e coletivos sejam alcançados para a garantia do bem-estar social, ainda que seja atingido direito individual privado, no caso, o direito de propriedade.

Restaurada a democracia com a promulgação da Constituição Federal de 1988, após um longo período de regime militar; valores e fundamentos intrínsecos ao direito privado foram absorvidos pela Constituição de forma que normas pragmáticas estejam voltadas para a plena efetivação de valores escolhidos para o fundamento da organização social. (ANDRADE, 2019).

Fundamentais foram, portanto, alguns momentos da história da evolução constitucional e de valores da humanidade, que trouxeram inigualável contribuição para o direito atual. No entanto, Andrade (2019, p. 468), aponta que:

> Críticas não são incomuns e questionamentos surgem a partir de uma ideia equivocada de que os adeptos da constitucionalização creem que o direito civil nasceu ou renasceu com a Constituição de 1988. Não há em absoluto essa crença. Inexiste menosprezo ao caráter milenar do direito civil e seus mais caros institutos, pelo contrário. O constitucionalismo do século XX que se ergue sobre os pilares do Estado Social, institui uma série de vínculos e limites a todos os Poderes Públicos, deixando a vocação programática das Constituições para estabelecer força normativa capaz de empreender a concretização dos direitos fundamentais, dos direitos sociais e da ordem econômica voltada para a justiça social, assim como outros ali inscritos.

Contudo, cabe apontar aqui, que sempre que se fala em constitucionalização do direito privado, não se quer afirmar que as normas do direito civil, necessitam estar enraizadas no texto normativo constitucional. Longe disso, as normas infraconstitucionais

buscam na Constituição seu fundamento de validade, embora valores fundamentais do direito privado tenham sido incorporados pela Constituição de 1988. (ANDRADE, 2019).

Portanto, tais fundamentos normativos constitucionais e infraconstitucionais que garantem o direito de propriedade, atualmente, estão condicionados ao cumprimento da função social da propriedade. E, não menos importante, com o propósito de atender o bem-estar da coletividade, fazendo com que o bem comum prevaleça e se sobreponha aos interesses privados por meio da Intervenção Estatal que relativiza o direito de propriedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode ser verificado, com presente estudo, que o direito à propriedade dentro do contexto histórico teve um tratamento evolutivo, sendo tratado por nossos textos constitucionais de maneira diferenciada à medida em que um direito que era inquestionável e absoluto passou a ficar atrelado ao desenvolvimento econômico e ao bem-estar social.

Nesse contexto histórico, o Poder Público detentor da faculdade discricionária de poder de polícia, em face às mais variadas necessidades coletivas e a multiplicidade das exigências sociais, por meio da Intervenção do Estado na Propriedade Privada, pode restringir o direito de uso ou retirar o domínio de um particular, tendo como fundamento o interesse social e a utilidade pública.

De fato, o interesse público deve ostentar posição de supremacia. Diante disso o Poder Público é colocado em um patamar superior em relação aos particulares, numa relação vertical, com o propósito de buscar de forma bastante eficaz a realização dos interesses da coletividade.

Evidencia-se que, portanto, o direito de propriedade teve uma mudança significativa nos últimos anos, partindo de uma forma engessada para a flexibilização do direito de titularidade, levando em consideração as questões sociais sobre o domínio exclusivamente particular.

Portanto, assim como outros direitos, o de propriedade também sofreu uma evolução considerável com o passar do tempo e das alterações legislativas, o que é razoável e aceitável, uma vez que o direito, em sua essencialidade, deve se adequar às novas exigências e necessidades.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. A Intervenção do Estado na Propriedade Privada e o Papel do Município. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS,** Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 464-485, out. 2019. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/395. Acesso em: 25 out. 2021.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 103, p. 781-791. Jan. 2008. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67828. Acesso em: 12 set. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1946.

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

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das coisas: coleção sinopses jurídicas, volume 3.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** Coleção Fundamentos do Direito. São Paulo: Ed. Ícone, 2000.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social: discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SCAVONE Junior, Luiz Antônio. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática.** 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Direitos Reais, volume 4**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A FAMÍLIA NOS ÚLTIMOS CEM ANOS

Josiane da Cruz Santos [1]
Maria Cristina Schneider Lucion[2]

Resumo: O presente artigo tem por objetivo fazer um apanhado histórico da evolução familiar em diferentes períodos, dentre os cem anos, desde sua constituição de caráter patrimonialista no contexto do Código Civil de 1916 até as modificações com a Constituição Federal de 1988, que ampliou o conceito de família e possibilitou a liberdade na instituição familiar com a inclusão de novos modelos, trazendo assim direitos de igualdade, até então inexistentes no universo do direito familiar. Nesse contexto, a estrutura familiar sofre alterações, pois ela refletirá o Estado de cultura desse sistema, perante a variação do núcleo familiar na sociedade. Como método e metodologia, foi utilizado dedutivo-qualitativo, baseado em leis, pesquisas bibliográficas, doutrinas e artigos científicos, que versavam sobre o tema proposto de forma a proporcionar entendimento, dando subsídio ao escrito, o que possibilitou discorrer sobre o assunto apresentado.

Palavras-chave: Conceito de família. Evolução. Novas entidades familiares.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A família é a primeira instituição social que o homem integra. Na família, ocorre a convivência com os demais membros, desenvolvendo princípios e conduta de valores a serem seguidos. A família é fundamental para formação social do ser humano, assim, considera-se que ela é responsável também pela origem da sociedade e do próprio Estado.

Em sua concepção de estrutura basilar da sociedade, a família adapta-se a realidade vivenciada por seus membros, é dinâmica e está em constante transformação. No Brasil, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, cria-se um novo olhar sobre as famílias: a Carta Magna é um marco na visão igualitária dos membros da família, antes preponderantemente patriarcal. Assim, fazendo um resgate histórico da família nos últimos cem anos, certamente foi com a Constituição Federal de 1988 que ela sofreu as mais significativas mudanças.

Desde então, de forma inédita houve uma expansão do conceito de entidade familiar, e a aceitação e aprovação das mais diversas estruturas familiares, sendo que o afeto se torna fundamental para base das relações. A família derivada do casamento, não é mais a única modalidade familiar efetiva. Há reconhecimento pelo texto constitucional

---

[1] Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Setrem
[2] Professora do Curso de Direito da Setrem.

de 1988, das famílias constituídas pela união estável que dá responsabilidade legal a sua prole, dentre outras modalidades, haja vista que se trata um rol não taxativo, atendendo as mudanças sociais constantes.

2 DESENVOLVIMENTO

A presente pesquisa trata de família no aspecto histórico e a sua evolução com o passar dos tempos. Atualmente, temos que o artigo 226 da constituição Federal de 1988 esclarece que a família é a base da sociedade e por ser dessa forma tem total proteção do Estado (BRASIL,1988). Isso em razão de que a convivência humana se estrutura a partir das relações entre pessoas, estas que compõem a comunidade social e política do Estado, entre elas, a instituição família, sendo que por essa razão, deve-se oferecer total proteção à família – porém, nem sempre foi assim.

Sobre o Estado se embasar na família, segundo Friedrich Engels (apud MADALENO, 2020, p.19) ressalta-se "a importância da família na estrutura da sociedade, pois ela é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema". Nessa perspectiva, a presente pesquisa analisa a variação do núcleo familiar perante a sociedade, através das mudanças no âmbito social, notadamente nos últimos cem anos, tomando por ponto de partida o já revogado Código Civil de 1916.

Incialmente, tem-se que quando a economia doméstica se restringia ao meio rural, a família era mais numerosa, com abrangência maior de parentes em linha reta e colateral. No entanto, com o passar dos tempos, foi se reduzindo numericamente, tendo em vista a migração de pais e filhos para grandes centros urbanos em busca de emprego em indústrias e mais oportunidades de trabalho. Nesse sentido, funda-se o entendimento de Maria Helena Diniz:

> Tais alterações foram acolhidas para atender à preservação da coesão familiar e dos valores culturais, acompanhando as evoluções dos costumes, dando-se a família moderna um tratamento legal mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de diálogo entre os cônjuges e companheiros (DINIZ, 2012, p. 32).

Abordando as relações conjugais, o Código Civil de 1916 apresentava a família tradicional sendo condicionada ao casamento tradicional, sem nenhuma margem para qualquer outro tipo de família (DRESCH, 2016). Nesse contexto, era a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, para reproduzirem e criarem seus filhos,

assim, convém dizer que não se cogitava o casamento sem procriação, pois não havendo filhos, obviamente não haveria netos e a família não se instauraria (CALDAS, 2010).

Podemos abordar a evolução da família contemporânea diferente da estabelecida no Código Civil de 1916, que era descrita entre os artigos 233 a 242 e pautada por preceitos religiosos e pela preservação da família com instituto fechado. Resumido por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias:

> A travessia para o novo milênio transporta valores totalmente diferentes, mas traz como valor maior uma conquista: a família não é mais um núcleo econômico e de reprodução, onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser muito mais um espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor, e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito. (IBDFAM, ARTIGO, 2018).

A proteção do vínculo conjugal causava prejuízo a realização pessoal dos integrantes da família, em particular a mulher e os filhos, sendo inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão, justificando-se em benefício da paz doméstica. Sobre o entendimento da proteção dos filhos extraconjugais, em virtude da razão, nunca poderia afetar a estrutura familiar, era compreensiva tal atitude a luz do Código Civil de 1916 à concubina. Convém dizer que o sacrifício individual passado era compensado pela ótica do sistema, pela preservação da célula mãe da sociedade, instituição essencial à ordem pública e representada sob o paradigma patriarcal. (TEPENDINO,2020).

A partir da década de 1960 o modelo patriarcal, predominante até então na família brasileira, entrou em declínio. De acordo com Eduardo Leite (2000, p.65).

> A contestação da figura paterna- ao menos de forma pontual- surgiu na década de 60, mais precisamente no célebre maio de 1968, quando os estudantes (em um primeiro momento) e a juventude unida (em fase subsequente) se revoltaram contra os aparelhos de integração, manipulação e agressão.

Até então o Código Civil de 1916 mantinha toda sua atenção para o casamento como única forma de constituição familiar, assim, se afirmar que seis títulos do Livro I da parte especial eram dedicados ao Direito de Família, e quatro deles tratavam do casamento, situação que se manteve desde a Constituição de 1934 e nas posteriores, até a entrada em vigor da Carta Magna de 1988 (TEPENDINO,2020, p.04).

Patriarcalismo que podemos verificar no art. 233 do Código Civil e 1916, que trazia a figura do marido como chefe da sociedade conjugal:

> Art. 233 - O marido é o chefe da sociedade conjugal.
> Compete-lhe - A representação legal da família. II - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (CCB/1916),

O Código Civil de 1916 foi sofrendo alterações no decorrer do século passado. A Constituição de 1934, em seu artigo 146, por exemplo, deixou de reconhecer apenas a modalidade civil do matrimônio, para assim acatar também a união conjugal religiosa com efeitos civis. Neste sentido, houve um avanço a partir da elaboração de leis para melhoria do ordenamento jurídico, chegando ao Código de 2002, que por sua vez, também regulou o instituto em normas sem equivalente no Código Civil brasileiro de 1916. (GAGLIANO, PAMPLONA, 2021).

A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, garantiu aos filhos tidos fora do casamento o direito à herança e ao reconhecimento da paternidade. (BELTRÃO, 2017). O Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121 de 1962, revogou partes da lei civil que tornavam a mulher incapaz e dependente da autorização do marido para, por exemplo, trabalhar e viajar. Censurou-se a discriminação por sexo na seleção de emprego, deu-se direito de pensão a companheiras.

A proteção oferecida pelo Código Civil de 1916 ao vínculo conjugal encontrava-se no art. 222, que tratava da nulidade do casamento, a qual se processava por ação ordinária. A Lei Federal nº 6.515 de 26 de dezembro 1977, que dispôs sobre os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, por sua vez, começou a questionar essa estrutura engessada e enfrentou enorme adversidade perante os antidivorcistas e igrejas trouxe uma revolução histórica para o Brasil e obteve várias críticas, achava-se que seria a ruína da família.

Porém assim observa Rodrigo da Cunha Pereira (2010, 54):

> Para que fosse aprovada a lei nº6515, em 16/12/1977, foi necessário fazer algumas concessões, e o divórcio foi dificultado ao máximo: só era possível se divorciar uma única vez, era necessário o prazo de cinco anos de separação de fato para o divórcio direto e três anos para o indireto (ou por convenção). O desquite, embora tivesse mudado o nome para separação, continuaria existindo; afinal, os católicos não deveriam se divorciar. E assim foi mantido o esdrúxulo e inútil instituto da separação judicial. A constituição da República de 1988, art. 226§ 6º, reproduzindo o sistema dual de dissolução do casamento, repetiu velha formula. Apenas reduziu os prazos para dois anos para concessão do divórcio direto e de um ano para conversão da separação judicial em divórcio.

Neste contexto, não era reconhecida a mulher na sua dignidade de poder ser livre em suas escolhas e construir uma nova família, o que promoveu profunda mudança social. Isso porque, devido até então o casamento ser indissolúvel, aos maridos e esposas só restava o desquite, o que só encerrava a separação de corpos e de bens, mas não extinguia o vínculo matrimonial, ou seja, as pessoas desquitadas não podiam se casar novamente conforme mencionado acima. Os filhos eram considerados ilegítimos quando gerados em relacionamentos extraconjugais, a união não tinha respaldo legal, convém dizer que a promulgação da Lei 6.515 abriu portas para outras conquistas no direito. (BELTRÃO, 2017).

Os avanços tecnológicos influenciaram drasticamente no conceito da família tradicional, visto que, a partir das modificações sociais as famílias se reestruturaram e se diversificaram, contrariando aqueles que defendiam o modelo de família patriarcal. Com a publicação da Carta Política de 1988 foram instituídos vários padrões distintos de núcleos familiares, não se restringindo somente ao casamento, assim surgindo a união estável, que nasce com o objetivo de legalizar a convivência daqueles que viviam a margem da lei, em concubinato.

Também passa a ser reconhecida a família monoparental, definida como um arranjo familiar composto pelo pai ou pela mãe que pode ter a sua condição de solteiro, separados, divorciados ou viúvos. (FERRAS, 2008).

Sendo assim, com a Constituição Federal de 1988 o Direito de Família sofreu uma profunda reformulação, tornando-se os valores constitucionais a base do Direito de família, sobrepondo direitos e princípios como verdadeiros vetores das relações familiares. Portanto, a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, instituição essa tendo como figura a unidade de produção e reprodução, concedeu lugar para família pluralizada, democrática e igualitária, construída com fundamento na afetividade e de caráter instrumental. (MADALENO, 2020).

A evolução da família nos últimos cem anos, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, trouxe verdadeira transformação da estrutura familiar, identificada sob a ótica da doutrina e em especial pelos cientistas sociais. Sendo assim, no âmbito dessa extraordinária remodelação, adquire a alteração de valores que fundamentam as relações existentes.

Como já citado, o art. 226 da Constituição Federal e, seguindo agora até o artigo 230 do mesmo diploma, é o centro da tutela constitucional que se desloca do casamento para as relações familiares. Mas não unicamente só dele, ocorre que a proteção da família

como instituição, acolhimento e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos, e econômicos do amparo a dignidade de seus membros em particular no que diz respeito ao desenvolvimento da personalidade dos filhos com a paternidade responsável.

De outra forma não se consegue explicar a proteção constitucional das famílias no casamento embasadas no art. 226, §3º e as famílias monoparentais art. 226 §4º; da igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal art. 226, §5º; a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independente de culpa art. 226, §6º; o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável art. 226,§7º e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica art. 226,§8º.(BRASIL,1988).

Dessa forma, a família passou a também ter mais proteção do Estado e aos princípios fundamentais dentre eles o da Dignidade da Pessoa Humana, que consta no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 em seu inciso III, em que as relações que integram as pessoas sejam protegidas igualitariamente. Segundo Maria Berenice Dias:

> A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo especial para florescer. A ordem constitucional dá lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base nas ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. (DIAS, 2016, p.49).

Salienta-se que a grande reviravolta que surgiu no Direito de Família com a Constituição Federal de 1988, foi a defesa implacável dos componentes que formulam a inata estrutura humana, e assim passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e da sua família, convém dizer que o Estado está preocupado com a defesa dos cidadãos no Estado Democrático e Direito.

Sendo assim, a família passou a ser prioridade de instrumentalização de proteção a dignidade da pessoa, de tal forma que todos os parâmetros e disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas e direcionadas a luz do Direito Constitucional, de acordo com a reflexão sobre o impacto a constituição no tocante do Direito de Família brasileiro Beatriz Helena Braganholo (2005, apud MADALENO, 2020, p.29) conclui que:

> O Direito Constitucional é, mais do que nunca, responsável por regular as relações humanas, antes ditas meramente privadas e enquadradas como reguladas pelo Direito Civil. Sendo assim seus interesses individuais são

> correspondentes a necessidades fundamentais do homem, tendo o dever de proporcionar meios que levam a viver e relacionar de uma forma mais solidária, com o respeito pelo outro.

A Constituição de 1988 alterou significativamente o objetivo da tutela jurídica no âmbito do direito de família e atendeu a anseios sociais por mudanças efetivas na legislação. Se anteriormente se buscava a ordem patriarcal doméstica, assim considerando a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, hoje não temos dúvida quanto a funcionalidade da família no desenvolvimento da personalidade de seus membros, e através desse contexto devemos preservar a comunidade familiar, como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana. (TEPEDINO, 2020).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, no decorrer dos últimos cem anos, passou por profundas transformações e mudanças. Desde o Código Civil 1916 com o sistema patriarcal, onde o homem comandava a família sem intervenção da mulher ou da sua prole, até os dias atuais, em que o princípio da igualdade e afetividade possuem valor fundamental.

Desse modo, o presente artigo aborda, ainda que de maneira breve, a evolução da proteção legal e constitucional da família, o papel do homem e dos filhos passou a ser de igualdade, o Estatuto da mulher casada Lei 4.121 de 1962, revogou partes da lei civil que tornavam a mulher incapaz e dependente da autorização do marido para, por exemplo, trabalhar e viajar. Censurou-se a discriminação por sexo na seleção de emprego, deu-se direito de pensão a companheiras. Trouxe mudanças significativa, o que fez com que a mulher ganhasse o protagonismo na relação familiar.

Nesse contexto, a mulher passou a ter mais liberdade de decisão e de escolha no convívio conjugal. A Lei Federal nº 6.515 de 26 de dezembro 1977, que dispôs sobre os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, começou-se a questionar essa estrutura engessada e enfrentou enorme adversidade perante os antidivorcistas e igrejas. Trouxe uma revolução histórica para o Brasil e obteve várias críticas, achava-se que seria a ruína da família a mulher se divorciar do seu cônjuge. Contudo, convém dizer que assim a mulher foi adquirindo autoridade e igualdade no núcleo familiar. Com a constituição de novas leis evidenciou-se o direito de paridade perante o homem e a mulher.

Com advento da Constituição Federal de 1988, o Direito de família sofreu uma profunda reformulação tornando-se os valores constitucionais a base do Direito de família, sobrepondo direitos e princípios como verdadeiros vetores das relações

familiares. Portanto, a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, instituição essa tendo como figura a unidade de produção e reprodução, concedeu lugar para família pluralizada, democrática, dessa forma não se restringindo somente ao casamento, assim surgindo a união estável, que nasce com o objetivo de legalizar a convivência daqueles que viviam a margem da lei, em concubinato. Construída assim também com fundamento na afetividade e de caráter instrumental não só internamente na formação do seu núcleo, mas também nas inter-relações desta entidade para com o meio social e legal.

Todavia, tendo em vista as mudanças significativas da sociedade, principalmente no que diz respeito à instituição familiar, as mudanças significativas na legislação, veio assegurar a efetividade na sociedade conjugal.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRIANA, Caldas do Rego; FREITAS Dabus; MALUF. **Novas modalidades de família na pós- modernidade tese de doutorado.** Orientador: prof. associado: roberto João Elias faculdade de direito da usp são Paulo 2010. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/publico/tese_completa_pdf_adriana.pdf>. Acessado em: 03 junh.2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília DF: Presidência da República, 2016. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso: 15 nov. 2022.

_____Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm >. Acesso em: 03. nov.2022.

_____. **Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. L6515. Dispõe sobre regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm >. Acesso em: 20 maio. 2022.

_____. **Lei 0883 de 21 de outubro de 1949**.Dispõe sobre reconhecimento de filhos ilegítimo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0883.htm>. Acesso em: 5 jun. 2022.

_____. **Lei 4121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm#:~:text=A%20mulher%20que%20exercer%20profiss%C3%A3o,exerc%C3%ADcio%20e%20a%20sua%20defesa.>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BELTRÃO, Tatiana. **Divórcio demorou a chegar no Brasil** — Senado Notícias. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil#:~:text=Em%2026%20de%20dezembro%2C%20finalmente,ent%C3%A3o%2C%20o%20casamento%20era%20indissol%C3%BAvel >. Acesso em: 20 maio. 2022.
DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva.2012.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 11ª. Ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016
DRESCH, M. **A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica.** Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica >. Acesso em: 18 maio. 2022.

FERRAZ, Paula Carvalho. **IBDFAM O Concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional.** Disponível em: < https://ibdfam.org.br/artigos/470/O+Concubinato+e+uma+perspectiva+de+inclus%C3%A3o+constitucional >. Acesso em: 18 maio. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Direito civil: Direito de família** – 11.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

IBDFAM; GARCIA, Spínola, Zuardi, Felícia. **A evolução do direito das famílias e da condução de seus conflitos: novos desafios para a sociedade**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1273/A+evolu%C3%A7%C3%A3o+do+direito+das+fam%C3%ADlias+e+da+condu%C3%A7%C3%A3o+de+seus+conflitos:+novos+desafios+para+a+sociedade#_ftn9>. Acesso em: 5 jun. 2022.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. Volume 5: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família** - 3.ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da cunha. **Divórcio: Teoria e Pratica**. 2º ed.Rio de janeiro: GZ Editora.2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família** - Vol. 6 – Rio de Janeiro: Forense, Grupo GEN, 2020. 9788530992514. Disponível em: < Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992514/. > Acesso em: 19 mai. 2022.

A FUNÇÃO SOCIAL E A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

Júlia Diel[1]
João Victor Magalhães Mousquer[2]
Maria Eduarda Bourscheid[3]

Resumo: Este presente artigo tem como principal objetivo apresentar o direito de manutenção de uma empresa quando esta encontra-se em condição de insolvência. A evolução do direito indicado pela Concordata até a Lei nº 11.101 do ano de 2005 - dispositivo legal que rege o processo de recuperação judicial e extrajudicial de empresas em crise e condições de falência - passando pelas principais modificações trazidas pela Lei nº 14.112 do ano de 2020, o direito da Pessoa Jurídica manter-se na sua atividade econômica, também baseada pela sua função social, será abordado neste trabalho. Sendo o atual momento - crise econômica pela epidemia da COVID-19 - comparado a momentos de crises graves superadas no último século, as alterações legais e, principalmente, as aplicações desse instituto jurídico faz-se de suma importância uma vez que a sociedade mantém-se equilibrada na proporção da condição econômica que a mesma detém. Para além disso, objetiva-se demonstrar a grande importância da preservação da empresa, de sua atividade e de sua função social, com o intuito de ressaltar que possuir uma legislação específica e apropriada ao processo de recuperação é de suma importância na área econômica e social.

Palavras-chave: Lei. Recuperação. Empresa.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei de Falências e Recuperação Judicial é um mecanismo que permite que as empresas com dificuldades financeiras negociem suas dívidas com seus respectivos credores, viabilizando a superação da sua situação de crise econômico-financeira, mantendo assim a atividade organizada e evitando a falência desta. Quando se objetiva manter a atividade econômica da empresa - pessoa jurídica - deve-se entender que o Estado de Direito assim conduz uma vez que se faz necessária a segurança jurídica de um procedimento justo nos termos da lei e, ainda, assim o age para manter vagas de emprego, cumprimento de pagamento de impostos, de adimplemento de dívidas junto a prestadores de serviços, entre outras consequências de uma atividade regular. Essa atuação estatal faz com que a localidade onde a pessoa jurídica está instalada possa, senão sofrer, sofrer menos do que numa eventual ausência de uma atividade produtiva. Esta eventual ausência, além de onerar o Estado traria

---

[1] Acadêmica do 5º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professor do Curso de Direito da Setrem. Mestre em Direito. Doutorando em Direito.
[3] Acadêmica do 5º semestre do Curso de Direito da Setrem.

instabilidade social no local, com a possibilidade de aumento da miserabilidade e com isso, diminuição das condições de vivência.

Este dispositivo jurídico de atuação do Estado pelo Poder Judiciário para tentar manter a empresa em atividade é fruto de uma evolução histórico-social. No último século as pessoas jurídicas de direito privado deixaram de ser apenas uma propriedade de seus donos e passaram a ser reconhecidas como entes essenciais para a própria manutenção do Estado de Direito[4]. Sem deixar de consagrar o direito fundamental do Estado Moderno de propriedade privada, o Estado Social teve de esmerar-se para estabelecer possibilidade de intervenção na propriedade privada em prol da coletividade e consagração da sua função social.

Em meados do século passado, promulgou-se a primeira norma - Decreto Lei 7661/45 - que regia regras frente à dificuldade das empresas. Nessa, era nítido, até pela maturidade jurídica da época, que o Estado preocupava-se em fechar a empresa e pagar os credores possíveis. Superada a fase de concordata e falência - Decreto Lei 7661/45, a mais importante modificação desse instituto jurídico ocorreu com a promulgação da Lei nº 11.101 do ano de 2005. No último século, esta lei trouxe a melhor condição jurídica de manutenção da empresa, condições de recuperação junto aos seus débitos, atendimento à função social, etc. Sendo assim, este é o principal dispositivo legal para reger o curso do processo de recuperação judicial, e, inclusive apresentando singularidade e particularidade em relação ao Código de Processo Civil.

No ano de 2021 ocorreu o sancionamento da Lei 14.112 de 2020, chamada de Nova Lei de Recuperação Judicial e Falência. Esta atualização legislativa trouxe novas possibilidades e modificações na Lei 11.101 de 2005, tendo como seu objetivo primordial aprimorá-la, suprindo seus déficits e ineficiências. O principal impulso para esta atualização se encontra na recente pandemia da Covid-19, que teve um enorme impacto mundial, para além da área da saúde, afetando de forma direta o desenvolvimento econômico e financeiro das empresas brasileiras. Este impacto deu início a reformas nas legislações vigentes, com o intuito de prepará-las para um cenário pós-pandêmico.

Cabe ressaltar a importância em se possuir uma legislação atualizada e adequada para atender as necessidades das empresas em processo de recuperação, para fim de que se atenda ao principal objetivo, se recuperar, mantendo a sua atividade. A importância da recuperação

---

[4] Estado de Direito aqui entendido como aquele que está obrigado em uma prestação de entrega de direitos à sociedade e que necessidade de uma arrecadação financeira suficiente para a promoção destes direitos devidos;

está diretamente ligada à função social que ela possui, com ênfase a disponibilização de emprego aos trabalhadores, atendimento aos interesses dos credores e estímulo à atividade econômica da região.

2. A HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR E DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA NO BRASIL

A Legislação Falimentar foi criada inicialmente para, além de regulamentar novos aspectos do processo de falência, estabelecer punições aos devedores por estarem em condição de insolvência. Com o avanço da legislação acompanhando os interesses sociais, passou a instituir a possibilidade de conservação de negócios em meio a crises e/ou dificuldades financeiras. Assim, ao trazer em questão a Legislação Falimentar, é perceptível que a evolução dar-se-á por várias concepções, sendo elas de ordem política, social e econômica. Ainda é notório o quão intenso foi o seu processo, para atingir a base sólida dos tempos atuais.

2.1. DO DECRETO LEI 7661/45

O Decreto Lei 7661/45 foi o primeiro instrumento legal independente a tratar o tema em nosso ordenamento jurídico. Considerando o contexto social existente à época, esse diploma legal não tinha em seu bojo qualquer intenção de fazer com que a atividade empresária se mantivesse. Ao contrário, era uma norma punitiva à empresa por estar em condição de dívida. O referido diploma detinha o título de LEI DE FALÊNCIA, o que por si só demonstra que não havia condição de recuperação. Assim iniciava a referida norma:

> LEI DE FALÊNCIAS
> TÍTULO I
> Da caracterização e declaração da falência
> SECÇÃO PRIMEIRA
> Da caracterização da falência
> Art. 1º Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva.

Esta norma detinha 217 artigos e trazia apenas e tão somente a caracterização e as consequências materiais em uma decretação de falência. Ainda, possuía claro condão punitivo aos eventuais devedores por estarem em condição de insolvência e deixar de cumprir com obrigações pecuniárias. Estabelecia o processo de falência condicionando ao encerramento das atividades da empresa e a liquidação de seu ativo em prol do passivo existente. Ainda, estabelecia as regras processuais para se atingir seus fins.

Importante destacar que não havia margem para eventual negociação visando manutenção e o encerramento da atividade da empresa não apresentava garantia de quitação total das dívidas e estabelecia o fim daquela atividade econômica na localidade, trazendo, com o avanço social, punição a esta também.

Caso a empresa devedora quisesse manter suas atividades, esta deveria, por sua conta e risco, apresentar acordo com os devedores junto ao Poder Judiciário e declarar-se em Concordata[5], ou seja, em tentativa de cumprimento das obrigações pactuadas. Ao fim, resta a certeza de que o Estado não se envolvia nessa negociação indicando que algumas dessas era obscuras e tantas outras deixaram de ocorrer por falta de procedimento jurídico.

2.2. DA LEI 11.101/2005

Com o advento da Nova Lei de Falências, o instituto da Concordata foi extinto, visto que não mais cumpria com sua função ante as modificações ocorridas no cenário econômico e na própria sociedade como um todo. Com isso foi criado o instituto da Recuperação Judicial e Extrajudicial. Visto que a Lei 11.101/05 é uma evolução da antiga Lei de Falências, esta trouxe consigo profundas mudanças no Ordenamento Jurídico pátrio, principalmente no tocante ao Direito Empresarial. (COELHO, 2018)

A análise comparativa realizada entre o Decreto-Lei 7.661/45 e a nova Lei de Falências deve abarcar os mais diversos prismas. No tocante à aplicabilidade, a Recuperação Judicial é mais abrangente, pois engloba toda e qualquer empresa - nos termos do artigo 2º - em crise econômico-financeira, diferentemente da Concordata, que era um instituto disponível para poucos, apenas empresas insolventes que demonstram real possibilidade de recuperação.

A Lei nº 11.101 do ano de 2005, já em seu Art. 1º, traz a sua específica aplicação, ou seja, para a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. (BRASIL, 2005). A mesma é dividida em parte geral e especial, além de ser composta por oito capítulos, sendo estes separados em disposições preliminares, comuns à recuperação judicial e a falência, a falência em si, a recuperação extrajudicial, e, por último, as disposições penais e as disposições finais e transitórias. Em relação ao regime jurídico aplicável, segundo Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2018, p. 118): “Em se tratando de crise irreversível, a tendência será a

[5] O pedido **de concordata** era um acordo firmado entre empresa e credores para a quitação de dívidas. Ele ocorria quando a pessoa jurídica não tinha mais como honrar seus compromissos financeiros e o solicitava mediante intervenção do Poder Judiciário.

aplicação do regime liquidatório da falência. Por outro lado, se a crise for sanável, são oferecidos meios para que a empresa se reorganize".

Importante destacar que para além de criar e estabelecer o instituto de recuperação, a Lei 11.101/05 inovou ainda mais ao estabelecer tipos de recuperações, como a judicial e extrajudicial, cada qual com condições, requisitos, possibilidades e consequências próprias.

2.2.1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial se encontra regulada pelos capítulos III e IV da Lei de Recuperação e Falência (LREF), o disposto no Art. 47 desta lei nos apresenta a mesma como uma medida genérica para que a empresa tenha a possibilidade de solução de sua atual crise. Há diversos conceitos sobre a recuperação judicial, porém, de acordo com Tomazette (2022, p.31) se pode

> (...) afirmar em termos sintéticos que a recuperação é um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises de empresas viáveis. Assim, podemos estabelecer os elementos essenciais da recuperação judicial: (a) série de atos; (b) consentimento dos credores; (c) concessão judicial; (d) superação da crise; e (e) manutenção das empresas viáveis.

A recuperação da atividade empresarial nada mais passa a ser do que o processo que, pelo afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

O referido diploma legal inova ao trazer a condição de recuperação da atividade econômica-empresarial. Assim rege o artigo 47:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Diferentemente de outros dispositivos legais, a referida norma traz sua intenção primeira a ação de tentar manter a atividade econômica. Em outra forma de entendimento, estabelece que a Pessoa Jurídica pode ter sido vítima de uma administração incompetente ou fraudulenta e que por causa disso está em dificuldade econômica. Não que sua atividade seja deficitária, mas fatores a levaram a esse contexto. Assim, a norma separa pessoa jurídica das pessoas físicas que a compunham para tentar manter a função social da empresa e punir os que de fato agiram com má-fé, e não a empresa como um todo.

Além disso, o rol de artigos da LREF traz especificamente quem e quais os requisitos necessários para poder realizar o pedido de recuperação judicial, como, por exemplo, o artigo 48 e 51 da referida lei. O Art. 48 aponta quais são os requisitos do devedor, que exerce atividade regular a mais de 2 (dois) anos, deve possuir para requerer a recuperação judicial, sendo eles:

> I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014); IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. (BRASIL, 2005).

Já o Art. 51 determina que o pedido de recuperação judicial deve estar devidamente instruído com todos os documentos necessários, como, por exemplo, o balanço patrimonial. Estando em acordo os requisitos deste artigo, deferirá o juiz a petição inicial e nomeará o administrador judicial no mesmo ato, dando seguimento ao processo com as fases de habilitação de créditos, publicações de editais, apresentação e aprovação do plano de recuperação, e por fim, a concessão da recuperação judicial. Porém, é de grande importância ressaltar que a concessão oferece apenas uma possibilidade de a empresa conseguir se recuperar após crise.

Conforme pode-se observar no gráfico abaixo, a deferimento da recuperação é de extrema importância pois evita que mais de 50% das empresas em dificuldade tenham uma falência imediata.

Figura 1 – Recuperação judicial e falência no Brasil

Fonte: Portal do Fomento, 2021

Os dados trazidos pelo Portal do Fomento (2021) em pesquisa junto ao Serasa Experian confirmam que a referida Lei consagra a proteção da função social da empresa.

2.2.2 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A recuperação extrajudicial se encontra regulada no capítulo VI da LREF, sendo, em termos mais sucintos, um acordo que é firmado fora do meio judicial, entre o devedor e seus credores, para a superação da crise econômico-financeira da empresa. Segundo Mamede (2022, p.191): "Trata-se de mais uma expressão da compreensão da recuperação da empresa como um assunto privado ao qual o Estado é convocado apenas acessoriamente, para garantir estabilidade e executoriedade ao que for deliberado".

Esta modalidade de recuperação também deverá atender aos requisitos do Art. 48, já anteriormente citado, em relação ao devedor, e em relação ao plano, uma vez que homologado pelo judiciário, resulta no encerramento do processo. A recuperação extrajudicial se destina a crises de menores proporções e complexidade, permitindo uma maior flexibilidade.

2.2.3 FALÊNCIA

Regulada pelo capítulo V da LREF, a legislação falimentar foi um grande marco regulatório, tendo seu conceito definido como:

> O processo judicial de liquidação do patrimônio do devedor para o pagamento dos credores, conforme as prioridades legalmente estabelecidas (bem como para a apuração de eventuais responsabilidades e crimes falimentares). Trata-se de liquidação por concurso de credores (espécie de execução coletiva), de modo a garantir um tratamento igualitário entre eles. (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2022, p.120).

Dentro desse contexto o artigo 75 da lei supra citada, diz o seguinte quanto da conceituação do procedimento de falência:

> Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:
> I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa;
> II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e
> III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.
> § 1º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).
> § 2º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia.

A falência de uma empresa poderá ser requerida pelo próprio devedor, ou por seus credores. Se de fato for decretada a quebra da mesma, deverá ser nomeado um administrador judicial, para que ocorra a liquidação do patrimônio de forma rápida e efetiva, satisfazendo os credores, que possuem preferência definida por meio de uma ordem legal. Sendo um

procedimento processual, a falência pode ser dividida em 3 (três fases), sendo elas: a fase pré-falimentar, fase falimentar e fase pós-falimentar.

A fase pré-falimentar inclui a verificação dos pressupostos necessários para a falência, bem como o pedido da mesma, caso haja sua decretação, passasse para a próxima fase. Na próxima fase, chamada de fase falimentar, há um processo de execução, em que são apurados os respectivos credores, devedores, bem como o patrimônio do devedor. Já a última fase processual, chamada de fase pós falimentar é aquela em que, se necessário, segundo Tomazette (2022, p. 136) "após encerrada a falência, é possível que ainda ocorra a extinção das obrigações do falido, pelos motivos do art. 158 da Lei n. 11.101/2005, se ainda não houve essa extinção na fase falimentar propriamente dita."

De acordo com todo o processo falimentar, é importante ressaltar que a falência possui seu objetivo mais amplo na satisfação de todos os credores com a segurança do crédito e a liquidação da empresa, levando-se em consideração todos os seus princípios.

2.3. A LEI 14.112 DE 2020

A criação da Lei nº 11.101 de 2005, absorveu-se no ordenamento jurídico com intuito de possibilitar a superação da crise econômica e financeira da empresa, vislumbrando preservar os empregos, a geração de tributos, bem como a circulação de riquezas e produtos. Assim, é um mecanismo essencial para auxiliar a empresa que está com dificuldades econômicas a recuperar-se, todavia, ocorreu uma ampliação recentemente deste dispositivo, com modificações que tem como intuito preencher lacunas e situações atuais, como, por exemplo, a crise econômico-financeira ocasionada pela pandemia da Covid-19.

Uma das principais atualizações é a de que agentes econômicos que inicialmente não poderiam fazer uso da recuperação judicial, agora estão fazendo, como por exemplo o caso do produtor rural. Parafraseando o Código Civil Brasileiro, vislumbra-se que o disposto o produtor rural pode exercer a atividade regular sem inscrição, todavia, na medida em que o mesmo optar pela inscrição na junta comercial, ele equipara-se o empresário, assim, em meados do ano de 2019, os tribunais decidiram que o produtor rural pode gozar da recuperação judicial, desde que o mesmo realiza o registro na junta comercial, antes do pedido de recuperação judicial, bem como, comprove o exercício de suas atividade por um período superior a 02 (dois) anos, consoante art. 48 da Lei 11.101 de 2005.

Ainda, ao analisar-se a Lei em um contexto geral, não poderia o produtor rural gozar de recuperação judicial. Todavia, percebendo que a realidade social demandava outra resposta por parte do Estado, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionava favoravelmente.

Todavia, após a reforma na norma trazida pela Lei 14.112/20 a jurisprudência passou a estar positivada. O legislador teve a sensibilidade de reconhecer a realidade social e inovar, permitindo que uma pessoa física seja considerada jurídica também para os efeitos da Recuperação Judicial. Vejamos:

> A reforma trouxe alterações para o pedido de recuperação do produtor rural, conforme acima descritos. No art. 70-A da LFRJ, abriu-se ao produtor rural a possibilidade de valer-se da recuperação judicial especial, prevista na seção V da norma, para microempresas e empresas de pequeno porte, desde que o valor da causa não exceda R $4.800.000,00.

Conforme se vê, a reforma legal trouxe uma atenção ainda maior para um item essencial: função social. Além, é claro, de deixar a interpretação de que a legislação avançará no sentido de permitir recuperações de pessoas físicas, como já ocorre em diplomas de outros Estados. No próximo tópico o instituto da função social será melhor abordado.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A IMPORTÂNCIA DA RECUPERAÇÃO

Inicialmente, é necessário conceituar a palavra empresa, e em seu sentido mais amplo, é basicamente uma atividade que visa lucro, através do oferecimento de bens ou serviços ao mercado. Este oferecimento está diretamente ligado com o mercado de desenvolvimento tecnológico, econômico e social.

Em relação à função social, segundo Ana Frazão de Azevedo Lopes (2006, p. 96), a função social externaliza interesses privados em prol do bem da sociedade, “acabando com o seu caráter arbitrário e pessoal”. Ou seja, a função social sempre estará diretamente ligada com um objetivo em comum da coletividade.

Na atualidade, a empresa possui reflexos diretos nos interesses da coletividade, pois a mesma presta serviços, fornece bens, gera empregos e movimenta a economia, bem como também está envolvida na arrecadação fiscal do Estado. Em relação a isso, o Art. 47 da lei 11.101 de 2005 aponta que:

> a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, provendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005).

Nesse sentido, é possível afirmar que a empresa, além de manter sua atividade principal a que se destina e se manter ativa, é fundamental que esteja alinhada com a sua função social.

É perceptível que há uma forte relação entre a função social da empresa e a importância da possibilidade de a mesma se recuperar, isto se deve ao fato de que se recuperando, atenderá

aos interesses dos credores e manterá seus vínculos empregatícios com seus assalariados, assim, movimentando a economia, em destaque para a região em que se encontra.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As empresas são as principais responsáveis pela movimentação da economia de um país, gerando vagas de emprego e consequentemente fonte de renda aos seus assalariados, capacitando profissionais, impulsionando o desenvolvimento tecnológico, bem como recolhendo impostos e demais tributos ao Erário.

Haja vista a importância da empresa para a sociedade, é notório que é de grande importância possuir uma legislação adequada para dar suporte a empresa que passa por crises econômico-financeiras, principalmente nos tempos atuais, em que a pandemia do vírus da Covid-19 trouxe diversos impactos e dificuldades para o meio empresarial. Além disso, fez-se necessário uma atualização da antiga lei vigente, visto que, após pouco mais de 75 anos (setenta e cinco), houveram diversas modificações sociais que demandaram uma atualização legal. A possibilidade de a empresa se recuperar foi um grande marco nesse quesito, consagrando assim a função social da atividade empresarial.

Nesse sentido, todas as modificações apresentadas possibilitaram a proteção ao crédito dos credores das empresas em processo de recuperação, bem como a sua atividade e função social, possibilitando a manutenção e preservação de atividades econômicas que se fazem importantes para a sociedade.

Portanto, a nova Lei de Recuperação e Falência e suas modificações apresenta-se como um marco e um importante avanço para a Legislação Brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.101 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.101%2C%20DE%209%20DE%20FEVEREIRO%20DE%202005.&text=Regula%20a%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial%2C%20a,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria>. Acesso em: 28 mai. 2022.

COELHO, FÁBIO ULHOA –Comentários à Lei de Falencias e de Recuperação de Empresas – 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva 2018

GOMES, Gustavo Caetano. Recuperação judicial do produtor rural. **Migalhas**, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/360735/recuperacao-judicial-do-produtor-rural>. Acesso em: 27 de maio de 2022.

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar.** 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771707/>. Acesso em: 29 mai. 2022.

SCALZILLI, João P.; SPINELLI, Luis F.; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falências: Teoria e prática na lei 11.101/2005.** São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584934577/>. Acesso em: 28 mai. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. v.3**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620698/>. Acesso em: 28 mai. 2022.

PEDIDOS de recuperação judicial e falência crescem mais de 50% em maio, aponta Serasa. **Portal do fomento,** 2021. Disponível em: <https://portaldofomento.com.br/noticia.php?id=6861>. Acesso em: 28 mai. 2022.

A HERANÇA DIGITAL COMO INSTITUTO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Gustavo Knob Cabral[1]
Henrique Balduvino Saft Dutra[2]
Danielli Regina Scarantti[3]

Resumo: Com a popularização da internet a partir do século XXI, as redes sociais multiplicaram-se. Nessa seara, passou-se a debater a possibilidade de reconhecimento da herança digital, compreendida como a totalidade de dados de natureza pessoal contidos nas redes sociais, como instituto do direito das sucessões. Este artigo possui como finalidade discorrer acerca da possibilidade do chamado "acervo digital" integrar a herança do *de cujus*, assim como a sua transmissão aos herdeiros. O artigo embasou-se em bibliografias e documentos afins à temática. Observou-se a inexistência de normas específicas que regulamentam a matéria, embora a lei 12.965 e a lei 13.709 tenham discutido indiretamente a inviolabilidade da privacidade e dos dados das pessoas. Percebeu-se ainda a existência de projetos de lei em deliberação no Congresso Nacional e decisões no direito internacional que velejam no sentido de reconhecer o "acervo digital" como patrimônio transmissível aos herdeiros. Dessa maneira, cabe ao direito superar paradigmas e ajustar-se às mudanças que passam pelos meios de comunicação, principalmente com o advento da internet, reconhecendo-se possibilidade da sucessão (legítima) dos bens digitais.

Palavras-chave: Acervo digital. Herança. Internet.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notório que as redes sociais multiplicaram-se e evoluíram nos últimos cem anos, ao promover a comunicação à distância e incutir um novo processo de socialização. Os aplicativos (a exemplo do WhatsApp, Facebook, Instagram, Twitter e até mesmo Youtube) desenvolveram novos recursos, aprimorando cada vez mais as relações, que, outrora, limitavam-se a mensagens SMS e e-mails. Os aplicativos de paquera (a exemplo do Tinder) nem mesmo existiam até cerca de dez anos atrás. A ideia das redes sociais é exatamente esta: facilitar a vivência em sociedade. Entretanto, hoje, o uso das redes sociais supera o mero comodismo, tornando-se uma necessidade. Não à toa, muitos países, a exemplo da Finlândia, reconhecem o acesso à internet como um direito fundamental.

Convém acentuar que, em menos de uma década, o número de usuários das redes sociais triplicou, passando da casa dos 4,2 bilhões de usuários, o que corresponde a mais de 53% da população mundial. No Brasil, porém, a taxa de usuários em relação à população é superior a 70%. (GRANDCHAMP, 2021).

---

[1] Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[3] Professora do Curso de Direito da Setrem.

É grande a auto exposição nas redes sociais; importantes aspectos das vidas das pessoas ficam retidos nas redes sociais, sendo característica da sociedade e da cultura contemporâneas. Em que pese os avanços decorrentes da inserção das redes sociais, a conexão a partir delas fundada tornou-se objeto de conflitos *post mortem*, cabendo ao direito, na qualidade de ciência social e que busca valorar os fatos socialmente relevantes, regulamentá-los. Nesse sentido, discute-se a possibilidade (ou não) de as redes sociais e do chamado "acervo digital" integrar a herança do *de cujus*, assim como a sua transmissão aos herdeiros.

2 DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, é oportuno esclarecer que a herança, salvo melhor doutrina, consiste no "conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do *de cujus*". (TARTUCE, 2021, p. 56).

Ainda, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal,

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXX - é garantido o direito de herança. (BRASIL, 1988).

Em relação ao conceito de herança digital, Tânia Nigri (2021, p. 28) afirma que "é o acervo eletrônico que uma pessoa deixa ao morrer e que poderá, em tese, ser transmitido aos seus herdeiros, sendo composto por fotografias digitais, arquivos na nuvem, vídeos, acesso às redes sociais, senhas em geral e e-mails. "

No que toca à transmissão dos bens deixados pelo *de cujus*, a norma civilista é clara no sentido da possibilidade da sucessão testamentária, em que se obedece a vontade do falecido, assim como da sucessão legítima, decorrente da lei, que indica a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do *de cujus*. Nesse sentido, faz-se mister perceber que, nos termos do artigo 1.786 do Código Civil, "a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade". (BRASIL, 2002).

Arnaldo Rizzardo (2019, p. 16) leciona que "as pessoas sucedem por força da lei ou do testamento. Normalmente, prevalece a sucessão em virtude de uma ordem de parentesco, ou por impulso da lei, ou por sangue e colateralidade, cuja classificação é estabelecida por lei."

De outra banda, Flávio Tartuce (2021, p. 615) acentua que o testamento constitui um “negócio jurídico unilateral, de última vontade, [...] tendo por objeto a designação de herdeiros e/ou legatários, no todo ou em parte, da herança, ou disposições outras até mesmo de caráter não patrimonial, com o fito de produzir efeitos após a morte.”

Os testamentos podem, além disso, incluir conteúdos não patrimoniais. Na dicção do artigo 1.857 do Código Civil, “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. [...] § 2 º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.” (BRASIL, 2002).

À vista disso, pode o testador transmitir (expressamente) suas senhas, suas redes sociais e o seu “acervo digital” de modo geral por meio de testamento, embora desprovidos de valor econômico, evitando-se conflitos em torno de uma possível ofensa à privacidade e à intimidade do falecido.

Por outro lado, não pode passar desapercebida a necessidade de observância da “legítima” dos herdeiros necessários, eis que, nos termos do artigo 1.846 do Código Civil, “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” (BRASIL, 2002).

Antevê-se relevância em destacar que os bens digitais representam os conteúdos publicados ou compartilhados nas redes sociais (textos, imagens, vídeos, e-books, músicas ou qualquer outro meio que contenha uma característica particular do usuário) e que, embora propiciem alguma utilidade para o seu titular, podem (ou não) ser passíveis de valoração econômica. Mas, afinal de contas, quanto vale o “acervo digital” do falecido, quando desprovido de valor econômico? Como avaliá-lo?

Em todo o caso, o principal problema não se encontra na existência de testamento, e sim na falta dele; ou seja, quando o falecido não predestina seu “acervo digital” em testamento. Sabe-se da importante quantidade de informações de caráter pessoal presentes nas redes sociais, cuja transmissão, quando não disposta por ato de última vontade, promove o conflito aparente entre as normas que disciplinam o direito à herança e as que disciplinam o direito à intimidade. Dessa sorte, no caso de o falecido não dispor em testamento a respeito de seu “acervo digital”, este deve integrar a herança de forma indivisível até a sua efetiva partilha? Ou os servidores ou provedores de internet devem excluí-lo no momento em que constatado o óbito de seu titular?

Observa-se que a norma civilista ainda não se mostra suficiente na regulamentação da matéria, tenha o “acervo digital” valor monetário ou não. Se superado

o estéril literalismo da lei, pode-se inserir os vídeos monetizados (do Youtube) no conceito de “obras audiovisuais” e as fotos e propagandas monetizadas (do Instagram) no conceito de “fotografias”, encontrando arrimo na lei 9.610/1998, que regula os direitos autorais.

Os direitos autorais apresentam duas dimensões: a moral e a patrimonial. No tocante à dimensão patrimonial, o artigo 28 da lei de que se trata é claro no sentido de que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. (BRASIL, 1998).

De outra banda, a lei em questão prevê que “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades”. (BRASIL, 1998).

Ainda, nos termos do artigo 41 da lei, cujo teor é trazido à baila, “os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. ” (BRASIL, 1998).

As controvérsias em relação à dimensão patrimonial dos direitos autorais parecem superadas, uma vez que, conforme analisado, a parte do “acervo digital” que apresenta valor econômico (e-books, produções de autoria própria e rendimentos decorrentes de monetização de vídeos e de fotos em redes sociais, a título de exemplo) devem constituir o monte-mor, sob pena de ofender a própria Constituição Federal. Entretanto, no que toca à dimensão moral, ainda persistem desentendimentos na doutrina civilista, uma vez relacionados aos direitos da personalidade do *de cujus* e sua privacidade. Nesse sentido, parece coerente que os herdeiros do *de cujus* tenham acesso irrestrito às suas contas de redes sociais, suas conversas com outros usuários, e-mails e até mesmo fotos íntimas sem que exista fundamento para tanto?

O que se sabe é que, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988).

Na mesma vereda, prevê o evocado artigo 5º que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”. (BRASIL, 1988).

A lei geral de proteção de dados, novidade no ordenamento jurídico brasileiro, por seu turno, também prevê a inviolabilidade da privacidade e dos dados das pessoas, cabendo trazer ao lume o seu teor.

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.
> [...]
> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
> I - o respeito à privacidade;
> [...]
> IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem. (BRASIL, 2018).

Impende destacar que a lei 12.965, que se ousou chamar de "marco civil da internet" e que definiu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet, também é incisiva no sentido de que:

> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
> I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
> III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. (BRASIL, 2014).

Corroborando a exegese legal, aduz George Malmelstein (2019, p. 142) que "o princípio geral da intimidade e da privacidade protege o indivíduo contra a devassa indevida de seus dados. [...]. Em princípio, o poder público não pode ter acesso a esses dados pessoais sem o consentimento do indivíduo. "

Em vista disso, nem mesmo os entes públicos possuem acesso (e as prerrogativas de determinar a exibição e o uso) aos dados pessoais quando não consentido pelo titular dos dados ou quando não se tratar de hipótese prevista em lei. Porém, como todos os demais direitos fundamentais, os direitos à privacidade e à intimidade apresentam restrições, do que decorre o seu caráter não absoluto.

Nesse sentido, oportuna é a transcrição da obra de Alexandre de Moraes (2021, p. 27).

> Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Dessa forma, quando houver conflito

> entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Dessa sorte, legitimam-se as intervenções à privacidade e à intimidade das pessoas quando proporcionais e necessárias ao exercício de outros direitos fundamentais, hipóteses estas previstas pela Constituição Federal (ordem judicial, investigação criminal e instrução processual penal).

Na contramão do entendimento da norma civilista brasileira, decisões recentes emanadas dos tribunais estrangeiros apresentaram-se como um marco histórico no reconhecimento da transmissibilidade da herança digital. Pode-se mencionar como exemplo o processo ZR 183/17, apreciado em 12/07/2018 pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof). Cuida-se de analisar o caso de uma adolescente de quinze anos que faleceu em um acidente no metrô em Berlim em 2012. Os pais da adolescente cogitaram a possibilidade de suicídio, uma vez que as circunstâncias da morte não foram plenamente esclarecidas. Para isso, os pais pleitearam o acesso à conta do Facebook da jovem; porém, sem sucesso. Isso porque a conta foi convertida em "memorial", possibilidade dada pelo Facebook quando um usuário falece, outra pessoa informa o seu óbito, e o texto "em memória de" passa a aparecer antes do nome do falecido. Nesse tocante,

> A transformação em memorial manterá uma conta segura, pois impedirá que outras pessoas entrem nela. A conta continuará visível no Facebook, mas a única pessoa que pode gerenciar uma conta transformada em memorial é o contato herdeiro selecionado pelo titular. Se o titular da conta não tiver selecionado um contato herdeiro, ela não será administrada ativamente por ninguém após a solicitação de transformação em memorial. (FACEBOOK, 2022).

Ora, sendo uma conta transformada em "memorial", o conteúdo nela publicado ou compartilhado em vida pelo *de cujus* fica visível, e outros usuários podem nela publicar mensagens, mas apenas o Facebook possui acesso ao conteúdo da conta. Assim sendo, o *status* de "memorial" veda o acesso da conta a qualquer pessoa (à exceção do próprio Facebook), visando proteger a privacidade do usuário falecido e mesmo de seus contatos.

Tornando a tecer comentários acerca do processo ZR 183/17, em primeiro grau, os pais da jovem obtiveram ganho de causa, sendo determinado ao Facebook o acesso pelos pais à conta da falecida, sob o fundamento de que o "acervo digital" (contas de e-

mails, celulares e redes sociais de modo geral) integra a herança do *de cujus*, sendo transmissível aos herdeiros.

Em segundo grau, o Tribunal Estadual de Berlim (Kammergericht), ao rever a decisão, entendeu que o acesso ao "acervo digital" macularia o direito ao sigilo das comunicações do falecido e de seus interlocutores. Reconheceu, por outro lado, que os direitos e obrigações de caráter patrimonial relativas ao contrato (de consumo) entabulado com o Facebook transmitem-se, em tese, por meio da herança; entretanto, sustentou que não há "clareza jurídica" em relação à transmissibilidade (ou não) dos bens digitais de caráter personalíssimo.

Em recurso dirigido ao Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof) (terceiro grau), este reconheceu o direito dos pais de acessar a conta do Facebook da filha falecida e o conteúdo nela existente. Sustentou o tribunal que a regra da sucessão universal, também conhecida como princípio da *saisine* (segundo a qual a integralidade dos bens do falecido transmite-se, desde logo, aos herdeiros), estende-se ao "acervo digital" tal qual aos bens materiais. (FRITZ, 2019).

Em vista disso, afastou-se a tese no sentido de que somente o "acervo digital" de natureza patrimonial é que pode entrar no conceito de herança, uma vez que a lei não diferencia herança patrimonial e herança extrapatrimonial.

A discussão que permeou na Alemanha, entretanto, pouco (ou nada) influenciou na posição do direito brasileiro acerca da matéria, que advoga no sentido de negar aos herdeiros o direito de acesso às redes sociais do falecido. É o entendimento cimentado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG), em análise do Agravo de Instrumento 1906763-06.2021.8.13.0000.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. HERANÇA DIGITAL. [...] ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PESSOAIS. DIREITO DA PERSONALIDADE. A herança defere-se como um todo unitário, o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também o imaterial, em que estão inseridos os bens digitais de vultosa valoração econômica, denominada herança digital. A autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses que houver relevância para o acesso de dados mantidos como sigilosos. Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, necessitando de proteção legal, porquanto intransmissíveis. [...] Recurso conhecido, mas não provido. (TJ-MG, 2022, on-line).

A exceção encontra-se na possibilidade que dá o Facebook (que dá "um passo à frente" ao perceber a necessidade e a utilidade de gerenciamento das redes sociais após o falecimento de seu titular) de optar por um outro usuário para "herdar" a conta. Nesse

tocante, “é possível adicionar, alterar ou remover o contato herdeiro nas configurações gerais da conta a qualquer momento.” (FACEBOOK, 2022).

Entretanto, se transformado o perfil em memorial, não é mais possível herdá-lo. Outrossim, é forçoso perceber que dar aos herdeiros a possibilidade de acesso às redes sociais do *de cujus* não pressupõe o seu uso irrestrito, muito menos que as mensagens ou dados acerca do falecido que se encontra em suas redes sociais sejam veiculados pelo herdeiro. Os herdeiros não podem abusar de seu direito de acesso às redes sociais, causando danos ao falecido ou mesmo a seus interlocutores, em razão do que alguns doutrinadores afirmam a existência de um direito-dever à preservação dos segredos.

Nessa esteira, o Código Penal Brasileiro antevê, em seu artigo 153, que “divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.” (BRASIL, 1940).

Em vista disso, exige-se dos magistrados parcimônia, norteando suas decisões pelo princípio da boa-fé objetiva, de sorte que observe os termos de uso do Facebook (ou demais redes sociais) e iniba aqueles comportamentos que atentem contra os direitos da personalidade do falecido. Afinal de contas, leciona a obra de Rubem Valente (2017, p. 69) que:

> Com a morte, ocorre a extinção dos direitos da personalidade. No entanto, mesmo após a morte, alguns desses direitos são resguardados, como o respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor. [...]. Os parentes podem sofrer o chamado dano reflexo, em caso de lesão aos direitos que seriam da personalidade da pessoa morta.

No Congresso Nacional, encontram-se, atualmente, em deliberação três projetos de lei que dizem respeito à herança digital, o que evidencia o interesse crescente dos congressistas brasileiros pela matéria.

O Projeto de Lei nº 4.847/2012, com origem na Câmara dos Deputados, de autoria de Marçal Filho, do Estado de Mato Grosso do Sul, busca o reconhecimento da herança digital como instituto do direito civil brasileiro, acrescentando o Capítulo II-A e os artigos 1.797-A a 1.797-C ao Código Civil, sendo trazido à baila o seu teor.

> Art. 2º Fica acrescido o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação:
> [...]
> Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual. (BRASIL, 2012).

Já o Projeto de Lei nº 7.742/2017, com origem na Câmara dos Deputados, de autoria de Alfredo Nascimento, busca dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular, sendo oportuna a sua transcrição.

> Art. 1º A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:
> Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.
> § 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio. (BRASIL, 2017).

Por último, o Projeto de Lei nº 5820/2019, com origem na Câmara dos Deputados, de autoria de Elias Vaz, do Estado de Goiás, dá nova redação ao artigo 1.881 do Código Civil, para assim dispor:

> Art. 1º O art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:
> [...]
> §4º Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade. (BRASIL, 2019).

O terceiro projeto viabiliza a realização de codicilo por vídeo, além de conceituar a herança digital. Limita-se, pois, a trazer conceitos (assim como os demais projetos), sem, contudo, discutir o conflito entre o direito à inviolabilidade da privacidade do falecido e o direito à herança.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que, a partir da segunda metade do século XXI, as redes sociais cresceram exponencialmente, transformando rapidamente a maneira como as pessoas comunicam-se. A despeito da facilidade de comunicação e informação (que despontam entre os efeitos positivos do uso das redes sociais), há que se observar que o direito nem sempre conseguiu acompanhar as transformações sociais decorrentes da comunicação eletrônica.

A despeito da existência de aparatos normativos que dizem respeito, direta ou indiretamente, à herança digital, ainda não existe uma resposta contundente em relação à possibilidade da sucessão (legítima) dos bens digitais que importariam em eventual

ofensa aos direitos da personalidade do falecido e até mesmo de terceiros (aí incluído o direito à intimidade).

Em contrapartida, restou incontroverso que a sucessão testamentária, por obedecer a vontade real do falecido, é possibilidade dada para transmitir seu "acervo digital", sujeitando-se, entretanto, à redução das disposições testamentárias. O testamento, por preservar os interesses do titular dos bens, é corolário da autonomia privada e balizador do intervencionismo estatal, sendo a melhor das alternativas para que os herdeiros não possam ter acesso integral ao "acervo digital".

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4847, de 2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7742, de 2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5820, de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=222803. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1906763-06.2021.8.13.0000**. Apelante: Rosilane Meneses Folgado. Apelado: Alexandre Lana Ziviani. Relator: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2022. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1363160167/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000211906755001-mg/inteiro-teor-1363160241. Acesso em: 30 abr. 2022.

FACEBOOK. **Configurações gerais da conta**. Disponível em: https://www.facebook.com/settings?tab=account&section=account_management&vie. Acesso em: 02 maio 2021.

FRITZ, Karina Nunes. **Leading case**: BGH reconhece a transmissibilidade da herança digital. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/308578/leading-case--bgh-reconhece-a-transmissibilidade-da-heranca-digital. Acesso em: 02 maio 2021.

GRANDCHAMP, Leonardo. **Brasil é o 3º país que mais usa redes sociais no mundo todo**. 2021. Disponível em: https://www.jornalcontabil.com.br/brasil-e-o-3o-pais-que-mais-usa-redes-sociais-no-mundo-todo/#.YnzoaujMLIU. Acesso em: 02 maio 2021.

MALMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2021.

NIGRI, Tânia. **Herança**. 5. ed. São Paulo: Editora Blucher, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Coisas. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

VALENTE, Rubem. **Direito Civil Facilitado**. São Paulo: Editora Forense, 2017.

A HISTÓRIA DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

Jovana Eduarda Junges Pick[1]
Danielli Regina Scarantti[2]

Resumo: A presente pesquisa buscou analisar as previsões constitucionais acerca de direitos inerentes às pessoas com deficiência no Brasil. Para tanto, utilizou-se o método hipotético dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica, onde restou demonstrada a evolução constitucional em matéria de prerrogativas para as pessoas com deficiência. Tal evolução brasileira no tocante ao assunto foi gradativa e lenta, ao passo que, a cada nova constituição, novos direitos foram sendo implementados. Assim, no presente estudo, ficaram demonstradas as previsões das constituições anteriores à vigente atualmente, abarcando principalmente os últimos 100 anos.

Palavras-chave: Previsões constitucionais. Pessoas com Deficiência. Brasil.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo tem como principal propósito realizar um resgate histórico das previsões constitucionais dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil dos últimos 100 anos, analisando de que forma ocorreu essa implementação.

Atualmente, encontramos pessoas com deficiência nos mais variados âmbitos da nossa sociedade, de modo que, para tanto, foi preciso a criação de prerrogativas que concedessem a elas essa possibilidade. Tais prerrogativas iniciaram no plano internacional, e para que conquistassem uma maior efetividade, foram adotadas e criadas pelos Estados, conferindo-lhes desse modo, maior abrangência.

Nesta senda, existe no Brasil uma Constituição Federal (1988) que traz em seus dispositivos, elementos que protegem e garantem direitos às pessoas com deficiência de forma específica. No entanto, e a fim de contribuir com a pesquisa histórica proposta por este trabalho, as garantias constitucionais nem sempre foram amplas e abrangentes.

As Constituições Federais anteriores à vigente continham, muitas vezes, garantias gerais inerentes à pessoa humana, não especificando este grupo. Assim, não havia muito suporte e proteção para esta parcela, deixando-as à margem da interpretação subjetiva das normas.

2 DESENVOLVIMENTO

---

[1] Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professora do Curso de Direito da Setrem.

Para tratar do tema em questão, serão analisadas todas as constituições já vigentes no nosso país, a fim de identificar de que modo as pessoas com deficiência eram tratadas em matéria constitucional. Mas, antes de adentrar especificamente no assunto, é importante definir o que de fato é uma constituição. Assim, esta pode ser caracterizada como a "Lei Fundamental" de uma nação. Tendo essa característica superior e suprema, uma vez decretada como lei fundamental, não poderão ser criadas e muito menos seguidas, naquele país, leis contrárias a esta. (LASSALE, 2007). Seguindo nesta linha, restará demonstrado no decorrer do presente estudo, que as previsões constitucionais na legislação brasileira foram surgindo através de um processo lento.

Começando, a primeira Constituição Imperial, decretada no ano de 1824, previu apenas o direito à igualdade em seu art. 179, XIII, no entanto, não especificava diretamente às pessoas com deficiência, o que restava implícito em seu texto, cabendo ao leitor assim entender, contendo a seguinte redação:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Ato contínuo, na Constituição seguinte, decretada no ano de 1891, em seu art. 72, parágrafo 2º, ratificou-se a previsão da Constituição anterior, que tratava da igualdade, determinando, novamente de modo geral, que: "Todos são iguaes perante a lei". Divergente de sua antecessora, além desta previsão, trouxe ainda o direito à aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos em seu art. 75, que contava com a seguinte determinação: "A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação".

Em ordem cronológica, a Constituição decretada no ano de 1934, por sua vez, trouxe também o direito à igualdade em seu texto, não especificando às pessoas com deficiência, no entanto, proibia privilégios e distinções por uma série de características, determinando em seu art. 113 que:

> A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

Ainda, a mesma constituição, em seu art. 170, parágrafo 6º, determinou a possibilidade de aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos, igualmente com a anterior, trazendo a seguinte prerrogativa:

> o funcionário que se invalidar em conseqüência de acidente ocorrido no serviço será aposentado com vencimentos integrais, qualquer que seja o seu tempo de serviço; serão também aposentados os atacados de doença contagiosa ou incurável, que os inabilite para o exercício do cargo.

Agora, diferentemente das anteriores, inovou quando trouxe em seu art. 138 o seguinte:

> Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; b) estimular a educação eugênica; c)) amparar a maternidade e a infância; d) socorrer as famílias de prole numerosa; e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

Percebe-se que, a constituição em questão (1934), trouxe encargos para a União, Estados e Municípios, de modo que estes deveriam assegurar amparo às pessoas com deficiência, para tanto, criando serviços especializados e melhorando os serviços sociais, visando um progresso na situação até então vivenciada por este grupo.

Continuando, a Constituição seguinte, promulgada no ano de 1937, seguindo na linha de suas antecessoras, previu em seu art. 122, I, o direito à igualdade:

> Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1º) todos são iguais perante a lei;

Ainda, previu o direito à aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos em seu art. 156, “e”:

> Art 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor: [...] e) a invalidez para o exercício do cargo ou posto determinará aposentadoria ou reforma, que será concedida com vencimentos integrais, se contar o funcionário mais de trinta anos de serviço efetivo; o prazo para a concessão da aposentadoria ou reforma com vencimentos integrais, por invalidez, poderá ser excepcionalmente reduzido nos casos que a lei determinar; f) o

> funcionário invalidado em conseqüência de acidente ocorrido no serviço será aposentado com vencimentos integrais, seja qual for o seu tempo de exercício;

No entanto, o referido documento trouxe inovações, quando, em seu art. 127, trouxe a seguinte redação:

> A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Assim, definiu que a infância e a juventude deverão ser objeto de cuidado e gozar de garantias especiais concedidas pelo Estado. E este, deverá adotar meios para assegurar-lhes condições físicas e morais de vida, proibindo o abandono moral, intelectual ou físico, sendo que, caso houver algum destes, importará em falta grave dos responsáveis.

Seguindo em ordem cronológica, a Constituição de 1946 previu em seu art. 141, parágrafo 1º, o direito à igualdade, bem como o direito à previdência ao trabalhador inválido, nas disposições do seu art. 157, XVI, concedendo, neste sentido "previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte", e ainda, conforme as demais, em seu art. 191, I, a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos.

Posteriormente, durante o período da Ditadura Militar, no ano de 1967, a Constituição Federal contempla, pela primeira vez, um direito específico para as pessoas com deficiência. (PEREIRA; SARAIVA, 2017). A Emenda Constitucional nº1 à Constituição de 1967 dispôs acerca do direito à igualdade, à aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos e o direito à previdência social aos trabalhadores inválidos. (SCHMIDT, 2019). Em seu art. 175, parágrafo 4º, tratou da educação da pessoa com deficiência, dispondo que: "Lei especial disporá sôbre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sôbre a educação de excepcionais".

Corroborando para uma melhora, por meio da Emenda Constitucional nº12 à Constituição de 1967, concedeu-se uma maior e mais expressiva inovação em relação à proteção específica das pessoas com deficiência, a qual previu direitos inerentes a não

discriminação, acesso ao trabalho, educação especial, assistência e acessibilidade, (SCHMIDT, 2019), dispondo, em um único dispositivo que:

> É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I - educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salarios; IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Assim, com este dispositivo, assegura-se aos deficientes uma melhor condição social e econômica, conferindo-lhes educação especial e gratuita, assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do Brasil, proibição de discrininação e possibilidade de acesso à edifícios e logradouros públicos.

A última e atual Constituição brasileira, promulgada em 1988, demonstrou grande zelo pelo assunto. Mesmo sem possuir um capítulo ou título especial destinado ao tema, fica evidente a preocupação do legislador em incluir o assunto no texto constitucional, protegendo direta e especificamente às pessoas com deficiência. Nestas previsões, é possível encontrar diversas garantias às pessoas com deficiência, as quais buscam a inclusão das mesmas em iguais condições perante os demais, estabelecendo ainda, deveres aos entes federativos no tocante à proteção dos direitos inerentes à essa parcela (PARIS, 2021), visto que um dos objetivos fundamentais da República é, de acordo com o art. 3º, IV, da Constituição Federal:

> 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.

Ainda nesta linha, o princípio da igualdade, presente no mesmo documento, inclui as pessoas com deficiência, de modo que a preocupação não se limite apenas a dispositivos legais, mas permeie sua estrutura (PARIS, 2021), visto que, a busca pela igualdade de tratamento e a redução da discriminação são um dos principais focos do sistema de proteção dos deficientes (VAILATTI; OLIVEIRA; SODRÉ; PEIXOTO; BARONOVSKY, 2019), conforme prescreve o art. 5º da Constituição Federal:

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

Na Constituição Federal atual (1988) constam direitos específicos às pessoas com deficiência, distribuídos em vários artigos. A política de inclusão, acessibilidade e garantias para surdos, cegos e pessoas com baixa visão possui leis próprias. Outra parte importante dos direitos está inserida, de forma transversal, na legislação geral da saúde, educação, trabalho, proteção social, cultura, esporte, dentre outros. As leis mais recentes apresentam o recorte da pessoa com deficiência, como, por exemplo, a acessibilidade nos programas habitacionais públicos e a política de mobilidade urbana. (MAIOR, 2020).

Para fins de exemplificação da exposição, pode-se mencionar o disposto no art. 203, IV, que trata acerca da assistência social, neste sentido dispondo que:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

Ainda, é interessante trazer o art. 227, parágrafo primeiro, II, que menciona sobre a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental:

> 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. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Podem ser trazidos ainda mais uma série de direitos previstos no texto constitucional atual, visto que foram escritos vários capítulos, artigos e incisos sobre a educação, habitação, reabilitação e inclusão à vida social da pessoa com deficiência (PACHECO; ALVES, 2007), permitindo assim o exercício da cidadania em iguais condições com os demais. Nesta linha, entende-se que a Constituição Federal Brasileira

tratou de positivar normas com status de garantias e direitos fundamentais, tendo como referência a dignidade da pessoa humana. (FIUZA; COSTA; BORGES, 2020).

Por fim, destaca-se que com a promulgação da atual Constituição Federal (1988), a proteção social das pessoas com deficiência passou a integrar as normas constitucionais no Brasil. Antes disso, as políticas e as ações de proteção e cuidado a este grupo limitavam-se à esfera do assistencialismo, práticas caritativas e cuidados familiares, quando não eram tratadas no âmbito do abandono e do enclausuramento. Assim, a partir do referido documento, implantaram-se dispositivos legais em áreas como educação, trabalho, assistência social e acessibilidade física, a fim de garantir a inclusão. (SANTOS, 2018).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, tendo em vista todo o exposto, é possível identificar que, ao longo desses 100 anos, a implementação de direitos específicos para as pessoas com deficiência nas constituições brasileiras foi um processo lento e gradativo, evoluindo conforme a elaboração de um novo documento constitucional.

Percebeu-se que, a primeira Constituição (1824) trouxe apenas o direito à igualdade de modo geral, ato contínuo com as constituições seguintes, de modo que, apenas na Constituição de 1967 registra-se um direito específico para as pessoas com deficiência, trazendo consigo uma série de garantias e prerrogativas protetoras para esta parcela tão pouco mencionada nos textos legais até então.

Verificou-se ainda, tratando do documento vigente atualmente, que a Carta Magna de 1988, embora não trazendo em sua estrutura um título ou capítulo especial para tratar das pessoas com deficiência, demonstrou evidente a sua preocupação com o assunto, protegendo em diversos dispositivos este grupo e assim, conferindo-lhes maiores direitos, em inúmeros aspectos.

Assim, conclui-se que, ao longo desses 100 anos, sob a influência deste importante documento norteador, implementou-se no país diversos outros dispositivos legais que tratam de assuntos relevantes para as pessoas com deficiência, tais como saúde, educação e trabalho. Neste sentido, considerando toda essa evolução, alterou-se o quadro vigente até então, conferindo às pessoas com deficiência mais inclusão e acessibilidade.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 19**88. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

FIUZA, César Augusto de Castro; COSTA, Ilton Garcia da; BORGES, Maria Creusa de Araújo. **Direito Civil Contemporâneo II**, 2020. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/o5bw94o1/Z0k0a7Gz0bq4xY8A.pdf>. Acesso em: 01 maio 2022.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAIOR, Izabel. **História, conceito e tipos de deficiência**, 2015. Disponível em: <https://historiapt.info/pars_docs/refs/13/12132/12132.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2022.

PACHECO, Kátia Monteiro De Benedetto; ALVES, Vera Lucia Rodrigues. **A história da deficiência, da marginalização à inclusão social**: uma mudança de paradigma, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/actafisiatrica/article/view/102875>. Acesso em: 15 fev. 2022.

PARIS, Larissa Marceli Lemes. A Trajetória dos Direitos da Pessoa com Deficiência no Brasil. In: FILHO, Eduardo Tomasevicius (coord.). **Os Direitos Civis da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Almedina, 2021.

SANTOS, Rita Páscoa dos. **A Convenção Sobre Os Direitos Das Pessoas Com Deficiência e o Ordenamento Jurídico Nacional**, 2018. Disponível em: <https://www.networktimor.org/uploads/1/1/9/7/119766361/e-blj_ano_1_n.%C2%BA_2_pp_145-167_rita_pascoa_dos_santos_pdf.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2022.

SCHMIDT, Felipe. **Pessoas com deficiência**: breves notas sobre sua terminologia, seu conceito jurídico e sua disciplina constitucional no Brasil, 2019. Disponível em: https://cesaf.mpto.mp.br/revista/index.php/revistampto/article/view/14/3>. Acesso em: 25 abr. 2022.

VAILATTI, Diogo B. et al. **Direitos das Pessoas com Deficiência para provas de concursos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Cezar Augusto Rambo 1
Cibele Franco Bonoto Schafer 2

Resumo: Ao analisar o termo conflito e as suas variáveis, verifica-se as inúmeras situações em que este ocorre no âmbito jurídico. Porém se olharmos por uma ótica de resolução, também temos um leque amplo de possibilidades. Neste estudo iremos tratar do instituto da mediação, uma das formas que surgiram ao longo da evolução jurídica. Atualmente com o grande número de lides existentes, elas estão em andamento bem moroso, e neste ponto é que chegamos na utilização de métodos de composição para a resolução do conflito, onde a utilização da mediação vem auxiliando a reduzir a gama de processos, pois existe a tendência de resolução antes da judicialização. Na realização deste artigo científico foi utilizado a metodologia da abordagem hipotético dedutiva, com a pesquisa sendo efetuada através de estudos bibliográficos.

Palavras-chave: Conflito. Mediação. Resolução.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O surgimento dos conflitos é ínsito ao ser humano que sempre teve uma diversificação de interesses e objetivos. Essa variedade de interesses efetiva o surgimento conflitos e uma eventual necessidade e ânsia de dirimi-los, com o intento de assegurar a manutenção pacífica da própria humanidade. Neste contexto, há o surgimento do Direito, que vem com o intuito de efetivação da ordem social e a pacificação dos conflitos.

Durante muitos anos, a solução efetiva para a resolução de conflitos era a judicialização, ou seja, o término os conflitos ocorria através da aplicação das leis escritas. Porém, as leis nem sempre foram sendo atualizadas na mesma velocidade que os tipos de conflitos e suas dinâmicas acontecem. Será que uma legislação com contexto mais antigo consegue abarcar e resolver os conflitos de hoje? E com esta constante evolução, também surgiram uma gama de mecanismos para a efetivação da resolução de conflitos.

2 DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento do presente trabalho perpassa pela análise das formas de solução de conflitos que foram introduzidas ao mundo jurídico nas últimas décadas como alternativa para a pacificação social sem a necessidade de judicialização das demandas conflituosas entre os atores sociais.

2.1 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS

1 -Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito da Setrem.
2 -Professora do Curso de Direito da Setrem.

Como forma alternativa de solução de conflitos, em 26 de junho de 2015, é promulgada a Lei 13.140, Lei da Mediação, que dispõe em seus art. 1º e 2º, as disposições gerais da mesma:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.
> Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:
> I - imparcialidade do mediador;
> II - isonomia entre as partes;
> III - oralidade;
> IV - anformalidade;
> V - autonomia da vontade das partes;
> VI - busca do consenso;
> VII - confidencialidade;
> VIII - boa-fé.
> § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.
> § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

A inclusão desta nova possibilidade de solução surgiu como uma resposta ao fato do sistema judiciário brasileiro ter se tornado moroso, de modo que dentro dele próprio, vieram a surgir novas opções e possibilidades de busca de alternativas que visassem a redução da quantidade de lides e para proporcionar um atendimento mais humanizado no judiciário. Desta forma, o judiciário, conjuntamente com os legisladores, iniciou a inserção de uma nova legislação que proporcionasse a resolução das lides e dos conflitos de uma maneira mais sustentável e buscando a implantação de uma atividade de pacificação, com o objetivo de desenvolver e incentivar a utilização dos dispositivos de resolução de conflitos, onde a lide judiciária somente fosse acionada em casos de estrita necessidade.

Neste contexto, o ordenamento jurídico, implementou novas alternativas para a resolução de conflitos, algumas de forma judicial e outra de maneira extrajudicial, que são os meios alternativos de resolução de conflitos. Olhando se sob o prisma do marco histórico, em seus princípios vitais, inicialmente tem-se a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a promoção dos métodos de solução de controvérsias no Código de Processo Civil instituída pela Lei 13.105/2015; a promulgação da Lei 13.129/2015, que alterou a Lei da Arbitragem; e a Lei 13.140/2015 que regulamenta a mediação entre particulares e a auto composição de conflitos na esfera da administração

pública, a Resolução CNJ nº 125/2010. Além, da Justiça restaurativa por meio da Resolução CNJ nº 225/ 2016 em 31 de maio de 2016.

No que dispõe relativamente à aplicabilidade dos métodos para a resolução de conflitos, o art. 696 do Código de Processo Civil estabeleceu e abriu espaço para que as demandas judiciais viessem a ser atendidas, além de permitir aos interessados na lide, o diálogo objetivando a resolução dos pontos discutidos, na busca de harmonia social. (BRASIL, 2015).

2.2 CONFLITOS E SUA COMPREENSÃO

De acordo com Berg (2012), a palavra conflito vem do latim *conflictus*, que significa choque entre duas coisas, embate de pessoas, ou grupos opostos que lutam entre si, ou seja, é um embate entre duas forças contrárias.

Aplicando-se este conceito à realidade, conflito é um estado antagônico de ideias, pessoas ou interesses e não passa, basicamente, da existência de opiniões e de situações divergentes ou incompatíveis. (BERG, 2012).

Quando se analisa o conflito é possível discernir que o mesmo é a diversidade de opiniões que se manifestam em uma disputa. Esta análise decorre de expectativas criadas, valores envolvidos e interesses contrariados. Embora seja relativa da condição humana, portanto, algo natural – em um conflito tende-se a tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga – conforme Carlos Eduardo Vasconcelos:

> Ambas as partes envolvidas na disputa sempre tendem a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na efetivação da busca de novos e fulminantes fundamentos para reforçar a sua posição unilateral", na ânsia de conseguir enfraquecer ou destruir os possíveis argumentos da outra parte. Essa latente bipolaridade de interesses sempre acaba por dificultar a percepção de que no fundo deste conflito possa existir um interesse comum (VASCONCELOS, 2020).

Fernanda Tartuce, em seus escritos sobre Mediação, nos apresenta um conceito sobre o conflito:

> Conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocabulário jurídico, prevalece o sentido de entrechoque de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas. Por haver diversas nomenclaturas para esse recorrente fenômeno nas relações pessoais, a expressão "conflito" costuma ser usada como sinônimo de "controvérsia", "disputa", "lide" e "litígio". (TARTUCE, 2018).

A visão que devemos ter do conflito não deve ser apenas como algo ruim ou negativo. Muito pelo contrário, deve-se ter o entendido de que o conflito possui sob vários

aspectos e pontos positivos e que dele pode resultar entendimento, compreensão, solução, etc. Sob esta ótica pode-se ver o conflito de uma forma positiva, o que tem representado uma verdadeira reviravolta na teoria do conflito. Quando se utiliza o viés de uma visão equilibrada de que existe a possibilidade de ver-se o conflito através de um viés colaborativo, de forma positiva e como algo comum nas relações humanas, ele poderá passar a ser utilizado como uma ferramenta utilizável para a solução de litígios (ZAFFARI, 2018).

2.3 A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

De acordo com o Código de Processo Civil, os métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos os operadores do direito, "inclusive no curso do processo judicial" (art. 3º, § 3º). Para desestimular a litigiosidade desenfreada, os honorários advocatícios vão-se somando em cada fase do processo, pois estes serão fixados em desfavor daquele que deu causa à proposição de demanda em que não haja vencido e vencedor, ou movida sem justo motivo, ainda que de boa-fé (art. 85, §§ 6º e 10). Pedidos de indenização excessiva acarretam sucumbência recíproca. Quem propõe indenização e apenas obtém 20% do pedido, arcará com 80% dos honorários de sucumbência (Art. 85, § 14) (VASCONCELOS, 2020).

Quando se inicia uma pesquisa com referência tanto ao Direito e suas formas institucionalizadas de solução de conflitos, deve-se levar em consideração os valores norteadores do Estado Democrático de Direito, que estão estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, como exposto abaixo:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, temos à nossa disposição a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, que em seu preâmbulo assume o compromisso: "dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências".

Para cumprir com tal finalidade, o Conselho Nacional de Justiça entendeu por relevante considerar que:

> [...] o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas; b) cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; c) existe a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, e: d) a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças . (BRASIL. 2010).

A busca de um estado onde exista a paz social é um dos caminhos a serem buscados, pois mesmo de que exista a certeza da existência desta paz em sua forma mais plena, pois o conflito é uma das certezas que teremos nesta existência, visto que a vida em sociedade nos impõe diariamente a situações conflitantes, e, neste contexto existe a necessidade de se verificar as formas de resolução de conflitos as quais dispomos acesso.

O Estado, não vem conseguindo atender as demandas da esfera judicial, e por este motivo, vem sendo implementadas ações que visam dirimir esse excesso de lides.

O objetivo da mediação é a restruturação da confiança e do diálogo em os entes envolvidos no embate, sempre visando a resolução do conflito. A figura do mediador tem por finalidade o auxílio na busca da compreensão se suas dúvidas no que tange as questões em discussão, ajudando o mesmo no entendimento da viabilidade das propostas oferecidas pela parte adversa, sempre com o intuito de que prevaleça a efetivação de uma solução que gere benefícios a todos os envolvidos.

A Lei 13.140/15, que dispõe sobre a mediação, em seu art. 2º determina que:

> Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé. (BRASIL, 2015)

Para Maria de Nazareth Serpa, “mediação é um processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução” (1999, p. 147). A mesma autora deixa claro que a intervenção deste terceiro imparcial é fundamental para engajar as partes numa discussão proveitosa.

Segundo os apontamentos de Warat, “a mediação pode se ocupar de qualquer tipo de conflito: comunitário, ecológico, empresarial, escolar, familiar, penal, relacionados ao consumidor, trabalhistas, políticos, de realização dos direitos humanos e da cidadania e de menores em situação de risco etc.” (2001, p. 87).

Na mediação as partes expõem seu pensamento e terão uma oportunidade de solucionar questões importantes de um modo cooperativo e construtivo. O objetivo da mediação é prestar assistência na obtenção de acordos, que poderá construir um modelo de conduta para futuras relações, num ambiente colaborativo em que as partes possam dialogar produtivamente sobre seus interesses e necessidades.

A mediação está disposta na lei 13140/2015 que dispõe em seu artigo 1º:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (BRASIL, 2015).

A audiência de mediação tem embasamento legal na lei 13105/2015, Código de Processo Civil em seu artigo 334:

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
> § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.
> § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.
> (...)
> § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. (BRASIL 2015).

A instituição do Ato 168/TST, normatiza a utilização da mediação e da conciliação no âmbito da justiça do trabalho em fase pré-processual em dissídios coletivos, ou seja, como uma forma extrajudicial, neste caso, o resultado da mediação realizada extrajudicialmente, deve ser formalizada através dos advogados das partes que formulam uma petição em conjunto, onde o pedido será a homologação do acordo firmado extrajudicialmente. O pedido será apreciado em até 15 dias pelo juízo competente que decidirá ainda, se quer ou não ouvir as partes envolvidas em uma audiência de

conciliação, antes de entrar no mérito do acordo. Em sendo homologado o acordo, este passa a ter força de título executivo judicial, permitindo que a parte que não cumprir o acordo, seja executado de maneira bem mais rápida. Está disposto em seus artigos 1º a 4º, abaixo transcritos:

> Art. 1º Fica instituído por meio do presente ato o procedimento de mediação e conciliação pré-processual em dissídios coletivos, a ser conduzido e processado no âmbito da Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho.
> Art. 2º Podem ser submetidos ao procedimento de mediação e conciliação pré-processual as relações jurídicas passíveis de submissão a dissídio coletivo de natureza econômica, jurídica ou de greve.
> Art. 3º A mediação e conciliação pré-processual pode ser requerida por iniciativa de qualquer das partes potenciais de dissídios coletivos.
> Art. 4º O pedido de mediação e conciliação pré-processual deverá ser apresentado em petição pela parte interessada …. (BRASIL, 2016).

A mediação judicial, como sugestivamente o seu nome indica, é aquela realizada no âmbito do Poder Judiciário.

Apesar da realização da audiência de mediação, ser de maneira optativa, a mesma encontra-se positivada no art. 334 da Lei 13.105, o CPC, e esta estar constante como um dos requisitos admissibilidade da petição inicial, conforme o referido código em seu art. 319, VII, a efetiva realização da audiência de mediação é passível em toda e qualquer fase da lide.

Nesse viés de pensamento, citamos as palavras de Humberto Dalla de Pinho:

> A ideia em torno dessa primeira audiência, antes mesmo da citação, é oportunizar a solução adequada, dispensando a necessidade da resposta do réu e a consequente decisão do mérito. A pacificação do conflito de forma mais harmônica e menos traumática é o real objetivo da mediação (DE PINHO. 2018).

De acordo com o CNJ, no manual de mediação judicial, em sua página 249:

> O mediador tem papel reconhecido como auxiliar da justiça (art. 149 do NCPC) e exerce um papel relevante no desenvolvimento da cidadania, pois não apenas facilita o entendimento entre os cidadãos na busca da melhor solução para seus conflitos, mas também os ajuda na condução dos processos, no aspecto técnico, obviamente mantendo a imparcialidade.(BRASIL, 2016).

Em relação ao mediador judicial, cuja natureza jurídica é de um auxiliar da justiça, este para estar habilitado e autorizado a atuar junto ao Tribunal de Justiça deverá ser pessoa física maior de 18 anos, graduado há pelo menos dois anos em ensino superior

reconhecido pelo MEC e que possui capacitação adequada em escola ou instituição de formação de mediadores.

Já no que tange aos mediadores extrajudiciais, a Lei de Mediação não traz os requisitos que são necessários para poder tornar-se um mediador que posa atuar. Conforme o disposto no art. 9º da referida lei:

> Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se. (BRASIL, 2015).

No inerente a capacitação em mediação, temos que esta não se confunde com a necessidade de o mediador ser advogado ou ser graduado em outra área do saber. Nas palavras de Adolfo Braga Neto (2020 p.179), "o profissional que irá atuar nesta atividade deve buscar a capacitação que lhe propicie romper com a lógica binária do 'ganhar para não perder', do 'certo ou errado', do 'culpado ou inocente', ou mesmo das concessões mútuas. "

Na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios foi aprovado o Enunciado nº 47, que versa:

> A menção à capacitação do mediador extrajudicial, prevista no art. 9º da Lei n. 13.140/2015, indica que ele deve ter experiência, vocação, confiança dos envolvidos e aptidão para mediar, bem como conhecimento dos fundamentos da mediação, não bastando formação em outras áreas do saber que guardem relação com o mérito do conflito". (BRASIL, 2016).

Cabe frisar que é facultativo às partes a assistência de advogados ou defensores públicos ao longo da mediação extrajudicial. Porém, em uma das partes sendo assistida, e a outra não, a audiência deverá ser suspensa até que haja a nomeação de um advogado para a parte que ainda não era representada, conforme disposto no art. 10, parágrafo único, Lei 13.140/2015.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma análise sobre a mediação, concluímos que ela é uma das melhores soluções na efetivação da resolução de conflito, pois trata-se de que é atingida em conjunto, isto é, abrange a concretização parcial ou total dos interesses das partes da lide, e ela estimula o respeito necessário, aos indivíduos que são responsáveis pelas suas

opções. Ela evita, em sendo efetivada, que o conflito venha a agravar-se. E levando-se em conta o excesso e lides no judiciário brasileiro, esse instituto, vem a agilizar a justiça.

4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERG, Ernesto Artur. **Administração de conflitos**: abordagens práticas para o dia a dia. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. **Ato Nº 168/TST.GP, de 04 de abril de 2016**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/82592/2016_ato0168.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 jun 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil (CPC)**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 jun 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>, Acesso em: 03 jun 2022.

BRASIL. **I Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios**: Enunciados Aprovados. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016: Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em 03 jun 2022.

BRASIL. **Lei da Mediação. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm.> Acesso em 03 jun 2022.

BRASIL. **Lei da Mediação. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 03 jun 2022.

BRASIL. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156.> Acesso em: 03 jun 2022.

BRASIL. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289#:~:text=e%20a%20comunidade.-,Art.,a%20celeridade%20e%20a%20urbanidade.> Acesso em 03 jun 2022.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo – SP. Saraiva. 2018.

BRAGA NETO, Adolfo. "**Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas**". In: DE SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; DA SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord). Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem – Curso de Métodos Adequados e Solução de Controvérsias. Rio de Janeiro – RJ. Forense, 2020.

SERPA, Maria Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro – RJ. Ed. Lumen Juris, 1999.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis.** 4º ed. São Paulo – SP. Forense, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 7º ed. São Paulo – SP. Ed. Forense Ltda, 2020.

ZAFFARI, Eduardo Kucker, SHOLZE, Martha Luciana. **Solução de conflitos Jurídicos.** Porto Alegre – RS. Ed. SAGHA, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* EM FAVOR DOS ANIMAIS: UMA ANÁLISE DA TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Henrique Balduvino Saft Dutra[1]
Maíra Fronza[2]

Resumo: Ainda que antagônicos, o dualismo entre os interesses humanos e os interesses naturais provocou uma mudança de postura não somente no direito, como também no campo da ética, da filosofia e da literatura. Nessa seara, pretendeu-se, em especial nos últimos cem anos, transformar a mentalidade humana em relação às suas atitudes e comportamentos que, historicamente, consubstanciam o preconceito para com as demais espécies. Passou-se a debater a possibilidade de utilização de institutos processuais, entre os quais está o *habeas corpus*, com a finalidade de tutelar os animais no direito brasileiro. Este artigo possui como finalidade discorrer acerca da possibilidade de impetração de *habeas corpus* em benefício de animais. O artigo embasou-se em bibliografias e documentos afins à temática. Observou-se a relutância para afirmar garantias e interesses aos animais, diante do antropocentrismo que permeia no meio acadêmico e a incompatibilidade existente entre as normas internas. Dessa maneira, é preciso superar paradigmas que obstam a prestação da necessária tutela jurídica-processual aos animais e analisar sistematicamente o direito com o fim de reconhecer a idoneidade dos diversos instrumentos processuais na tutela ambiental.

Palavras-chave: Animais. Habeas corpus. Humanos.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os seres humanos e os animais revelam-se protagonistas de um relacionamento paradoxal desde os primórdios da humanidade. Embora a contemporaneidade tenha reduzido as fronteiras que afastam humanos e animais e conduzido estes a um processo de domesticação, as necessidades e conveniências humanas sempre definiram o destino dos animais. É por esse motivo que o reconhecimento de interesses intrínsecos aos animais é, geralmente, causa de debates férvidos.

Os humanos e os animais sempre compartilharam e ocuparam os mesmos ambientes, relação de proximidade que, inclusive, é representada nas pinturas rupestres, que remontam aos tempos do homem das cavernas. Os seres humanos implementaram em sua cultura a ideia de criar animais com a finalidade de auxiliar na produção de alimentos, nos cuidados do solo, na troca de mercadorias e nos afazeres domésticos de modo geral.

---

[1] Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professora do Curso de Direito da Setrem.

Outrora, os cães possuíam utilidade somente como guardas da propriedade, enquanto que os gatos serviam para caçar roedores. Os bovinos, os burros e os cavalos eram utilizados exclusivamente no transporte de pessoas e cargas. Hoje, porém, animais tornaram-se membros das famílias em muitos locais, a despeito da relação de verticalidade que ainda se mantém.

Percebendo-se o ser humano como um ser em incessante relação com os outros seres que coabitam na natureza, reconheceu este a necessidade de regulamentar as mencionadas relações. Coube ao direito, na qualidade de ciência social e que busca valorar os fatos socialmente relevantes, regulamentá-las, ao disciplinar a tutela do meio ambiente e da natureza de modo geral. A despeito da novidade apresentada pela redação constitucional, que, pela primeira vez, desenvolveu a noção de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, muitas vezes ainda existe um abismo entre a existência do direito e a sua materialização.

2 DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito no Brasil, assentado, entre outras coisas mais, em um sistema de direitos fundamentais, aí compreendidos os direitos individuais, coletivos, sociais e culturais. À vista disso, positivou-se o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no sentido de sensibilizar as presentes e futuras gerações no que toca aos problemas ecológico-ambientais emergentes.

Nos termos do artigo 225 da Constituição Federal, cabendo transcrever o seu teor.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> [...]
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas.
> [...]
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, discorre a obra de Domingos Benedetti Rodrigues (2019, p. 73) que “o Estado deve produzir e efetivar a norma de direito ambiental voltada a todas as formas de vida, a fim de manter o equilíbrio e, ao mesmo tempo, garantir o direito ao ambiente saudável como um direito fundamental”.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também compreende o direito de acesso aos instrumentos jurídicos que visam tutelá-lo processual e extraprocessualmente. Em vista disso, a proteção ao meio ambiente, enquanto direito difuso, é uma das principais funções institucionais atribuídas ao Ministério Público, que pode valer-se do inquérito civil e da ação civil pública para a sua consecução.

Nessa esteira, Agra et al. (2009, p. 2350) explanam que:

> A atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente foi reconhecida como um importante valor constitucional, sendo o inquérito civil, o procedimento de investigação deste órgão para identificar a prática de lesões ao meio ambiente, ensejando importantes soluções extrajudiciais como o compromisso de ajustamento de conduta e a recomendação legal.

Por outro lado, a máxima que prima no direito civil é de que a lei consiste em uma criação dos seres humanos para os próprios seres humanos, sendo clara a finalidade do legislador de conferir a categoria de sujeito de direito só ao humano. Por implantar a sociedade, em seu ordenamento jurídico, uma ideia de superioridade humana, limitou a ideia de personalidade jurídica aos humanos, deixando os animais em segundo plano.

Nas palavras de Gagliano et al. (2019, p. 71), "personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo para ser sujeito de direito. [...]. Essa disposição permite a ilação de que a personalidade é atributo de toda e qualquer pessoa."

Por seu turno, Sílvio de Salvo Venosa afirma enfaticamente que "os animais e as coisas podem ser objeto de direito, mas nunca serão sujeitos de direito." (VENOSA, 2011, p. 125).

Com efeito, a leitura que faz o Código Civil Brasileiro em relação aos animais é destes como coisas, ou seja, de algo que existe objetivamente, apresenta valor puramente econômico e suscetível ao instituto da propriedade. Nesse sentido, aduz Flávio Tartuce (2021, p. 18) que "como coisas, pode-se entender tudo aquilo que não é humano. [...]. Pode-se, ainda, entender que o termo significa bens corpóreos ou tangíveis. "

Seguindo a mesma esteira, o Código Civil Brasileiro insere os animais no conceito de bens móveis, forte no artigo 82, sendo seu teor no sentido de que "são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social." (BRASIL, 2002).

Por derradeiro, ainda que o ordenamento jurídico nacional paute-se no antropocentrismo, a existência de propostas legislativas segundo as quais os animais

detenteriam direitos evidencia a evolução cronológica da interpretação que se dá ao tema. A partir disso, passou-se a debater também a possibilidade de utilização de institutos processuais, entre os quais está o *habeas corpus*, com a finalidade de tutelar os animais no direito brasileiro. As divergências que permeiam no meio doutrinário estimulam os estudiosos da área do direito a indagar-se em relação à idoneidade do instrumento processual para os animais, especialmente para aqueles que sofrem maus-tratos.

Doutrinariamente, o *habeas corpus* é interpretado como sendo um remédio constitucional no sentido de resguardar a liberdade (física) de alguém. Nos termos do artigo 5º da Constituição Federal,

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LXVIII - conceder-se-á *"habeas-corpus"* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. (BRASIL, 1988).

Ainda, assinala o artigo 647 do Código de Processo Penal que "dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar." (BRASIL, 1941).

Geralmente usado em proveito daquele que está preso ou na iminência de sê-lo, *habeas corpus* origina-se do latim e quer dizer "que tenhas o teu corpo", apresentando como pressuposto a locomoção. Nessa esteira, Aury Lopes Júnior (2021, p. 1209), ao tecer comentários acerca do *writ* constitucional, afirma que:

> O *habeas corpus* brasileiro é uma ação de natureza mandamental com status constitucional, que cumpre com plena eficácia sua função de proteção da liberdade de locomoção dos cidadãos frente aos atos abusivos do Estado, [...] inclusive contra atos jurisdicionais e coisa julgada. A efetiva defesa dos direitos individuais é um dos pilares para a existência do Estado de Direito, e para isso é imprescindível que existam instrumentos processuais de fácil acesso, realmente céleres e eficazes.

O *habeas corpus* apresenta duas espécies, o *habeas corpus* preventivo e o *habeas corpus* liberatório ou repressivo. O primeiro é aplicado quando há o elemento "ameaça", ou seja, quando a limitação à liberdade ainda não se consumou. Já no segundo, o elemento "violência ou coação" à liberdade já se consumou. Nesse sentido, esclarece Aury Lopes

Júnior (2021, p. 1212) que “quando se destina a atacar um constrangimento ilegal já praticado, denomina-se *habeas corpus* liberatório. [...] Mas o *writ* também pode ser empregado para evitar violência ou coação ilegal em uma situação de iminência ou ameaça.”

Ao dedicar-se ao estudo do cabimento do *habeas corpus* em defesa dos animais, faz-se necessário analisar o conceito de ação, as suas condições, bem como os pressupostos processuais atinentes.

No que diz respeito à ação, Cássio Scarpinella Bueno (2022, p. 74) elucida que “merece ser entendida como o direito (subjetivo público ou, mais recentemente, fundamental) de romper a inércia jurisdicional e atuar ao longo do processo em busca da tutela jurisdicional.”

Em vista disso, percebe-se que, para existir o direito de ação, é necessária a titularidade de um direito material (por exemplo, direito à vida, à saúde e à integridade física). Não se pode negar, pois, a qualquer ser que é titular de direitos a possibilidade de ampará-los em juízo. Afinal de contas, o legislador constituinte elegeu o direito de ação como garantia de que “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

Em relação aos elementos da ação, também denominados de dados de identidade de uma ação, resumem-se às partes, à causa de pedir e ao pedido. As partes consistem nas pessoas que integram a relação processual, sendo que a possibilidade de ser parte fica restrita àqueles que apresentam a “capacidade de ter direitos e obrigações na ordem civil. [...] Só aquele que, por força da lei civil, pode contrair obrigações [...], isto é, ser sujeito de direitos, pode ser considerado titular de uma relação jurídica a ser levada ao Estado-juiz.” (BUENO, 2021, p. 90).

A fim de que o processo tenha um desenvolvimento regular, é necessário o preenchimento de pressupostos processuais (divididos em pressupostos de existência, pressupostos de validade e pressupostos negativos). Cumpre acentuar que os pressupostos processuais consistem em requisitos para a existência e a análise em juízo da relação jurídico-processual, sendo que “a ausência de algum componente [...] inibe que o magistrado reconheça a quem a tutela jurisdicional deve ser prestada, isto é, que profira sentença de mérito.” (BUENO, 2022, p. 45).

Ao discorrer-se acerca da possibilidade de animais valerem-se de institutos processuais, persiste o debate em relação a dois pressupostos processuais específicos, a

capacidade de ser parte e a capacidade processual, que, junto à capacidade postulatória, constituem pressupostos subjetivos (dizem respeito aos sujeitos da relação processual).

A capacidade de ser parte advém da necessidade de "prévia existência de alguém capaz de pedir o provimento jurisdicional. [...] A capacidade de ser parte nada mais é do que a personalidade judiciária, ou seja, a aptidão conferida por lei para adquirir direitos e contrair obrigações." (DONIZETTI, 2021, p. 183).

Em vista disso, às pessoas (naturais e jurídicas) é conferida a capacidade de ser parte, embora a doutrina tenha estendido a ideia de capacidade de ser parte a alguns entes despersonalizados, como o espólio. É sabido que, no estéril literalismo da lei, esses entes não constituem pessoas, mas, baseado em uma ficção legal, foi-lhes concedida a capacidade de ser parte no processo.

Entretanto, Elpídio Donizetti (2021, p. 183) sustenta que "não se concebe processo movido por Santo Antônio, por um animal, ou por um defunto (com o falecimento, o indivíduo perde a aptidão para ser titular de direitos e seus bens transmitem-se, de imediato, aos seus herdeiros)."

Em que pese a capacidade de ser parte (do processo civil) confundir-se com a capacidade de direito (do direito material civil), Cássio Scarpinella Bueno (2022, p. 90) adverte que "isso não significa dizer, no entanto, que o exercício desses direitos, no plano processual, não precise, por vezes, ser integrado ou complementado por um outro agente, do mesmo modo que ocorre no plano material."

À vista disso, a doutrina processualista, de modo geral, filia-se ao entendimento de que os animais não podem ser parte em uma ação (em outras palavras, pleitear em nome próprio), uma vez destituídos da capacidade para titularizar direitos. Isso, porém, não impossibilita os animais de serem assistidos em juízo por entes personalizados, a exemplo do Ministério Público (que, como discorrido anteriormente, traz entre os seus deveres institucionais a proteção ao meio ambiente), associações e seus próprios tutores, a depender da ação intentada.

A capacidade processual consiste, precisamente, na "possibilidade de a parte atuar em juízo sem assistência ou representação, o que é próprio das pessoas capazes." (MONTENEGRO FILHO, 2019, p. 145).

Embora possam ser parte no processo e apresentem capacidade para tanto (capacidade que é extensiva a todas as pessoas), alguns entes não apresentam capacidade processual, ou seja, de praticar os atos processuais por si. À vista disso, necessitam estar representados ou assistidos para sustentar seus interesses em juízo, sendo que "como

exemplo dessa representação tem-se o atuar da associação, de que cuida o art. 5º, XXI, da CF/88, em benefício de seus associados. Aqui tem-se igualmente a dissociação entre aquele que atua no processo e o titular do direito de ação." (ALVIM; FERREIRA; GRANADO, 2019, p. 246).

Cuida-se de analisar o instituto da legitimidade extraordinária, também chamado de substituição processual, uma vez que, "na legitimidade extraordinária, aquele que figura como parte postula ou defende direito alheio. É o que ocorre, por exemplo, se a lei autorizar X a ajuizar uma demanda, em nome próprio, mas na defesa de interesses de Y." (GONÇALVES, 2020, p. 163).

É o caso do Ministério Público, que conta com legitimidade extraordinária para pleitear direitos e interesses difusos em juízo e em nome próprio, os quais dizem respeito, inclusive, ao meio ambiente e aos animais.

É de se perceber que todos aqueles que apresentam capacidade processual também apresentam capacidade de ser parte; e que a segunda (capacidade) é condição para a existência da primeira (capacidade). Claro está, portanto, que a ausência da capacidade de ser parte nos animais, sustentada pela doutrina processualista, conduz à ausência reflexiva da capacidade processual.

De outra banda, uma parcela minoritária da doutrina defende a capacidade de ser parte dos animais, partindo da ideia de que o dever de não maltratar, ferir ou mutilar animais torna-os titulares de um direito (de não serem vítimas de maus-tratos e práticas cruéis). Afinal, é, no mínimo, contraditório conferir aos seres humanos um dever e negar aos animais o direito a ele correlato.

Heron José de Santana Gordilho (2008), mais uma vez, partindo da classificação que se faz das pessoas (naturais e jurídicas), adota o entendimento de que os animais devem ser equiparados às pessoas jurídicas (que, embora associadas às necessidades e conveniências das pessoas naturais, apresentam personalidade jurídica) para que possam pleitear em juízo em nome próprio.

À vista do até aqui exposto, é escancarada a incompatibilidade entre a redação das normas civilistas (que legitimam um processo de "coisificação" dos animais) com as demais normas constitucionais e infraconstitucionais no tocante ao tratamento jurídico dos animais, o que influi negativamente na aplicação das normas processuais a seu favor.

Superado o debate em relação à processualística ambiental, faz-se mister analisar sistematicamente os principais argumentos aduzidos pela doutrina para sustentar a possibilidade do *habeas corpus* em favor dos animais. É sabido que, por consistir em ação

autônoma e que se coaduna com as demais ações que visam tutelar o meio ambiente, o *habeas corpus* também fica condicionado à existência das condições de ação e dos pressupostos processuais, a respeito do que viceja grande discussão.

Em face das divergências relativas à existência dos pressupostos processuais no *habeas corpus* e que autorizariam a sua impetração em favor dos animais, juristas e doutrinadores recorrem a discursos pranteados, reafirmando a sua compatibilidade genética com os seres humanos. E, com base nessa compatibilidade genética, assim como na capacidade de raciocínio e comunicação intrínsecas aos animais, entendem aplicável aos animais o artigo 5º da Constituição Federal.

Da leitura da norma constitucional, subentende-se que o *habeas corpus* é direito extensivo a todo aquele que, de fato, possa sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção e que dela necessite, isto é, a todos os seres sencientes, conceito que alcança os animais. Afinal de contas, a capacidade dos animais de sentir dor é característica que basta para atribuir-lhes senciência.

Nessa senda, Karolenski et al. sugere que "caso o legislador tivesse a intenção de restringir o direito dos legitimados para ingressar com o *habeas corpus* seria inserido a palavra pessoa humana e não o termo alguém. "

Com o fim de facilitar o entendimento da norma constitucional, cabe apresentar o conceito da expressão "alguém". Segundo o Dicionário Online de Português (2022), é "pessoa sobre a qual nada se sabe, cuja identidade não pode ser determinada, que não se consegue definir. [...] Pessoa merecedora de respeito, estima e/ou consideração. [...]. Um indivíduo, um sujeito, uma pessoa."

Nesse sentido, a impetração de *habeas corpus* depende da interpretação em sentido amplo da expressão "alguém", sendo conceito que não deve contemplar apenas os seres humanos (GORDILHO, 2008).

De outra banda, não podem passar desapercebidos os pressupostos constitucionais do *habeas corpus* e que esteiam a sua impetração, consistentes no (I) exercício do direito à liberdade de locomoção, na (II) ameaça ou efetiva violência ao direito em questão e na (III) ilegalidade ou abuso de poder.

Em relação ao direito à liberdade de locomoção, "uma das principais funções [...] é limitar o poder de polícia do Estado, a fim de evitar prisões arbitrárias. [...]. No início do século XIX, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu aquilo que ficou chamado de doutrina brasileira do *habeas corpus*." (MARMELSTEIN, 2019, p. 110).

Faz-se mister esclarecer que, por meio da doutrina brasileira do *habeas corpus*, entende-se que é o instrumento processual aplicável não apenas para proteger o direito à liberdade de locomoção, mas qualquer espécie de direito individual infringido.

O constrangimento ao direito deve decorrer, necessariamente, de ilegalidade ou abuso de poder. Em outras palavras, deve existir suporte legal que coíba o dano perpetrado no direito à liberdade de locomoção. Se destinado o *habeas corpus* a impedir a prática de maus tratos a animais, a lei de crimes ambientais é o suporte legal apropriado.

Mas, afinal de contas, quem é o paciente do *habeas corpus*? Como mencionado anteriormente, o paciente, pessoa em proveito da qual é impetrado o *habeas corpus*, pode ou não se confundir com seu impetrante.

Nessa esteira, Ana Luiza Farias Dos Martins Coelho (2016, p. 78) argumenta que "o paciente é a vítima do ato impugnado, aquele que tem seu direito de liberdade de locomoção prejudicado, e nesta situação pode ser enquadrado qualquer um: capaz ou incapaz, necessariamente com um corpo, para que ocorra [...] a restrição."

O conceito avocado refere-se apenas ao paciente, e não ao impetrante (que, como citado anteriormente, deve apresentar a capacidade de ser parte). A doutrina considera que os entes não corpóreos (a exemplo dos entes públicos, empresas, massa falida e condomínio), embora titulares de personalidade jurídica, não podem ser pacientes do *habeas corpus*, já que este traduz, justamente, a ideia de "ter o corpo". Os animais, de fato, na dicção do Código Civil Brasileiro, constituem "coisas" corpóreas e suscetíveis de movimento próprio.

Ainda, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015, p. 59) enuncia que "para Kelsen, o direito subjetivo é a expressão do dever jurídico, ou seja, o reflexo daquilo que é devido por alguém em razão da norma jurídica", sendo a relação jurídico-processual uma relação que se estabelece entre normas (uma que contém um dever e outra que dá o direito de reclamar o cumprimento desse dever).

É sabido que existe o dever (contido em norma jurídica) de não maltratar os animais. Assim, impossibilitá-los de reclamar em juízo (direito correlato) o descumprimento da norma significa extrair a sua imperatividade (que é característica das normas jurídicas).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa sorte, percorreu-se no desenvolvimento do presente artigo as mais diversas formas de tratamento jurídico dadas à natureza e aos animais, sendo notória a evolução

legislativa acerca da matéria. Entretanto, é escancarada a incompatibilidade entre a redação das normas civilistas (que legitimam um processo de "coisificação" dos animais) com as demais normas constitucionais e infraconstitucionais no tocante aos animais, o que influi negativamente na aplicação das normas processuais a seu favor.

Em análise da possibilidade do processo de *habeas corpus* em favor dos animais, observou-se a necessidade de observância do crivo processualista das condições da ação e dos pressupostos processuais. Embora carentes da capacidade de ser parte e, consequentemente, da capacidade processual, os animais podem ser assistidos em juízo por entes como o Ministério Público, uma vez que o paciente do *habeas corpus* pode não se confundir com seu impetrante. Afinal de contas, nos termos da norma constitucional, o Poder Judiciário é instado a apreciar qualquer ameaça ou lesão a direito, não havendo fundamento assaz ao afastamento da tutela dos animais no direito brasileiro.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ALGUÉM. In: DICIO, Dicionário Online de Português, Disponível em: < https://www.dicio.com.br/alguem/>. Acesso em: 07 abr. 2022.

ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; Daniel Willian, GRANADO. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

COELHO, Ana Luiza Farias Dos Martins. **A tutela jurídica dos animais não humanos no direito brasileiro**: uma análise do habeas corpus da chimpanzé Suíça X zoológico de salvador. Orientador: William Paiva Marques Júnior. 2016. 95 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. Disponível em: <

https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25087/1/2016_tcc_alfmcoelho.pdf> Acesso em: 15 abr. 2022.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito**: Teoria Geral do Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Darwin e a evolução jurídica: habeas corpus para chimpanzés**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

KAROLENSKI, Natália Regina; RUAS, Eduardo Augusto; RUAS, Lígia Lopes Bortolucci. **Habeas corpus para animais não humanos** Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.1, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

RODRIGUES, Domingos Benedetti. **Estado de Direito do Ambiente, Educação Ambiental e o Desenvolvimento do Meio Rural**. 1. ed. Cruz Alta: Editora Ilustração, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Coisas. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS

Millena Schmidt[1]
Marcele Scapin Rogerio[2]

Resumo: O presente artigo aborda uma breve explanação da arbitragem em contexto internacional e seu aspecto histórico, levando em consideração a evolução do ordenamento jurídico até a promulgação da Lei da Arbitragem nº 9.307/96, visto que, com o aumento da globalização e as relações comerciais internacionais, consequentemente, houve um aumento de controvérsias, razão pela qual foi necessário adotar meios que pudessem viabilizar uma solução mais rápida, econômica, sigilosa e assertiva aos conflitos de interesses. A pesquisa tem o objetivo de enfatizar a importância da utilização da arbitragem como um meio consensual de resolução de conflitos internacionais que garanta a autonomia de vontade das partes. A pesquisa se sustenta no método bibliográfico, com a utilização de leis e doutrinas.

Palavras-chave: Conflitos Internacionais. Autocomposição. Arbitragem.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o crescimento da globalização e o aumento das relações privadas de comércio internacional, é inevitável que haja controvérsias advindas dessas relações, o que, consequentemente, expressa a necessidade de se aderir a meios que sejam capazes de viabilizar a garantia do direito ao acesso à justiça de forma mais célere, efetiva, econômica e sigilosa, tendo em vista a delonga enfrentada com a superlotação dos processos judiciais.

A arbitragem é um meio consensual de resolução de conflitos que ganhou destaque em âmbito internacional em decorrência das vantagens que oferece às partes da relação processual, tais como a autonomia de vontade das partes, a liberdade de escolha de um ou mais árbitros de confiança de ambas as partes para proferir uma decisão, o sigilo quanto à matéria a ser debatida e, ainda, por ser uma resolução mais célere e econômica em comparação à via judicial.

Ressalta-se que os meios de autocomposição de conflitos representam uma grande evolução para o ordenamento jurídico brasileiro, visto que o Poder Judiciário, que já se encontra em estado de superlotação com processos internos do país, exercendo sua função de forma ineficaz por não conseguir cumprir com o Princípio da Razoável Duração do Processo e garantir de maneira eficiente o direito ao acesso à justiça, não

---

[1] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professora do Curso de Direito da Setrem.

constitui a estrutura necessária para conseguir acompanhar de forma efetiva os processos internacionais.

Identifica-se o quão importante é estimular e priorizar esses meios autocompositivos, como a arbitragem, para facilitar a resolução de conflitos de interesses no âmbito internacional e desburocratizar processos, em virtude de que se torna difícil e inacessível o estabelecimento de um tribunal que tenha legitimidade para julgar um rol diversificado de conflitos entre países.

Desta forma, a presente pesquisa apresenta um breve apanhado histórico do surgimento da prática da arbitragem para a resolução de conflitos, o procedimento até a aprovação da Lei da Arbitragem nº 9.307/96, assim como a importância e relevância do meio para o Direito Internacional Privado, sustentando-se no método de pesquisa bibliográfica, com a utilização de leis e doutrinas.

2 BREVE APANHADO HISTÓRICO DA ARBITRAGEM E SUA APLICABILIDADE NA ESFERA INTERNACIONAL PRIVADA

A morosidade da justiça brasileira decorre do alto número de processos, efeito do direito ao acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e, não menos importante, de vários direitos consolidados na Constituição da República de 1988. Esse cenário demonstra a incapacidade da justiça em viabilizar um julgamento que respeite o Princípio da Razoável Duração do Processo e, consequentemente, um trabalho de qualidade.

Nesse sentido, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2010), dispõe sobre o tratamento adequado dos conflitos de interesse por meio da aplicação de meios consensuais. Segundo Fabiano Oldoni, Márcia Sarubbi Lippmann e Maria Fernanda Gugelmin Girardi (2017), a Resolução expõe a ideia de que cabe ao Poder Judiciário estabelecer a Política Pública mais adequada ao tratamento dos conflitos, sejam por meios heterocompositivos, sejam autocompositivos.

Os meios heterocompositivos são utilizados quando envolve a decisão de uma terceira pessoa imparcial, ou seja, o juiz. Enquanto que nos meios autocompositivos as partes da relação processual detêm o poder de decisão, ou seja, "[...] a autocomposição é regida pela vontade das pessoas - que são livres para preencher o conteúdo da norma como bem entenderem, não necessariamente por aplicação direta das previsões legais" (TARTUCE, 2021, p.17).

A Resolução nº 125 do CNJ (2010), prevê tacitamente como meio autocompositivo a conciliação, mediação e arbitragem; sendo assim, "a autocomposição pode ser direta, como na negociação, ou indireta, também chamada autocomposição assistida, como na conciliação, mediação ou na arbitragem" (PÉRES, 2018, p. 47). Por meio da interpretação da norma, é possível enquadrar outros meios de autocomposição, desde que assegurem uma resolução pacífica e harmônica entre as partes.

Conforme entendimentos dos autores,

> Os objetivos da Resolução nº 125 do CNJ são: i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º). (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2017, p. 44).

Diante disso, percebe-se uma evolução na cultura do Judiciário, o qual passa a incentivar e estimular meios mais eficazes de promoção de uma justiça mais humanizada. Essa Resolução expõe uma transformação, "não apenas de forma mais ágil e como solucionador de conflitos, mas principalmente como um centro de soluções efetivas do ponto de vista do jurisdicionado" (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2017, p. 44).

Destarte, o CPC/2015 adotou um modelo "multiportas", buscando não somente a possibilidade de meios de solução pacífica dos conflitos por meio da conciliação, mediação ou arbitragem, mas, também, utilizando-se a possibilidade de, por comum acordo entre as partes, promover a flexibilização de prazos, por exemplo, o que chamamos de negociação processual (JÚNIOR, *et al.*, 2016). E isso, embora não vise solucionar o conflito, regulamenta o método de solução, isto é, o exercício da jurisdição.

A arbitragem consiste em um método de solução de conflitos que conserva a autonomia de vontade das partes, por meio da qual as partes da relação processual definem uma terceira pessoa imparcial sem que haja a intervenção do Poder Judiciário, os chamados árbitros. (GUILHERME, 2020).

Sendo assim, o autor define a arbitragem como,

> (...) sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhece pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, e conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro,

> a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida. (JUNIOR, 2014, p. 47).

Importa ressaltar que a civilização babilônica já fazia o uso de práticas que se relacionavam com a arbitragem para resolver os conflitos entre as pessoas, sendo assim, "já naquele momento quando ocorria um litígio entre as pessoas, as formas de solução passavam pelo meio privado. Entretanto, a marca indelegável era que a resolução se dava por meio da autotutela, mais bem dizendo, a justiça pelas próprias mãos". (GUILHERME, 2020, p. 57).

No Brasil, foi com a promulgação da Constituição de 1824 que se identificaram práticas semelhantes à atual arbitragem, sendo que "em seu art. 160 dispunha que nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as mesmas partes" (GUILHERME, 2020, p. 57).

Houve muitos esforços para a criação de uma lei que regulamentasse a arbitragem no Brasil. Em 1980 foi a primeira tentativa, com a publicação do Primeiro Anteprojeto de Lei sobre a Arbitragem, porém, não teve êxito. Neste mesmo ano também foi criado o Ministério da Desburocratização que objetivava acelerar o acesso à justiça, medida na qual pressionou o legislativo a colocar a arbitragem em pauta na discussões (GUILHERME, 2020). Nos termos do autor:

> Ora, como reflexo disso se tinha que as partes litigantes buscavam fugir ao Judiciário em função de procurar uma visão mais segura e técnica acerca de determinado assunto, mas, a rigor, essas mesmas partes acabam eventualmente tendo que se submeter ao mesmo poder judicante padrão, esvaziando por completo o sentido do instituto da arbitragem. Não demorou para que diversos setores socioeconômicos bradassem de forma contrária a esse tipo de situação (GUILHERME, 2020, p. 57).

A Operação Arbiter, apoiada pelo Instituto Liberal de Pernambuco e representado pelo Senador Marco Maciel, foi uma comissão que sustentava a positivação da norma, visto que havia quem defendesse que a arbitragem não seria capaz de garantir segurança jurídica. Em 1991, houve novamente a entrega do Anteprojeto de Lei, pelo Desembargador Dr. José Carlos Barbosa Moreira e o professor Guido Soares, porém, restou inexitosa. Em meados de 1995, o Deputado Milton Mendes apresentou uma emenda ao projeto que, de certa forma, prejudicava a sua discussão, entretanto, grupos contrários à regulamentação da norma sustentaram as

afirmativas de que a mesma iria proporcionar insegurança jurídica (GUILHERME, 2020).

A arbitragem já era praticada no país antes mesmo que a lei fosse aprovada, ou seja, não constituía uma regulamentação específica e obedecia parâmetros peculiares. Como expõe Luiz Fernando Almeida Guilherme (2020, p. 57), "[...] o relato era de que a arbitragem era tolhida, sendo necessária que a decisão arbitral fosse homologada pelo Poder Judiciário, submetendo desta forma a decisão do árbitro à apreciação do próprio Judiciário".

E foi apenas em 1996 que o projeto de Lei da Arbitragem foi aprovado pelo Congresso Nacional, instaurando-se como Lei nº 9.307/96, sendo, em 2015, foi alterada pela Lei nº 13.129, que trouxe algumas inovações para aprimorar sua regulamentação (GUILHERME, 2020).

Como apresenta a linha do tempo:

> **1494** – Tratado de Tordesilhas – As terras descobertas na América forma objeto de disputa entre Portugal e Espanha, tendo como árbitro o Papa Alexandre VI. **1603** – Ordenações Filipinas – Primeiro ordenamento que tratou da arbitragem no Brasil. Cabia recurso das sentenças arbitrais. **1824** – Códigos Comercial e Regulamento 737 – Arbitragem obrigatória nos contratos de locação mercantil, matéria societária, liquidação de sociedade, casos de naufrágio, avarias e quebras. **1866** – Extinções do regulamento 737 – Revogação da arbitragem obrigatória. **1867** – Promulgações do Decreto 3.900 – Regula o juízo arbitral para as questões comerciais. **1891** – Constituição Republicana – Propõe o uso da arbitragem como meio eficaz para resolver e evitar guerras e conflitos fronteiriços. **1909 a 1911** – Celebração de vinte nove Convenções Internacionais. **1916** – Código Civil – Artigos 1037 a 1048. **1939** – Código de Processo Civil – Artigos 1031 a 1046. **1973** – Código de Processo Civil – Artigos 1072 a 1102. **1996/1997** – Celebração de Convenções Internacionais (Convenção do Panamá, Protocolo de Lãs Lenás e Convenção de Montevidéu). **1996** – Lei 9307/96 – Lei de Arbitragem. **1996** – Argüição de Inconstitucionalidade da Lei 9307/96. **2001** – Declaração de Constitucionalidade da Lei 9307/96. **2002** – Ratificação da Convenção de Nova Iorque de 1958. **2003** – Promulgação do Acordo do sobre Arbitragem no MERCOSUL. **2004** – EC 45/2004 – Alterou a competência para homologação de sentença estrangeira do STF para o STJ (SILVA, 2014, *online*).

No âmbito privado, a arbitragem passou a assumir um papel de extrema relevância e importância no que se refere ao Direito Comercial Internacional, visto que com a crescente globalização e as relações de comércio internacional, cresceu de forma significativa a necessidade de adotar meios jurídicos de resolução de conflitos que viabilizassem uma solução mais célere, econômica, sigilosa e técnica para os conflitos de interesses (GLITZ, 2002). Segundo Almir Garcia Fernandes e Florença Drummond

Borges (2017, p. 18), “[...] o Instituto da Arbitragem se mostrou mais que um meio alternativo; tornou-se uma constante no meio comercial, seja ele internacional ou próprio de cada país”.

Ao contrário do que discutiam antes da promulgação da norma, o surgimento da Lei da Arbitragem proporcionou mais segurança, celeridade e estabilidade às relações comerciais internacionais, em virtude de que a sentença arbitral, proferida pelo árbitro escolhido pelas partes, é equiparada a uma sentença judicial, desde que seja homologada judicialmente no Brasil pelo STJ, conforme estabelece a Emenda Constitucional nº 45/2004, sob pena de ineficácia da decisão (GUILHERME, 2020).

A homologação judicialmente no Brasil pelo STJ exigida pela Lei da Arbitragem é uma inovação ao ordenamento jurídico, pois anteriormente o laudo arbitral que fosse proferido no exterior deveria ser homologado por uma corte judiciária no local em que havia sido proferido e, somente depois disso, o laudo seguia para o STF, onde eram analisados os aspectos formais do laudo e da sentença estrangeira e não o mérito da decisão, ou seja, era exigida uma dupla homologação (GLITZ, 2002). Nesse sentido:

> O regime anterior à Lei de Arbitragem, disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1973,24 enfraquecia a afirmação de vontade das partes, ao estabelecer que a cláusula arbitral era apenas uma promessa de contrato. Com isso, após a eclosão de uma situação de conflito entre as partes, não obstante a existência da cláusula, elas deveriam celebrar o compromisso arbitral específico, esse sim apto a tornar obrigatória a submissão da disputa à arbitragem. Sob a lógica do regime de anterior vigência, “enquanto o compromisso já é o acordo de vontades e já instala o juízo arbitral, fixando-lhe o objeto e elegendo os árbitros, a cláusula compromissória é pacto preliminar, o pactum de contrahendo, que apenas obriga as partes a comprometer-se”. A enfraquecer ainda mais o instituto da arbitragem estava a necessidade de o então denominado “laudo arbitral” ser submetido à homologação judicial (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2021, p. 264).

Desta forma, com essa evolução incorporada ao ordenamento jurídico, atualmente basta que as sentenças proferidas pelos árbitros no exterior sejam submetidas à homologação do Superior Tribunal de Justiça para que passem a ser reconhecidas e executadas em território nacional, não sendo homologadas apenas em casos em que ferem a ordem pública nacional e se o objeto da lide não for passível de decisão por arbitragem no país (GLITZ, 2002).

Como expresso no art. 34, parágrafo único da Lei nº 9.307 (1996), “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”, a qual deve estar em conformidade com os tratados internacionais, como expõe o caput

do art. 34 da Lei nº 9.307 (1996), o diz que "a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei". Destarte, o requisito para a instauração do juízo arbitral no Brasil é a existência da cláusula arbitral, não sendo, portanto, necessária a existência de compromisso arbitral (GLITZ, 2002). Seguindo esse entendimento:

> Na disciplina da vigente Lei de Arbitragem, "a cláusula deixou de ser apenas um pré-contrato de compromisso, pois, nos termos do art. 5º, o juízo arbitral pode ser instituído (art. 19) sem a necessidade a celebração de um compromisso arbitral."27 Ainda mais, a agora denominada "sentença arbitral" passou a produzir os mesmos efeitos daquela judicial, constituindo título executivo judicial (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2021, p. 265).

Destaca-se que a arbitragem ganhou importância por representar a liberdade de ambas as partes na sua estruturação por meio de consenso através da livre manifestação das suas vontades. Em meio à globalização, um método como a arbitragem proporciona muitas vantagens para a resolução de litígios com países estrangeiros (MARX, 2018).

Além da promulgação da Lei da Arbitragem, o Brasil inseriu em seu ordenamento jurídico a Convenção de Nova Iorque, por meio do Decreto nº 4.311 de 2002, que versa sobre o reconhecimento e execução dos laudos arbitrais estrangeiros, conforme segue:

> Art. I. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução (BRASIL, 2002).

A arbitragem se constitui sob amparo de alguns princípios constitucionais, sendo eles, o Princípio do Contraditório, Princípio da Igualdade das Partes, Princípio da Imparcialidade do Árbitro e do seu Livre Convencimento. O que de fato difere o processo arbitral do judicial é a permissão e liberdade que neste caso as partes possuem para definir o árbitro e as regras do procedimento arbitral, algo que é inadmissível no processo judicial (ALVIM, 2008).

De acordo com Diego Araújo Campos (2012), o meio da arbitragem possui natureza contratual, todavia não pode dispor sobre direitos indisponíveis, baseando-se

no consentimento das partes, o qual denomina-se como compromisso e definido como ato jurídico internacional.

Destarte, pode-se dizer que a arbitragem é, portanto, uma via jurisdicional, mas não judiciária, enquadrando-se como um meio consensual de resolução de conflitos de interesse internacional, por meio do qual as partes possuem autonomia de vontade e a liberdade de escolher o árbitro que seja de confiança para ambas as partes (GLITZ, 2002).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios consensuais de resolução de conflitos vêm sendo priorizados e estimulados consequentemente em razão da superlotação do Poder Judiciário que, apesar de garantir a todos os cidadãos o direito ao acesso à justiça, não respeita a razoável duração do processo. Logo, acaba por não viabilizar uma resolução eficaz ao conflito em questão.

É possível observar a evolução do ordenamento jurídico brasileiro nos últimos 100 anos quanto à viabilização e priorização de meios consensuais de conflitos. No que se refere à arbitragem, o jurista e ministro do STJ, José Augusto Delgado, relata que a arbitragem surgiu com a Constituição do Império de 1924, por permitir que as partes definissem os juízes-árbitros para solucionar os conflitos cíveis tidos na época. Ao contrário, aconteceu com a Constituição de 1937, em virtude de a arbitragem não ser valorizada e utilizada. Entretanto, com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, tanto a arbitragem como os demais meios consensuais de solução de conflitos foram previstos em seu texto legal e passaram a ser estimulados e priorizados no tocante à ordem interna e internacional, em razão de proporcionar diversos benefícios, tanto para as partes da relação processual como para o Poder Judiciário como um todo (SARAIVA, 2017).

Desta forma, tendo em vista o atual contexto da globalização, a arbitragem ganha destaque na resolução de conflitos internacionais, em virtude de oferecer grandes vantagens, mas principalmente proporcionar celeridade, flexibilidade e sigilo. A oportunidade que as partes possuem de definir um ou mais árbitros para prolatar a decisão, garante a elas liberdade ao respeitar sua autonomia de vontade. Portanto, com a promulgação da Lei de Arbitragem nº 9.307/1996, com o Decreto nº 4.311/2002 e a Lei-modelo UNCITRAL/1985, compreende-se que esse meio possui sustentação jurídica para ser exercido quando se trata de relações internacionais, uma vez que a

sentença arbitral se iguala à sentença judicial, desde que esta seja homologada judicialmente no Brasil.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf>. Acesso em: 03 maio 2022.

CAMPOS, Diego Araújo. **Direito internacional, público privado e comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRETELLA JUNIOR, José. **Da arbitragem e seu conceito categorial**. Revista de informação legislativa, Brasília, a. 25, n. 98, p. 127-150. abr./ jun. 1988.

FERNANDES, Almir Garcia; BORGES, Florença Drummond. **A arbitragem internacional privada como método de resolução de disputas comerciais**. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur%C3%ADdica-UNIARAX%C3%81_21_n.20.01_2.pdf>. Acesso em: 21 maio 2022.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **A arbitragem internacional como sistema de solução privada de controvérsias**. 2002. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/83007896/GLITZAarbitrageminternacionalcomosistemadesoluoprivadadecontrovrsiasJusNavigandi-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1653394550&Signature=DPRabi-Y7XYthpups9GjV5AZJqjaSDOO7dLP82rxZ4iBL4pP7z-fDzOOv9wuJ2fPzlsZjVbQRuV7APlugpz~ylDc9PYjLUYST8u6YvTEwH6P1m4cG~uj6y4UMuiVzjYPg0h0OIioVcv2U5pDvrVpR40Z7tBk6c7zwiInFoC8~HSx-SOAfxRawC9tX1CC8mTO9P-h7~ezEs3MM5Pb9j9QBucYIaWM80x2CgHbGAouZ-dUC2nIse01pwbNSWMh4-pZ0vXSUEf7N-B6NWJwnDN-4tjsH-PSGtKmHHeM1AVZPaZ~WuFCA4S-48VATKfDXYNNvsLrC2rldRYSKjHUA7zLxg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em: 23 maio 2022.

GUILHERME, Luiz Fernando Almeida. **Manual de arbitragem e mediação**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *et al*. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARX, Gabriel. **Arbitragem internacional**: uma alternativa para resolução de conflitos em um mundo globalizado. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63869/arbitragem-internacional-uma-alternativa-para-resolucao-de-conflitos-em-um-mundo-globalizado>. Acesso em: 21 maio 2022.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico**: Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 1. ed. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2017.

PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira Péres. **Vamos Conciliar?**: Elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2018.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARAIVA, Rodrigo Pereira Costa. **A evolução histórica da arbitragem no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61466/a-evolucao-historica-da-arbitragem-no-brasil>. Acesso em: 01 jun. 2022.

SILVA, Watson Pacheco da. **A evolução histórica da arbitragem internacional e do Mercosul**. 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8403/A-evolucao-historica-da-arbitragem-internacional-e-do-Mercosul#:~:text=Com%20o%20surgimento%20dos%20Estados,a%20partir%20do%20s%C3%A9culo%20XVIII.>. Acesso em: 21 maio 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021.

AS TRANSFORMAÇÕES DA ADOÇÃO INTERNACIONAL PERANTE OS ÚLTIMOS 100 ANOS

Gabriela Rosário Alves Moreira[1]
Taynara Rakel de Menezes[2]
Marcele Scapin Rogerio[3]

Resumo: O presente estudo apresenta a evolução das leis referente à adoção internacional, bem como conceitos, requisitos conforme a legislação vigente, além de descrever a importância do contexto familiar, visando demonstrar o contexto histórico da adoção internacional perante os últimos 100 anos. A pesquisa tem como objetivo apresentar a importância do instituto da adoção de crianças e adolescentes perante aqueles que são domiciliados fora do Brasil, dando ênfase à garantia constitucional da convivência familiar. Visa também demonstrar como funciona o processo de tramitação e o entendimento das questões envolvidas. O trabalho tem como objetivo geral orientar e informar o cidadão da possibilidade de adotar uma criança no Brasil, mesmo morando em localidade estrangeira. A partir disso, encontra-se a possibilidade de dar a estes menores uma chance de viver em um contexto familiar e social. Por meio de uma pesquisa exploratória e bibliográfica, verifica-se que foram criadas diversas legislações e convenções entre países para regulamentar esta questão, facilitando a definição de qual legislação utilizar.

Palavras-chave: Adoção. Evolução. Internacional.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo se caracteriza pela possibilidade da adoção internacional, na qual se define quando um cidadão estrangeiro tem o desejo de adotar uma criança do Brasil. Apenas ocorre a possibilidade quando já esgotadas as tentativas de inserção desta criança em sua própria família, ou sendo ela órfã ou não se enquadrando nos quesitos estipulados pelos adotantes no Brasil, porém tendo como requisito o adotante ter sua residência em país que ratificou a Convenção de Haia, para assegurar maior segurança para esse menor.

---

[1] Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Direito da Setrem.
[3] Professor do Curso de Direito da Setrem.

A pesquisa justifica-se pelo motivo de qual é o direito constitucional destes menores, qual seja a convivência familiar, o que dispõe o Estatuto da Criança e Adolescente. Esses menores em fase de desenvolvimento necessitam de todo o suporte necessário que uma família pode trazer a eles, sendo este período aquele em que todos os seus sentimentos são aflorados, o que influencia ainda mais no seu progresso.

O trabalho tem como objetivo geral apresentar a importância do instituto da adoção de crianças e adolescentes perante aqueles que são domiciliados fora do Brasil, dando ênfase à garantia constitucional da convivência familiar por meio da evolução das legislações e convenções relacionadas a este tema. Tendo como objetivo específico demonstrar qual a legislação utilizada para estes casos e, de qual país, para cada questão.

Como problemática a ser estudada nesse contexto, a indagação que se faz é qual legislação e convenções entre os países em matéria de direito internacional privado será utilizada, bem como legislação de qual país será utilizada nesses casos? Para que a criança não seja prejudicada em razão da falta de regulamentação ou, ainda, para que não perca essa oportunidade de adoção por transtornos burocráticos.

O método utilizado para esta pesquisa foi o de abordagem qualitativa de caráter exploratório, que busca trazer maior conhecimento sobre o tema, por meio de pesquisa bibliográfica de livros, artigos, legislação e revistas, apresentando todos os dados obtidos.

A adoção ainda perpassa, atualmente, por uma série de preconceitos pela sociedade brasileira, pode-se dizer que pela etnia dos adotantes, ou pelo fato de não ser filho biológico, visto que ainda, nas concepções de família, antigamente, apenas se enquadrariam os filhos consanguíneos. Entretanto, com a evolução dos tempos, aos poucos, é desmistificado este pensamento, dando espaço a um novo olhar de família.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

Primeiramente, cabe destacar que não é possível ter uma linha do tempo concreta onde foram percebidas as primeiras adoções. Porém, a partir da doutrina, encontram-se os primeiros registros, no Código de Hamurabi dos anos de 1.700 antes de Cristo, na qual dispõe o título de “Adoção, ofensas aos pais, substituição de criança” (RIZZARDO, 2019).

Durante a dinastia babilônica, em seu sistema Jurídico Hindu, encontrou-se a literatura tradicional das regras de condutas, que hoje é chamado pela doutrina de "Código de Manu", em meados de 200 antes de Cristo e 200 depois de Cristo. Aborda em seu código distribuído em 12 livros, na lei IX, X: "aquele a quem a natureza não deu filhos, pode adotar um, para que as cerimônias fúnebres não se extingam". Ou seja, para eles apenas era concedido a adoção para que se desse continuidade à religião.

Após isso, se encontrou a adoção pela primeira vez no direito romano, na qual teve um maior destaque e desenvolvimento. Seu objetivo era continuar a religião e eternizar o nome da família, pois tinha-se como extrema desgraça a extinção da família (RIZZARDO, 2019).

Na idade média, a adoção não teve muito reconhecimento, pois entendia-se como uma afronta à igreja, posto que não era respeitada a família biológica, ou seja, a família que vinha do seio cristão. Aqueles que na época não tinham mais família biológica, quando viessem a falecer, deixavam seus bens para a igreja, entretanto com a adoção isto não vinha a ocorrer, conforme entendia os autores franceses. (WALD; FONSECA, 2013).

No instituto do Código Francês, em 1804, em seu Código de Napoleão, foi reconhecida a adoção aos maiores de idade, porém logo se teve uma mudança, dando espaço pela primeira vez ao interesse dos adotados, foi um grande marco pois até então não era reconhecido nenhum direito a estes. (RIZZARDO, 2019).

Ao passar dos tempos e com a evolução do pensamento, adoção vinha sendo reconhecida com um viés mais humanitário, proporcionando para esses menores um novo lar. Com o término da Segunda Guerra Mundial, em meados de 1940, muitas nações sofreram com os conflitos, sendo que muitos casais estavam incapacitados de procriarem, assim sendo admitido que pudessem adotar crianças. Aborda as autoras, acerca do surgimento da adoção internacional:

> A adoção internacional surgiu de forma geral no fim da Segunda Guerra Mundial, época em que a adoção de crianças e adolescentes passou a ser frequente, mediante o grande número de órfãos, sem condições de permanecerem com suas famílias. Por conseguinte, aqueles países que sofreram menos com os efeitos da guerra acolheram essas crianças vítimas dessa guerra. (REIS et. al., 2016, p. 3).

Entendeu-se que adotar era um ato humanitário, sendo a salvação desses menores, os tirando do contexto de miséria, de guerra. Neste período, muitas crianças e

adolescentes foram relacionadas com o tráfico de pessoas, pela falta de documentação e trâmite necessário.

O doutrinador Damásio de Jesus (2003) entende a importância de um controle mais rígido frente às adoções, pelo fato de que as violações dos direitos da criança têm uma relação direta com o tráfico, e quando este é consumado utiliza-se de direitos fundamentais das crianças, como neste caso, o direito de ter uma família.

Foi a partir do contexto de guerra que muitas crianças foram encaminhadas para casais norte-americanos e europeus. No ano de 1961, o Serviço Social Internacional ajudou na regularização de cerca de 6.000 casos de adoção encaminhados para os Estados Unidos e Europa. Nesse sentido:

> Acentua Dolinger que a Segunda Guerra Mundial pode ser considerada um dos primeiros marcos que estimulou a adoção internacional, na medida em que resultou em milhares de órfãos, muitos dos quais vieram a ser adotados por casais que viviam em países não afetados (ou menos afetados) pela Guerra. Ademais, o massivo ingresso da mulher no mercado de trabalho, o controle da natalidade, o uso de anticoncepcionais e a legalização do aborto em algumas legislações contribuíram para o decréscimo da natalidade em países industrializados, diminuindo também o número de crianças disponíveis para adoção e, consequentemente, estimulando a adoção de menores em outros países, normalmente mais pobres e sem controle de natalidade. O autor salienta que tal fenômeno ocorreu principalmente com a Coreia e o Vietnã, entre 1955 e 1975, e posteriormente com países da América Latina. Calcula-se que na década de 1980 houve cerca de 180.000 adoções internacionais de crianças oriundas de 68 países, adotadas por famílias de 20 países receptores (DEL'OLMO; JAEGER JUNIOR, 2017, p. 180).

Frente a este cenário, as Nações Unidas se ocuparam da problemática, e decidiram estabelecer princípios fundamentais da Adoção Internacional. Em 1960, ocorreu o primeiro Seminário Europeu, elaborando-se o primeiro documento oficial sobre o tema. Intitulado como princípios fundamentais sobre Adoção entre Países, que priorizava os interesses dos menores.

Aborda o jurista Valerio de Oliveira Mazzuoli que:

> O Brasil também é parte da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia em 29 de maio de 1993,em vigor entre nós desde 1º de julho de 1999, nos termos do seu art. 46, § 2º. Seus objetivos são (a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o Direito Internacional, (b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças, bem como (c) assegurar o reconhecimento nos Estados contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção (art. 1º) (MAZZUOLI, 2021, p. 384).

As mudanças na legislação ocorreram no final da década de 80, que vieram a atender os princípios da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças de 1959, reconhecendo as crianças e adolescentes sujeitos de direito na ONU, e com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/1990. (LONGO, 2015, p.162).

Em meados de 1962 ocorriam ainda conferências sobre as experiências relacionadas à Adoção Internacional, trazendo à tona preocupações e soluções acerca das adoções de menores negros e menores asiáticos por famílias europeias.

Segundo Rolf Madaleno (2018, p. 719), "a Lei n. 12.010/2009 trouxe para dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente as diretrizes da Convenção na adoção internacional, para solucionar a enorme confusão causada na tentativa de integração do Estatuto com as normas oriundas da Convenção de Haia". Foi reconhecido, então, que a adoção internacional se caracteriza pela residência do território, e não pela nacionalidade do adotante. Observa a doutrina que atualmente são diversas leis e estatutos que regem a adoção. Sobre isso, destaca:

> Observa-se hoje, na ordem jurídica brasileira, um pluralismo de fontes sobre a adoção: Lei n. 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – alterada pela Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009 – e tratados internacionais ratificados pelo Brasil.24 Os principais tratados internacionais são a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1990, a Conferência Interamericana de 1984 (CIDIP) e a Convenção de Haia de 1993. Acentua-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente continua a reger, como *lex specialis*, a adoção internacional no Brasil, por expressa menção do Código Civil de 2002. (DEL'OLMO; JAEGER JUNIOR, 2017, p. 183).

Frente a este cenário, a adoção internacional encontra-se evoluindo aos poucos, sempre com o intuito de preservar os direitos inerentes da criança e do adolescente, buscando o melhor cenário para estes menores.

2.2 REQUISITOS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

Primeiramente, cabe apresentar do que se trata a adoção, ela é "o processo pelo qual um ser humano, em tese menor e desassistido, encontra novo lar, nele se integrando jurídica e afetivamente. Entendemos a adoção como um instituto no qual o jurídico necessita harmonizar-se com o humano, gerando bem-estar no meio social" (DEL'OLMO; JAEGER JUNIOR, 2017, p. 177).

Já especificando melhor a adoção internacional, esta ocorre quando a adoção é aplicada entre pessoas residentes em diferentes países, permitindo que os menores abandonados encontrem um lar no estrangeiro, lar que lhe proporcione bem-estar e crescimento saudável e adequado para o desenvolvimento de ser humano, e que ocorra entre diferentes países e que sejam signatários da Convenção sobre a Adoção Internacional de Haia (DEL'OLMO; JAEGER JUNIOR, 2017).

Nesse sentido, o procedimento é regulado pela Convenção da Haia, de 1993, baseado na cooperação jurisdicional, devendo o pedido ser formulado pelo pretenso adotante, perante a autoridade competente para conhecer e processar o pedido no território de sua residência habitual, onde será determinada a realização de estudo psicossocial para delimitar as condições de vida do adotante, bem como sua predisposição para a adoção, em relação ao número de crianças, idade dos futuros filhos, sexo, etnia e eventual doença.

Após realizada a perícia, será lavrado relatório para análise de autoridade competente que decidirá se os adotantes estão habilitados ou não. Depois de homologado, será encaminhado, pela via diplomática, à autoridade indicada e havendo crianças nas condições do relatório, será a autoridade do país de acolhida competente informada para designar o período de estágio de convivência, sendo que finalizado esse estágio a autoridade judicial deverá sentenciar, constituindo ou não a nova relação (JUBILUT; MONACO, 2012).

Na OEA, Organização dos Estados Americanos, foi celebrada a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria Internacional Privado de Menores, ratificada pelo Brasil (aprovada pelo Decreto Legislativo nº 60/96 e promulgada pelo Decreto nº 2.429/97), na qual, em seu texto, estabelece a lei a ser aplicada. Sendo que a lei da residência habitual do menor irá regular questões relativas à capacidade, consentimento e demais requisitos e formalidade da adoção, e a lei do domicílio do adotante regerá, em geral, a capacidade do adotante e demais requisitos intrínsecos a ele. Sendo a competência para outorgar a adoção das autoridades do Estado da residência habitual do adotado (DEL'OLMO; JAEGER JUNIOR, 2017).

Já a Declaração das Nações Unidas estabelece mais regras gerais de proteção à criança, conforme nos apresenta os autores Del’Olmo e Jaeger Junior:

> A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989 – ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, tornando-se exigível por meio do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 –, apesar de não tratar especificamente sobre o assunto, constitui-se em documento basilar sobre a proteção e os direitos das crianças e adolescentes.

> Estabelece que a adoção sempre deverá coincidir com o interesse maior da criança, devendo ser considerada a adoção internacional apenas quando não for possível encontrar um lar para a criança no seu país de origem, e não devendo significar benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem. Já a Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Legais Relativos ao Bem-Estar das Crianças, de 1986, dedica sete artigos para a adoção internacional, estabelecendo alguns princípios, como a necessidade de estabelecer políticas e supervisão eficaz para a proteção das crianças adotadas em outros países e a garantia de que a criança poderá migrar para se juntar aos pais adotivos, podendo obter a nacionalidade deles (DEL'OLMO; JAEGER JUNIOR, 2017, p. 181).

Além dessas Convenções Internacionais, bem como no Código Civil, a adoção de menores que possuem domicílio no Brasil está legislada no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), e conforme seu art. 43 e 31 deve apresentar as maiores vantagens ao adotando, priorizando, assim, que o menor seja adotado por uma família brasileira, sendo última opção uma família internacional. Dependendo, ainda, do consentimento dos pais ou representantes legais do adotando, dispensado no caso de não serem conhecidos os pais ou estes tiverem perdido o poder familiar, conforme art. 45, e caso o adotando tiver mais de 12 anos também deverá ser ouvido (BRASIL, 1990).

Conforme o art. 42, do ECA, o adotante deve ser maior de 18 anos, tendo que ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotando, conforme art. 42, § 3º, não sendo permitido adotar os ascendentes e os irmãos do adotando conforme art. 42, § 1º. No caso de adoção conjunta, devem ser casados civilmente ou manter união estável os adotantes, como disposto no art. 42, § 2º, e os divorciados podem adotar conjuntamente se o estágio tenha iniciado no período da convivência, acordando o regime de visitas e guarda, como disposto no art. 42, § 4º. Constituindo-se o vínculo por meio de sentença judicial que deverá ser inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão, conforme art. 47 (BRASIL, 1990).

Conforme disposto do art. 46, § 3º, do ECA, "em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária." Sendo que os artigos 51 e 52 do ECA apresentam quais os artigos que regulamentam a adoção internacional, bem como apresenta as adaptações, além de falar os requisitos dos órgãos credenciados (BRASIL, 1990).

O ECA também regulamenta as adoções em que o Brasil for o país de acolhida, no art. 52 - C, e dispõe que a decisão de autoridade do país de origem da criança ou

adolescente será conhecida pela Autoridade Central Estadual que processou o pedido de habilitação dos pais adotivos, comunicando a Autoridade Central Federal e determinando as providências necessárias para expedição do Certificado de Naturalização Provisório. A adoção é negada se for manifestamente contrária à ordem pública ou não atender ao interesse da criança ou adolescente (BRASIL, 1990).

Além disso, o art. 52 - D do ECA, dispõe que caso a adoção não tenha sido deferida no país de origem, ou se tiver decisão de país não aderido à Convenção, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional (BRASIL, 1990).

2.3 IMPORTÂNCIA DO CONTEXTO FAMILIAR

Com o marco da Constituição Federal de 1988, foram introduzidos os direitos da família, reconhecendo os direitos à criança e ao adolescente. A família possui grande importância perante a Constituição Federal, proibindo qualquer tipo de abuso de poder. (LONGO, 2015). Porém nem sempre foi assim, a família era regida antigamente pelo poder, na qual o chefe da família tinha liberdade para decidir a vida daqueles que com ele conviviam.

Atualmente a família passou a ser reconhecida de diversas outras formas, dando espaço para todos. A criança ou adolescente que estão inseridos em uma família saudável e afetuosa possuem chances de um bom desenvolvimento intelectual e cognitivo, pois o meio em que ela está inserida interfere diretamente nas suas condutas futuras. (CARNEIRO, 2019).

Prevê o art. 227, caput, da CF/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010, que:

> 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).

Dessa forma, entende-se que a família possui papel primordial perante estes menores, visto que inserido em uma família estas crianças e adolescente possuem a possibilidade de um maior desenvolvimento. A família é o núcleo base de qualquer sociedade. Deve o Estado garantir o direito à convivência familiar para estes que se encontram desamparados.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise da presente pesquisa, é possível verificar que a adoção internacional surge de um contexto de necessidade e preocupação, onde sempre teve como objetivo integrar crianças e adolescentes desamparados em um lar de família.

A adoção internacional é norteada por diversos princípios, sendo eles o direito de convivência familiar e o melhor interesse da criança, que priorizam as suas necessidades, e garantem seus direitos fundamentais. A adoção esteve ligada, durante a Segunda Guerra Mundial, ao tráfico humano, o que levou milhares de crianças e adolescentes a tomarem outros rumos não identificados, sem a devida documentação.

Atualmente, a partir da própria Lei de Adoção nº 13.509/2017, onde dispõe os requisitos legais para Adoção, juntamente com a ratificação da Convenção de Haia e o Estatuto da Criança e Adolescente, configura-se a legalidade da adoção internacional. Os critérios da adoção internacional são elaborados para que não venha a ocorrer nenhum tipo de ilegalidade e, ainda, objetivando também que esta criança esteja sendo inserida em uma família de moral e princípios.

A adoção internacional ocorre quando as crianças brasileiras não se enquadram nos quesitos estipulados pelos brasileiros, onde passam a ser colocadas na lista de adoção para estrangeiros. Entende-se que os adotantes estrangeiros não possuem tantos critérios como os brasileiros. A partir disto, é evidenciado que a adoção internacional atualmente é segura, e busca sempre cumprir todos os meios legais necessários.

A legislação sobre a adoção internacional mudou a partir das necessidades, tendo evoluído nos últimos 100 anos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, tendo uma legislação mais completa e mundial a partir da Convenção de Haia de 1993, que estipulou as regras para saber qual legislação utilizar nesses casos e, posteriormente, em convenções mais regionalizadas e em cada país. Sendo de extrema importância para evitar conflito de normas e acabar prejudicando o menor.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

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

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. **Curso de Direito Internacional Privado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973896/>. Acesso em: 20 mai. 2022.

LONGO, Ana Carolina Figueiro. **O reconhecimento de criança e adolescente como sujeitos de direitos e a atuação do Estado Brasileiro ao longo do tempo para efetivá-los**. Minas Gerais, 2015. Disponível em: < https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/665 >. Acesso em: 30 maio 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/.> Acesso em: 22 maio 2022.

MAZZUOLI, Valerio de O. **Curso de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530990947. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990947/>. Acesso em: 23 maio 2022.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; JUBILUT, Liliana Lyra. **Direito internacional privado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169135/>. Acesso em: 20 mai. 2022.

REIS, Ana Caroline; LUZ, Daiana Figueiredo; SILVA, Jaqueline Miguel Baia; SILVA, Rita de Cássia Ferreira; MENDES, Andréia Almeida. **Adoção Internacional**. 2016. Disponível em: < https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/122-478-1-pb.pdf>. Acesso em: 29 maio 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>. Acesso em: 22 maio 2022.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito civil**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AS TRANSFORMAÇÕES DA UNICIDADE SINDICAL NO DIREITO BRASILEIRO

Maykon Daniel dos Santos Assumpção[1]
Cibele Bonotto[2]

Resumo: Esse trabalho visa discutir a temática da unicidade sindical no Brasil. Para tal busca-se responder as seguintes problematizações: Quais aspectos conceituais e históricos caracterizam o surgimento da unicidade sindical no Brasil, pensando as diversas transformações dessa temática no âmbito do direito brasileiro? De que maneira acontece a sua aplicação a partir do ordenamento jurídico brasileiro? Para a construção das reflexões foi feito uma análise bibliográfica, utilizando como principais autores: Russomano (1998); Oliveira (2005); Martins (2006); Kapor e Possebon (2017); Garcia, Quirelli (2014); Luna et. al, (2015); Martinez (2021) e também uma análise documental a partir da Constituição Federal de 1988 e da Consolidação das Leis do trabalho (1943). Cabe pontuar que a unicidade sindical, temática dessa discussão, caracteriza a atividade sindical no ordenamento jurídico brasileiro, cuja atuação é de importância para o trabalhador, pois é pela mesma que tem seus direitos respeitados e assegurados.

Palavras-chave: Direito brasileiro. Unidade sindical. Transformações.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Essa temática sofreu inúmeras transformações no decorrer da última década, tendo como estudo do surgimento da unicidade sindical no Brasil e o seu método de aplicação, o qual objetiva-se desenvolver uma discussão acerca dos aspectos históricos e conceituais. A problemática que norteia tal reflexão baseiam-se nas seguintes perguntas: Quais aspectos conceituais e históricos caracterizam o surgimento da unicidade sindical no Brasil, pensando as diversas transformações dessa temática no âmbito do direito brasileiro? De que maneira acontece a sua aplicação a partir do ordenamento jurídico brasileiro? Discutir esse assunto se faz importante, pois a mesma é considerada a principal característica da organização sindical, sendo fonte auxiliadora para as definições territoriais dos sindicatos no Brasil.

O trabalho utilizará como procedimento metodológico o uso de pesquisa bibliográfica e documental, processo que auxilia na percepção de como essa temática está sendo trabalhada no âmbito jurídico, por meio de pesquisas na Constituição Federal (1988), sendo está a normativa base para a discussão, também utilizando contribuições para a temática encontrada na Consolidação das Leis do trabalho de 1943. Tendo como base a partir da pesquisa bibliográfica, a qual se realizará por meio da pesquisa eletrônica em artigos publicados, livros, bem como nas doutrinas defendidas por autores que relacionam com a referida temática. Nesse sentido, se

---

[1] Acadêmico do 7° semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professora do Curso de Direito da Setrem.

torna possível e enriquecedor (re)construir o conhecimento e as justificativas as quais darão auxílio para as meditações e desenvolvimento desse trabalho.

2 DESENVOLVIMENTO

Para compreender a unicidade sindical, se faz importante refletir o significado de sindicato, para isso é utilizado Luna et. al. (2015) em que se apoiando nas palavras de Martins (2011), aponta que sindicato se caracteriza por ser "a associação de pessoas físicas ou jurídicas que têm atividades econômicas ou profissionais, visando à defesa dos interesses coletivos e individuais de seus membros ou categoria" (MARTINS, 2011 apud LUNA et. al., 2015, p. 731). Nesse sentido, considera-se a união de pessoas que estão relacionadas a determinada ação financeira ou profissional as quais lutam por determinados interesses em prol da coletividade dos associados. Buscando mais compreensão acerca do significado de sindicato, trago as palavras de Martins (2006, p. 679) em que o mesmo pontua que

> [...] a palavra sindicato vem do francês syndicat. Sua origem está na palavra síndico, que era encontrada no Direito Romano para indicar as pessoas que eram encarregadas de representar uma coletividade, e no Direito grego (sundiké). A Lei Le Chapellier, de julho de 1791, utilizava o nome síndico, derivando daí a palavra sindicato, com o objetivo de se referir aos trabalhadores e associações clandestinas que foram organizadas após a Revolução Francesa de 1789. Outras denominações são empregadas, como union ou trade union, em inglês; Gewerkschaft (arbeiterve-reine), em alemão; sindacato, em italiano. Também são usadas denominações 'associações' e 'grêmios', esta última em países de língua espanhola, como na Argentina. Verifica-se na Europa a partir de 1830, o uso da palavra sindicato referente à classe de trabalhadores ou a trabalhadores de diversos ofícios ou ocupações, tendo surgido à denominação sindicato operário, que era uma associação de trabalhadores do mesmo ofício.

Nesse sentido, ~~é~~ o entendimento Castan (2008, p. 29) acerca dessa temática é

> Sindicato 'é uma forma de organização de pessoas físicas ou jurídicas que figuram como sujeitos nas relações coletivas do trabalho'. Também, é um sujeito coletivo, como organização destinada a representar interesses de um grupo, na esfera das relações trabalhistas, tem direitos, deveres, responsabilidades, patrimônio, filiados, estatutos, tudo como pessoa jurídica.

Afim de pensar as transformações da unicidade sindical na última década, parte-se das constituições de classes operárias em meados do século XIX, a partir desses processos, os quais aconteceram no começo do século XX, o movimento operário começa a ter forças e expressão no País. Todavia, entre o período de 1890 a 1900 os socialistas anarquistas da época e detentores do monopólio das principais organizações do proletariado brasileiro comandavam o modo de como cada empregado desempenhava o serviço prestado.

É em 1903 no governo de Francisco de Paula Rodrigues Alves, é instituída a primeira legislação aos sindicatos, sendo a partir do Decreto 979, em que torna facultativa tanto para os trabalhadores rurais a organização de sindicatos. Tal determinação ocasionou na insatisfação

dos trabalhadores, a qual culminou em mais de 500 greves entre o lapso temporal de 1917 a 1920 (KAPOR; POSSEBON, 2017). Porém, no ano seguinte, com o Decreto 1.637 se dá autonomia as organizações. Em meados de 1931 com Lindolfo Collor a frente, que se cria o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com o intuito de criar condições para a elaboração de regulamentar os sindicatos, atrelando este ao Estado. É nesse ano, de 1931, que a partir do Decreto 19.770 que se criou princípios do que temos do sindicalismo brasileiro. É no artigo 120 da Constituição de 1934 se está previsto a pluralidade sindical, bem como a autonomia das organizações. Porém, essa constituição deixa de vigorar pouco tempo depois, fazendo com que a partir do Decreto-Lei 24.964 sejam revogados os princípios sindicais aprovados anteriormente (KAPOR; POSSEBON, 2017).

Em virtude das inúmeras greves e dos movimentos gerados pela classe trabalhadora e o Estado sendo provocado a tomar decisões referente as causas levantadas nos protestos, o Brasil acabou tomando como motivação o sistema adotado pelo diretriz italiana, definindo-se como âmago a unicidade e a liberdade, preponderando pela intervenção mínima estatal nas relações jurídicas privadas, visando a autonomia da entidade sindical perante a figura do Estado (GARCIA; QUIRELLI, 2014).

Cabe destacar que só foi possível tal avanço, tendo em vista os movimentos sindicalistas em derredor do mundo, estimulando e provocando a movimentação da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Após às inúmeras provocações se estabelece a Convenção de 1987 sendo considerada como uma das maiores e mais relevantes convenções da OIT e fazendo ligação direta aos direitos fundamentais (GARCIA; QUIRELLI, 2014).

A unicidade sindical no Brasil teve como apoiador o Ilustre Presidente do Brasil Getúlio Vargas, considerado para alguns estudiosos como umas das principais figuras na regulamentação de uma política trabalhista. No ano de 1930 enquanto o Brasil passava por um regime ditatorial, foi instituído no País o princípio da unicidade sindical tendo como pilar a carta Del Lavoro que se referia a forma de como manejar as relações trabalhistas na sociedade Italiana. Somente no ano de 1937 consolidou-se na constituição, fomentando um pseudo-corporativismo a conjuntura de um sindicato dependente do poder público, medida a qual inviabilizou e restringiu a liberdade (GARCIA; QUIRELLI, 2014).

Desse modo a unicidade sindical se consolida com a junção dos próprios trabalhadores, gerando assim uma união, de maneira compulsória, a fim de que venha ser formado os sindicatos, em busca de garantir um direito, que nada mais é do que a preservação e defesa dos direitos coletivos e individuais da classe trabalhadora (GARCIA; QUIRELLI, 2014). Cabe ressaltar a partir de Kapor e Possebon (2017, p. 411) que o objetivo do sindicato é “[...] garantir

a segurança do trabalhador, defendendo-o da exploração capitalista, para que não se veja obrigado a negociar isoladamente com o patrão (ou empregador) e assim não sendo pressionado a aceitar condições de trabalho desfavoráveis".

Já nos sistemas democráticos, diferentemente da percepção inicial de que um sindicato deveria ser subordinado ao Estado, o sindicato é definido pelas leis nacionais vigentes do país, e nesse aspecto caracteriza-se como uma pessoa de direito privado, gozando de autonomia e sem a intervenção do Estado em suas questões protecionistas (RUSSOMANO, 1998).

Antes de adentrar para o método de aplicação da unicidade sindical prevista na Constituição Federal de 1988, se faz necessário entendermos como se dá a organização sindical. Nesse sentido, de acordo com Martinez (2021, p. 576)

> [...] a organização foi condição indispensável à formação do sindicalismo e à construção de toda a sistemática que regula os vínculos entre os sujeitos coletivos, os indivíduos que os integram, outros sujeitos coletivos e o Estado. O ponto de partida é a "casa", a forma mais primitiva de organização, que leva a crer no estabelecimento de vínculos mais acentuados entre aqueles que têm algo em comum e, por isso, vivem em alguma espécie de comunidade. Não basta, entretanto, o acesso à mesma "casa"; é imperativo que o acesso seja empreendido com animus de estada, de formação de uma relação grupal sedimentada por conta dos laços que efetivamente aglutinam os indivíduos.

Podemos perceber a partir da citação que a organização sindical é o pilar norteador para dar-se início ao sindicalismo e ainda como o ponto de partida para a relação de grupos tanto individualmente como coletivamente.

Após essa breve contextualização histórica e também dos conceitos de sindicato discutido inicialmente sendo este objeto de reflexão, se torna necessário trazer reflexões de natureza jurídica utilizando das palavras de Martins (2006, p. 155) em que o mesmo argumenta que

> [...] sindicato seria pessoa jurídica de direito público. Nos sistemas corporativistas, como no italiano, poder-se-ia fazer tal afirmação, pois o sindicato exercia funções delegadas pelo poder público, como se verificava em nossas Constituições de 1937 (art. 138), 1946 (art. 159), 1967 (art. 159) e na Emenda à Constituição n.º1 de 1969 (ar. 166). Somente o sindicato reconhecido e autorizado a funcionar pelo Estado é que era investido dessa condição.

Esses apontamentos fazem referência a questões históricas que antecedem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse sentido, cabe pontuar que a concepção de direito público sofreu alterações pela Constituição da República Federativa do Brasil, em que se é removido do Estado qualquer relação com o Sindicato, em que torna o mesmo especificamente de direito privado.

Delgado (2007, p. 1331) caracteriza unicidade sindical como

> [...] à previsão normativa obrigatória de existência de um único sindicato representativo dos correspondentes obreiros, seja por empresa, seja por profissão, seja por categoria profissional. Trata-se da definição legal imperativa do tipo de sindicato passível de organização na sociedade, vedando-se a existência de entidades sindicais concorrentes ou de outros tipos sindicais. É, em síntese, o sistema de sindicato único, com monopólio de representação sindical dos sujeitos trabalhistas

A aplicabilidade da unicidade sindical dar-se-á por meio de um modelo organizado que autoriza a existência de somente um sindicato (entidade) de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial. Vejamos como é a forma estabelecida de regramento pela Constituição Federal de 1988 e consoante o artigo 8°, II

> Art. 8º [...] II — é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município (BRASIL, 1988).

Referente a este artigo e inciso, Martins (2006, p. 682-683) traz importante reflexões, em que pontua

> De acordo com nosso sistema sindical, consagrado no inciso II do art. 8º da Constituição, não há a possibilidade de criação de mais de uma organização sindical – em qualquer grau, o que inclui, as federações e confederações representativas de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município. Assim, a Lei Maior estabelece que a unicidade envolve a base territorial, impedindo a existência de vários sindicatos de uma mesma categoria, inclusive de sindicatos por empresa. Limita a unicidade sindical o direito de liberdade sindical, sendo produto artificial do sistema legal vigente. Não deixa de ser uma forma de controle, por meio do estado, do sindicato e da classe trabalhadora, evitando que esta faca reivindicações ou greves.

Nesse sentido, refletindo as palavras de Luna et. al. (2015 apud CUNHA; NOVELINO, 2011, p. 178), os mesmos reiteram a partir do art. 8º que

> A liberdade de fundação de sindicato é restringida pela unicidade sindical, sendo vedada expressamente a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, a qual não pode ser inferior à área de um município.

Visando a plena compressão do dispositivo citado e de como funciona essa separação de um único sindicato funcionando em uma determinada base territorial, analisaremos o entendimento de Martinez (2021, p. 574)

> Reitere-se, por outro lado, que o modelo de unicidade sindical, segundo o dispositivo ora transcrito, atinge, indistintamente, qualquer organização sindical588, em qualquer grau — sindicatos, federações ou confederações —, implicando absoluto monopólio de representatividade em determinada base, que jamais poderá ser inferior a um Município nem superior ao espaço territorial da nação. Assim, se existente um "Sindicato dos Padeiros do Município de Recife", não se poderá admitir outro atuando na mesma área territorial. Nada, entretanto, impedirá a criação do "Sindicato

> dos Padeiros do Município de Olinda", a despeito de ambas as cidades estarem praticamente conglobadas.

Outro fator importante em relação a unicidade sindical é a confusão feita com a unidade sindical, a primeira remete-se somente pelo sistema em qual se está inserida a presença de um única entidade sindical a qual está engloba dentro de uma determinada base territorial, já a unidade sindical refere-se tão somente a livre opção sindical, ou seja, é uma única entidade que representa todos os trabalhadores de um especifico serviço ou categoria sobre toda extensão do território nacional, partindo da separação que é válido a existência de um sindicato que represente a categoria dos trabalhadores e o outro sindicato representando a categoria dos empregadores, como por exemplo, um sindicato nacional, o sindicato nacional dos aeronautas e o sindicato nacional do aeroviários, sempre visando o consenso entre os integrantes perante suas categorias (MARTINEZ, 2021).

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) inovou o conceito de unicidade sindical, como a declaração que "é livre a associação profissional ou sindical". Ainda, referiu e normatizou que é "vedada ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical", desse modo, impedindo e preservando a autonomia sindical, assim, a possibilidade de ingerência direta do Ministério do Trabalho e Emprego sobre a gestão e os atos internos do sindicato, como eleições e assembleias, antes sujeitas a impugnações julgadas pelo Ministro do Trabalho, agora passiveis, apenas, de decisão judicial. No mais assegura a estabilidade do dirigente sindical ao declarar: "é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro de sua candidatura a carga de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o fim do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei". E visando a livre escolha para os trabalhadores como direito de definir a sua base territorial sindical: "será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um município".

Ainda refletindo sobre o princípio da unicidade sindical, há de pontuar suas controvérsias doutrinárias considerando noções positivas e negativas dessa temática. Oliveira (2005) argumenta referente a unicidade como sistema mais favorável. Porém cabe pensar que boa parte da doutrina não é vista dessa maneira, segundo Martins (2006, p. 699)

> Está a estrutura sindical brasileira baseada ainda no regime corporativo de Mussoline, em que só é possível o reconhecimento de um único sindicato [...]. Um único sindicato era mais fácil de ser controlado, tornando-se obediente.

Trazendo para discussão o que consta na CLT (BRASIL, 1943), o mesmo prevê em seu Art. 511 que

> Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.
>
> § 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.
>
> § 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.
>
> § 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.
>
> § 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

Na sequência, no artigo 513, também da CLT, se é elencado as prerrogativas dos sindicatos

> Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos:
> a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos á atividade ou profissão exercida;
> b) celebrar contratos coletivos de trabalho;
> c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal;
> d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, no estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal;
> e) impor contribuições a todos àqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.
> Parágrafo Único. Os sindicatos de empregados terão, outrossim, a prerrogativa de fundar e manter agências de colocação.

Estas são as prerrogativas expostas na CLT, porém cabe pontuar que, os doutrinadores especificam uma a uma as funções que o sindicato exerce, a exemplo de Martins (2006) elenca cinco funções do sindicato, são elas: função de representação, negocial, assistencial, econômica e política.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as reflexões acima apresentadas, percebe-se que são muitas as discussões que podem ser desenvolvidas referente ao princípio da unicidade sindical e suas transformações nos últimos 100 anos. A partir do percurso histórico exposto, nota-se que o sindicato transigiu inúmeras modificações desde o seu surgimento, até os tempos atuais, onde pode-se afirmar com convicção a grande importância no cotidiano (dia a dia) dos trabalhadores.

Ainda, denota-se que o princípio da unicidade sindical está no inverso da ordem democrática trabalhista, tendo em vista que está previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo oitava que defende e protege a liberdade da associação sindical, entretanto, tem como outro viés a jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal), que se refere que tal princípio não fere a liberdade sindical.

Russomano (1998, p. 81) elenca cinco argumentos em desfavor da unicidade sindical que se tornam importante apresentar aqui

> a) limita a liberdade sindical;
> b) o sindicato único e oficializado é produto artificial da lei, deixando de ser fruto de um movimento cheio de espontaneidade e palpitações;
> c) torna-se presa fácil da voracidade intervencionista do estado, que tende a fortalecer seus órgãos executivos;
> d) estimula a profissionalização dos dirigentes sindicais e) cria desconfianças, no espírito do trabalhador, quanto à independência, à altivez e à serenidade de suas resoluções.

Por conseguinte, contata-se que essa temática da unidade sindical, no âmbito jurídico de solo nacional, passa-se por muitas discussões, pois a mesma tem-se como um caráter principal o autoritarismo, visto que foi um sistema elaborado pelo getulino e viola a liberdade sindical plena. Por outro lado, a unicidade sindical apresenta força de um todo sendo vedada a ampla concorrência pelo fato de não ser possível no Brasil ter mais de um sindicato na mesma base territorial. Tal determinação faz com que os sindicatos e até mesmo os trabalhadores fiquem mais cômodos e não se sintam atraídos a buscar-se associar-se a um sindicato e até mesmo o sindicato buscar propor melhorias de condições a esses trabalhadores. Por fim, o Brasil não adotou o pluralismo sindical que é adotado por mais de 150 países, tendo como base a convenção n° 87 da OIT. E percebe-se após essa discussão, as diversas transformações desse assunto no âmbito histórico quanto no âmbito jurídico.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do trabalho**, Brasília, DF.

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

CASTAN, V. M. **Abuso do direito sindical.** São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

GARCIA, B. G. R; QUIRELLI, C. L. Análise crítica do princípio da unicidade sindical no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus,** 2014. Disponível em: https://jus.com.br/amp/artigos/30461/analise-critica-do-principio-da-unicidade-sindical-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em: 12 de maio de 2022.

KAPOR, T. S.; POSSEBON, M. M. A liberdade sindical: movimento sindical brasileiro, a unicidade sindical e a "reforma trabalhista. In: MAIOR, J. L. S.; SEVERO, V. S. **Resistências:** aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão popular, 2017.

LUNA, L. et. al. Unicidade sindical: princípio ou regra para o direito brasileiro**?. Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 20, n. 4347, 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/33072. Acesso em: 16 mai. 2022.

RUSSOMANO, V. M. **Princípios gerais de direito sindical.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

MARTINS**,** S. P. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINEZ, L. **Curso de direito do trabalho:** relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. Editora Saraiva, 2021.

OLIVEIRA**,** F. A. de. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: RT, 2005.

AS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL AO LONGO DE QUASE 100 ANOS

Rodrigo Severo[1]

Resumo: O CTN completado mais de 50 anos, e recepcionado por três novas constituições, organiza a legislação tributária, normatizando as relações jurídico e administrativo tributárias. Neste artigo são apresentados alguns aspectos do Sistema Tributário Brasileiro, com a exposição do percurso histórico desde antes mesmo do CTN até o presente contexto da Constituição de 1988 e da legislação que se seguiu. Ainda, é traçado um paralelo entre leis que instituem impostos, com as transformações do Direito Tributário, frente as mudanças contemporâneas, ao longo de quase 100 anos.

Palavras-chave: Sistema Tributário Nacional. Código Tributário Nacional.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei nº 5.172/66 conhecida como Código Tributário Nacional (CTN), com fixidez, completou mais de meio século, e foi recepcionado por três novas Constituições, organizando a legislação tributária, e normatizando as relações jurídico e administrativo tributárias entre contribuintes e Estado-Fisco – ou "Superfisco" como carinhosamente é conhecido nas aulas de Direito Tributário da Sociedade Educacional Três de Maio – SETREM – que este ano celebra seu centenário. Nosso CTN, é um "jovem senhor" passados seus 50 anos; ocorre que este "jovem senhor" ao celebrar sua união com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), e ser recepcionado por ela – com condições – precisou, e precisa continuar se adaptando as mudanças contemporâneas, em razão de sua necessidade em estabelecer normas gerais, e ainda manter-se incólume frente a necessidade de prever hipóteses de incidência com segurança jurídica para os fatos geradores que surgem ao longo de sua longínqua existência.

O Direito tributário começa a ganhar compacidade estrutural no ordenamento jurídico tributário a partir da EC nº 18/1965. A CF/46 trazia princípios constitucionais, porém de forma esparsa e inconsistente, quando pensada em nível de sistema. A elaboração do projeto do CTN passou por discussões na década de 50, e o anteprojeto foi finalizado por Rubens G. Souza, no entanto, foi só promulgado em 1966, e como metaforicamente aludido no parágrafo que precedeu este, permanece vigente atualmente mesmo passado por três Constituições (1967, 1969 e 1988).

Por iniciativa de Aliomar Baleeiro, a CF/46, inovando nas anteriores, institui em sua redação a competência da União para editar normas gerais de Direito Tributário,

1 Professor do Curso de Direito da Setrem. Mestre em Desenvolvimento e Políticas Públicas pela UFFS. Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL. Graduado em Direito pela Unijuí. Graduado em Ciências Contábeis pela Anhanguera. Procurador Jurídico. E-mail: rodrigo.severo@setrem.com.br.

tornando possível ao Congresso Nacional a expedição de normas que impedissem, ou pelo menos, dificultassem as invasões de competência de um ente político por outro, assegurando assim, a hegemonia em âmbito nacional, e certos conceitos e elementos fundamentais da obrigação e do crédito tributário, cuja inobservância configurariam ilegalidade. Num esboço de percurso temporal, e já se aproximando da década de 80, e da CF/88, o CTN de 1966 foi promulgado como lei ordinária, momento em que a Constituição da época não previa que tais matérias deveriam ser tratadas por lei complementar (LC), porém ao aproximar-se da CF/88 foi recepcionado como LC. E foi, CF/46 que trouxe a segunda parte do CTN – o livro segundo – que trata das normas gerais de Direito Tributário, onde teve fundamento constitucional (SABBAG, 2021).

Porém, é na nova Constituição de 1967 que tais matérias passaram a ter a necessidade de serem reguladas por meio de LC, por tratarem de normas gerais de Direito Tributário, necessidade que se manteve no artigo 146, III, da CF/88, que permanecia trazendo em seu bojo normativo e principiológico disposições no sentido de que as normas gerais referentes ao Direito Tributário deveriam ser tratadas por LC, e assim, como anteriormente, a Lei ordinária nº 5.172/66 – o jovem CTN – ao aproximar-se da Constituição de 1988, seria recepcionado como LC, em razão do princípio da recepção constitucional, face a previsão de que esta matéria estaria afeta a LC.

O CTN é dividido em duas partes, primeiramente regulamentando o Sistema Tributário Nacional (STN) e, num segundo momento, dispondo das normas gerais de Direito Tributário que regem o Sistema; e, muito embora vigente até os dias de hoje, sofreu modificações ao longo desse meio século regulamentando e regendo hipóteses de incidência que preveem fatos geradores praticados pelos contribuintes, e quando da subsunção exata, fazendo emergir a obrigação tributária (ABRAHAM, 2020).

Ao longo se suas disposições, em seu primeiro título, o CTN no artigo 3º trata de conceituar tributo, enquanto que o artigo seguinte apresenta a natureza jurídica e a classificação dos tributos. O segundo título apresenta a competência tributária, e as limitações ao exercício desta competência tributária, com importante disposição regulada pelo artigo 14 – e com alteração por LC em 2001 – ao apresentar requisitos que devem se subordinar as entidades beneficentes que fazem *jus* as imunidades tributárias; disposição esta, que permanece em plena harmonia com o artigo 150, inciso VI da CF/88 (ALEXANDRE, 2021).

No artigo 15, inciso III, que não foi recepcionado pela CF/88, temos a curiosidade de que este mesmo inciso foi fundamento em 1990 para a ilegal instituição

de Empréstimo compulsório conhecido como Plano Collor I, por meio da MP nº 168/90 – convertida na Lei nº 8.024/1990 – que determinou o bloqueio dos saldos superiores a 50 mil cruzados depositados nas poupanças.

Os artigos seguintes, até o artigo 96, que principia a segunda parte do CTN, regulamentam as hipóteses de incidência das espécies tributárias que constitucionalmente são reconhecidas como legítimas ao serem instituídas, conforme disposição do artigo 145 da CF/88 (PAUSEN, 2018).

A segunda parte do CTN que pouco sofreu alterações ao longo do tempo, mesmo por reger a própria vigência, aplicação, interpretação e integração das normas tributárias no tempo, trata também dos institutos relacionados a obrigação tributária; sujeitos desta relação; capacidade tributária; modalidades de lançamento; constituição, suspensão, extinção, exclusão do crédito tributário; responsabilidade tributária; e, da administração tributária (PAUSEN, 2018). A edição do CTN foi um marco referencial na ordem jurídica, pois sistematizou a legislação, e regulamentou diversas hipóteses fiscais e conceitos tributários. Ao final o CTN, em seu artigo 218 dispõe que entrará em vigor dia 1º de janeiro de 1967, e considerando que o ato de publicação no Diário oficial se deu em 27.10.1966, traz um curto período de *vacatio legis* de 63 dias até sua vigência em 01.01.67, se considerado a amplitude, e normatização que seu texto normativo apresentou, ainda mais considerando a comunicação e difusão de informações à época.

O CTN congregou as principais normas fiscais, técnica que trouxe segurança jurídica para os contribuintes e para Estado-Fisco, estabelecendo regras gerais de tributação, que *a posteriori* foram trazidas pela CF/88 (ABRAHAM, 2020).

Assim, ao longo do tempo, artigos foram derrogados, outros não recepcionados – a título de exemplificação os artigos 68 a 70, e 74 a 75, atualmente regulados pela Lei Kandir, LC nº 87/1996 – e alguns revogados como os artigos 52 a 58, e artigos 71 a 73, entre outros; já alguns sofreram acréscimos, como os artigos 133, 155-A, 156, 170-A, 185-A e 191-A. Já, o artigo 151 sofreu a inclusão de mais incisos em decorrência da LC nº 104/01. Importa acrescentar que muitos dos artigos do CTN dependem de lei ordinária instituidora ou regulamentadora para produção de efeitos no âmbito tributário, em zelo aos princípios da legalidade tributária e legalidade estrita tributária – reserva legal –; e, é neste ponto que se opta por apresentar algumas destas leis que ao longo deste século regulam as disposições tributárias a nível Federal, Estadual e Municipal.

2 O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL AO LONGO DE QUASE 100 ANOS

O capítulo do “Sistema Tributário Nacional” que inaugura o título “Da tributação e do orçamento” na CF/88 é extraordinariamente restritivo quanto à instituição de novos impostos. Entretanto, não o é quando em referência as algumas espécies tributárias, pois possibilitou o surgimento de um sistema tributário coexistente, formado por contribuições e taxas, que muitas vezes, são exageradamente desproporcionais, se tomarmos em consideração princípios norteadores deste STN, em especial referência ao princípio da isonomia tributária que serve de corolário ao princípio da capacidade contributiva.

Ao longo do início do século XXI o avanço de tecnologias impulsionadas pela internet possibilitaram o surgimento de novos modelos de negócios, e de novas formas de se produzir, gerar e circular riqueza. E, dentro deste cenário que se define o fenômeno da economia digital, como sendo parcela da produção econômica, composta por diversos meios digitais, e utilizados na intermediação para o comércio e consumo de bens e serviços produzidos, cuja prestação se estrutura de formas, modelos e maneiras em momento algum, conjecturadas pelo legislador tributário lá em 1966. Como por exemplo os softwares comercializados não mais em prateleiras, mas pela internet, ou via download; além de serviços de transporte, hospedagem, alimentação, entretenimento, que passaram a se estruturar de forma totalmente inovadora, através da economia compartilhada ou com o suporte de novas tecnologias (MALPIGHI, 2020).

Muito em que pese este panorama de transformação e de quebra de paradigmas, o STN se mantém hígido, porém limitado por normas de competência tributaria estatuídas na CF/88. Ocorre que os critérios materiais – fatos geradores – adotados à época, e que serviram de fundamento para hipóteses de incidências que imperavam na primeira metade do século passado, muito embora tenham feito sentido naquela época, hoje se apresentam em descompasso com a atual realidade econômica, causando complexidade e insegurança jurídica entre operadores tributaristas (MALPIGHI, 2020).

É a partir desse panorama de alomorfia, que se apresenta paralelos acerca de leis que instituíram alguns impostos, e que ainda mesmo passado mais de meio século regulando estas relações tributárias. Porém, com um olhar para as transformações contemporâneas, e ao fim, com breves reflexões referentes a reforma tributária que neste momento se encontra em processo de gestação no Congresso Nacional.

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA – A falta de atualização da tabela do IRPF fez com que este ano de 2022 a Receita federal do Brasil (RFB) recebesse recorde de declarações. Considerando que a última atualização foi em 2015, acumula, desde 1996, uma defasagem de 134,53% de acordo com o Sindifisco (SINDIFISCO, 2022). Se

a tabela tivesse sido corrigida pela inflação, a faixa deveria subir para R$ 4.465,00 (UOL, 2022). Esta atualização da tabela do IRPF é alvo de discussão acalorada no projeto de reforma tributária (PL nº 2.337/21), prevendo a correção da faixa atual de R$ 1.903,98 para R$ 2.500,00, neste caso, segundo o Ministério da Economia o limite de isenção seria aumentado em 31%. E, os degraus intermediários da escala também seriam ajustados, em escala decrescente com o nível de renda, sendo que seis milhões de contribuintes seriam completamente desonerados do IRPF (BRASIL, 2022). O artigo 153, parágrafo 2º, inciso 1º da CF/88, dispõe que o IRPF será informado pelos critérios da generalidade, universalidade e progressividade, e esse último critério para Leandro Paulsen (2018) é o critério "que exige variação positiva da alíquota à medida que há aumento da base de cálculo". No entanto, diferentemente da progressividade prevista no referido artigo, a correção tímida, ou a falta de correção, da tabela, acaba por provocar pressão tributária sobre as pessoas físicas que, diante da perda do poder aquisitivo da moeda, passam a ter cada vez menos capacidade contributiva, o que destoa das disposições do artigo 145, parágrafo 1º, da CF/88 (PAZ, 2022). E, apesar disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao ser provocado sobre a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo na atualização da tabela de incidência do IRPF, se manifestou no sentido de que "não cabe ao Poder Judiciário realizar a correção monetária da tabela progressiva do IR na ausência de previsão legal" (BELLEGARDE; BRAZUNA, 2022).

Já outro tema polêmico em discussão atualmente – e que será abordado em trabalho de conclusão de curso, pela acadêmica Taynara Rakel de Menezes da SETREM – é acerca da incidência do IRPF sobre criptomoedas. Atualmente existe a necessidade de se informar os ativos digitais na declaração, conforme exigência da RFB, que começou em 2019, com a Instrução Normativa (IN) n° 1.888, que as considera um ativo financeiro. Portanto, os ganhos de capital obtidos com negociação de criptomoedas, são tributados sempre que as vendas totais superam R$ 35 mil por mês. E, sobre esse lucro, incidem regras gerais de ganhos de capital. E até R$ 35 mil, as vendas mensais de criptomoedas são isentas de IRPF. Em que pese a plausibilidade de tal entendimento, não se pode ignorar que a tributação a título de ganho de capital pode se tornar obstáculo econômico à capacidade das moedas virtuais se tornarem mecanismos tradicionais de pagamento e, inibir assim, o desenvolvimento tecnológico de empresas que se utilizam desses mecanismos de transação. Não há dúvidas de que a tributação de operações com criptomoedas é tema que carece regulamentação específica (FROTA; DIAS; GOMES, 2022). Ainda, em dezembro de 2021, foi publicada a

Solução de Consulta nº 214, na qual a RFB manifestou entendimento pela incidência do IRPF sobre o ganho de capital inclusive em operações de permuta entre criptoativos que ultrapassem o limite mensal de R$ 35 mil, e por força da IN nº 2.058/2021, entendimento que tem força vinculante no âmbito da RFB (BORGES, 2022).

IMPOSTOS SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS – O IOF previsto no artigo 153, V, e parágrafo 5º da CF/88 não incide sobre todas as operações financeiras, mas sobre atos e negócios jurídicos mercantis-financeiros relativos a créditos, câmbio, seguro, títulos e valores mobiliários e ouro, ativo financeiro. E ainda, face sua extrafiscalidade, é exceção a aplicação do princípio da legalidade tributária, e da anterioridade de exercício e nonagesimal, em razão de sua necessidade em regular a política monetária e administração das reservas cambiais. A alíquota de 0,38%, hoje aplicável às operações de câmbio em geral, será reduzida a 0% a partir de 02/01/2029, pois esta incidência do IOF sobre as operações que envolvem o câmbio de moeda com fim extrafiscal, tem sido objeto de redução, conforme Decreto nº 10.997/22, com o propósito de flexibilizar o fluxo de capital com o exterior (HORTA, 2022).

IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO – O II ao longo deste século, em razão de sua extrafiscalidade, foi alvo de majoração e redução de alíquotas, em especial em razão da globalização da economia mundial, a qual faz com que as economias do mundo todo se conectassem, transformando o planeta em uma grande rede de trocas comerciais, culturais, sociais e várias outras possíveis. A alteração das alíquotas do II por ato do Executivo é assegurada pela CF/88, e ainda, é exceção à legalidade tributária, pois voltada a ajustar a tributação aos objetivos traçados para o comércio exterior (JORGE; SANTIAGO, 2022). Por sua vez, quando consideramos os demais tributos incidentes sobre a importação, a carga tributária média sobe para um nível aproximado de 50% do valor da mercadoria, e o fundamento da cobrança do II é extrafiscal, buscando discriminar os bens importados em proteção dos produtos ou da produção nacional.

Ao final de maio o II entrou novamente em evidência quando o Ministro da Economia comentou sobre a intenção do Governo de taxar as compras internacionais realizadas em plataformas como Shopee e AliExpress. Atualmente, por serem importações de baixo valor e realizadas por pessoas físicas, gozam de isenção tributária por estarem dentro de um limite, regulado pelo Decreto-Lei nº 1.804/1980 e Portaria MF nº 156/1999. Os requisitos para o importador gozar desta isenção são os seguintes: a) valor máximo de US$ 50 (preço da mercadoria e incluído valor do frete e seguro; b) a isenção se aplica ao II, IPI, PIS-importação, Cofins-importação – mas existe a cobrança

de Tarifa dos Correios; c) restrito a importações realizadas por pessoas físicas para uso ou consumo; e, d) não se aplica para produtos, como animais vivos, bebidas alcoólicas, substâncias químicas específicas, produtos à base de tabaco e armas (KOTZIAS, 2022).

Discute-se o fato de o Poder Executivo não poder, arbitrariamente, escolher o produto que será beneficiado pela redução de alíquotas do II. Pois esta seleção deve estar em conformidade com a CF/88 que prioriza o direito à vida, à saúde, e ao meio ambiente. Além de que o II com sua vocação extrafiscal, é ideal para conferir tratamento diferenciado aos produtos, adequando-o às práticas sustentáveis, como no caso da redução a 0% do II de bens necessários à produção de energia limpa – como na importação de painéis solares – situação em conformidade com diretos e valores fundamentais constitucionais. Já de outro lado, a ausência de razoabilidade no fato de conceder isenção de II para armas de fogo e, ao mesmo tempo, cobrá-lo de alimentos e medicamentos não é nada conforme com as diretrizes constitucionais (OKUMA, 2022).

E, é neste contexto de importação, que emerge a conflituosa discussão acerca da TARIFA – taxa de despacho postal – dos Correios (ECT). A Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Federais decidiu o tema 276, fixando tese no sentido de que:

> É legítima a instituição e cobrança da "taxa" de despacho postal, na realidade, um preço público, ainda que não ocorra tributação, quando da internalização do bem no País, por se tratar de remuneração destinada a cobrir os custos operacionais decorrentes do cumprimento, em nome do cliente, das obrigações acessórias relacionadas ao desalfandegamento da encomenda postal remetida para o Brasil, em razão de voluntária contratação da empresa pública, escolhida para prestar serviços. (BRASIL, 2021).

Segundo a ECT a cobrança seria devida em razão da necessidade de cobertura dos custos de desalfandegamento, por conta da implantação de modelo de importação, criado em parceria com a RFB, tendo em vista a edição da IN RFB nº 1.737/2017.

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – O IPI não passou longe das discussões ao longo desse século, em especial recentemente em relação a classificação tributária dentro da tabela TIPI (Decreto nº 10.923/2021) que envolve a seletividade como forma de exteriorização da capacidade contributiva – corolário do princípio da isonomia tributária. E dentro deste contexto de classificação tributária pelo contribuinte, que o planejamento tributário tem grande destaque quando da escolha pela melhor opção tributária, com o propósito de licitamente reduzir a carga tributária. E aqui, emergem dois casos curiosos, em meio a inúmeros que poderiam ser referidos.

O primeiro é o caso do chocolate “Ouro Branco” que mudou sua embalagem, pois antes, quando embalado de forma “enrolada” era classificado como bombom, e por

isso sujeito à alíquota de 5% de IPI. Agora, após mudança na embalagem "selada", é wafer, e não mais chocolate, então sujeito a 0% de IPI, uma vez que sua classificação passou a ser de "Produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos".

O segundo é brilhantemente apresentado em artigo publicado no Conjur pelo professor Hugo de Brito Machado Segundo e George Marmelstein (2022) que nos brindam com o caso do *Jaffa Cake*, quando de classificação para fins de tributação se biscoito ou bolacha. Neste caso, uma confeitaria do Reino Unido criou um novo produto chamado *Jaffa Cake*, que era um Bolo, e com ingredientes típicos, e formato de bolo, mas do tamanho de um biscoito. Porém, o produto popular em 1991 foi objeto de questionamento pelo Reino Unido quanto a classificação tributária, pois biscoitos são considerados produtos de luxo, e sofrem tributação elevada; por sua vez, os bolos, são tratados como alimentos básicos, e tributados com alíquota 0%. As confeitarias queriam a classificação como bolo; e, o Fisco do Reino Unido como biscoito, pois tinha tamanho de biscoito, embalado como biscoito, vendido na prateleira de biscoitos, era consumido como biscoito – com as mãos – enquanto um bolo era consumido com talheres. Os contribuintes contra-argumentaram dizendo que o *Jaffa Cake* tem o nome de bolo (*cake*), e ingredientes de bolo, e se comporta como bolo, pois endurece quando envelhece, fosse biscoito, ficaria mole e não duro. A disputa longa, árdua e cara, na justiça, venceu a confeitaria, reconhecido que o *Jaffa Cake* é, de fato, um bolo pequeno, coberto de chocolate, e, portanto, deve ser tributado como alimento básico.

E neste mesmo sentido se coloca em questão muitos novos produtos que ficam nesta zona cinzenta de classificação como o caso de um carregador portátil de celular que deve ser classificado como carregador de celular ou bateria? Ou um *smartwatch* que espelha a tela do celular, permite chamadas telefônicas e monitora várias atividades do usuário; deve ser considerado relógio de pulso, monitor de batimento cardíaco, GPS ou *smartphone*? (MACHADO; MARMELSTEIN, 2022).

IMPOSTO SOBE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS – A discussão sobre a seletividade não só transitou pelo IPI que, como referido. Aqui, no ICMS um dos alvos de discussão foi o ICMS sobre energia elétrica. E recentemente, o STF decidiu que a cobrança de alíquota do ICMS superior a 17% sobre as operações de fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicação é inconstitucional, pois ofende princípios como o da isonomia tributária e da seletividade, ao prever alíquotas maiores para serviços essenciais. Consideraram, os ministros, inequívoco que energia elétrica e telecomunicação estão entre os bens e serviços de

primeira necessidade e, por isso, devem ter carga tributária fixada em patamares menores que os produtos supérfluos. A tese de repercussão geral fixada, foi a seguinte:

> Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços. (BRASIL, STF, Tema 745, 2021).

IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULO AUTOMOTOR – IPVA – Alguns Estados como São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (Lei nº 8.115/85) tentaram instituir o IPVA sobre embarcações e aviões. Sim, curioso. Para o STJ trator e escavadeira são ferramentas de trabalho, e não veículos de transporte. E o conceito de veículo automotor, se refere a qualquer veículo aéreo, terrestre, aquático ou anfíbio dotado de força-motriz própria, ainda que complementar ou alternativa fonte de energia. Assim, "auto" motor é o veículo dotado de motor próprio (MINARDI, 2021). Assim, o conceito de veículo automotor difere do conceito de aeronave ou embarcação, isso porque a aeronave não existe para trafegar no Estado ou no Município, mas para voar no espaço aéreo, de competência da União; e, quando em terra, faz manobras em áreas aeroportuárias que não pertencem a Estados nem Municípios, mas à União, por força do artigo 38 da Lei n. 7.565/86. Assim, conforme decisão do STF equivocada a tentativa dos Estados de fazer incidir o IPVA sobre propriedade de aeronave e embarcação.

> IPVA – Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (CF, art. 155, III; CF 69, art. 23, III e § 13, cf. EC 27/85): campo de incidência que não inclui embarcações e aeronaves. RE 134.509/AM, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 29-05-2002; ver, o RE 255.111-2, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 20-05-2002). (BRASIL, STF, 2002).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CF/88 trouxe a necessidade da adequação de alguns artigos do CTN que não se ajustavam as novas disposições constitucionais, entretanto até hoje não teve nenhum de seus dispositivos julgados inconstitucionais, mas sim não recepcionados, porém, uma revisão seria mais que necessária. Muito em que pese este panorama de transformação e de quebra de paradigmas, o STN se encontra hígido, porém limitado pelas normas de competência tributaria estatuídas na CF/88. Ocorre que os critérios materiais – fatos geradores – adotados, se basearam em hipóteses de incidências que imperavam na primeira metade do século passado e, muito embora tenham feito sentido naquela época, se mostram em total descompasso com a atual realidade econômica, causando assim complexidade e insegurança jurídica entre os operadores tributaristas e ao próprio STN

A reforma tributária de 1965, elaborada por Gilberto U. Canto, Rubens G. de Souza e Gerson A. da Silva, na gestão de Otávio G. de Bulhões e Roberto Campos nos Ministérios da Fazenda e do Planejamento do Governo Castello Branco, teve como premissas a redução de impostos, e a criação de um sistema de repartição de receitas dos impostos da União para estados e municípios, e dos Estados para Municípios; além da substituição dos fatos geradores representados por atos jurídicos por fatos de natureza econômica que pudessem na época representar e medir a capacidade contributiva, tais como renda, consumo e patrimônio. E hoje, passados mais de meio século da instituição do CTN, a reforma tributária que está em processo de gestação no Congresso Nacional necessita novamente desse olhar atento a uma nova realidade contemporânea?

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso direito tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 15. ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2021.

BELLEGARDE, Marina T.; BRAZUNA, José L. R. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Votos para 2022: mais justiça fiscal no Imposto de Renda da Pessoa Física**. 07 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-07/brazuna-bellegarde-votos-2022-justica-fiscal-irpf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2022.

_____. Câmara dos Deputados. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Institui o Código Tributário Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5172-25-outubro-1966-358971-norma-pl.html>. Acesso em: 31 mai. 2022.

_____. Ministério da Economia. **Reforma tributária mudar o que é preciso, cuidando de quem precisa**. Brasília: 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/reforma-tributaria/imposto-de-renda>. Acesso em: 03 jun. 2022.

_____. Receita Federal. **TIPI**. Brasília: 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/documentos-e-arquivos/tipi.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Tema de repercussão geral nº 745.** Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 27 mai. 2002. Disponível em: <https://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745>. Acesso em: 30 mai 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Especial nº 255.111-2**. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 20 mai. 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751219242>. Acesso em: 30 mai 2022.

_____. Turma Nacional de Uniformização (TNU). **Tema nº 276**. Relator: Juiz Federal Luis Eduardo Bianchi Cerqueira, julgado em 23 set. 2021. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-276>. Acesso em: 30 mai 2022.

CONJUR. Revista Consultor Jurídico. **TNU considera legítima taxa de despacho postal sobre produtos importados.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-28/tnu-considera-legitima-taxa-despacho-postal-importados>. Acesso : 02 jun. 2022.
FROTA, Phelipe M.; DIAS, Felipe W. de L.; GOMES, Eduardo de P. R. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Tributação de operações com criptomoedas.** 15 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-15/opiniao-tributacao-operacoes-criptomoedas>. Acesso em: 02 jun. 2022.
HORTA, Nereida. R. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Como será a redução do IOF sobre o câmbio até 2029.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-23/nereida-horta-reducao-iof-cambio-2029>. Acesso em: 02 jun. 2022.
JORGE, Carolina S. F; SANTIAGO, Igor M. R. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Inexistência de similar nacional não garante a obtenção de ex-tarifário.** 30 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-30/consultor-tributario-inexistencia-similar-nacional-nao-garante-obtencao-ex-tarifario>. Acesso: 02 jun. 2022.
KOTZIAS, Fernanda. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Faz sentido tributar compras pequenas de plataformas internacionais?.** 31 mai. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-31/territorio-aduaneiro-faz-sentido-tributar-compras-pequenas-plataformas-internacionais>. Acesso em: 02 jun. 2022.
MACHADO Segundo, Hugo de Brito; MARMELSTEIN George. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Biscoito ou bolacha? Um inusitado debate de... direito tributário!.** 25 mai. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-25/consultor-tributario-biscoito-ou-bolacha-debate-direito-tributario>. Acesso em: 02 jun. 2022.
MALPIGHI, Caio C. Soares. A Tridimensionalidade do Fato Gerador e a Evolução dos Tipos Constitucionais de Competência Tributária frente aos Fenômenos da Economia Digital. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 48, p. 70–108, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/999>. Acesso em: 4 jun. 2022.
MINARDI, Josiane. **Direito Tributário - OAB**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.
OKUMA, Alessandra. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **A discricionariedade na fixação de alíquotas de Imposto de Importação.** 21 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-21/alessandra-okuma-discricionariedade-aliquotas-importacao>. Acesso em: 02 jun. 2022.
PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
PAZ, Filipe Araújo da. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Defasagem acumulada da tabela do imposto de renda e justiça fiscal no Brasil**. 27 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-27/filipe-paz-defasagem-acumulada-tabela-ir#_ftn4>. Acesso em: 02 jun. 2022.
RAYES, Ronaldo; Silva, Everton Lazaro da. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **A essencialidade e a seletividade no ICMS sobre energia e telecomunicações.** 29 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/opiniao-icms-energia-eletrica-telecomunicacoes>. Acesso em: 02 jun. 2022.
SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
SEVERO, Rodrigo. **Estado e Políticas de Gestão Pública**. EUA: Independently Published (Amazon), 2020.
SINDIFISCO. A defasagem na correção da tabela do imposto de renda pessoa física. 2022, p. 5. Brasília. Disponível em: <https://www.sindifisconacional.org.br/wp-content/uploads/2022/01/Defasagem-IR-1996-2021_-2.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2022.
UOL. Imposto de Renda. São Paulo: Universo On line, 2022. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/imposto-de-renda/noticias/redacao/2022/06/01/tabela-do-ir-defasada-ajuda-a-explicar-recorde-de-declaracoes-em-2022.htm>. Acesso em: 02 jun. 2022.

CONCEPÇÃO HISTÓRICA DE INFÂNCIA E JUVENTUDE E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Ana Carolina Schwingel Rex[1]
Nelio Marks Júnior[2]

Resumo: A delimitação temática deste trabalho focaliza o estudo da concepção histórica de infância e juventude, bem como a evolução dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Questiona-se em qual momento da história crianças e adolescentes passaram a ser vistos como um grupo que necessita de proteções especiais. O objetivo geral é analisar os pressupostos teóricos da literatura relacionada à temática, a fim de responder à pergunta problematizadora. Justifica-se esta investigação pela necessidade de se compreender como ocorreu e porquê ocorreu a criação de legislações para crianças e adolescentes. A metodologia é teórica, de cunho qualitativo e com fins explicativos. O método de abordagem é dedutivo e os procedimentos secundários são históricos e comparativos. A contribuição que se pretende é possibilitar uma reflexão acerca da temática. A repercussão esperada é que surjam novas pesquisas nesse sentido a ponto de entender como ocorreu essa proteção em outros países do mundo.

Palavras-chave: Criança. Adolescente. Evolução Histórica.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema desta abordagem é referente à concepção histórica dos conceitos de infância e juventude, bem como a evolução dos Direitos da Criança e Adolescente. Busca-se entender como e a que tempo ocorreu a evolução das legislações e da sociedade frente ao entendimento das crianças e adolescentes como um grupo que necessita de cuidados especiais. A evolução legislativa foi um processo demorado, principalmente no Brasil, até por conta dos regimes políticos que se sucederam no ao longo dos anos.

Como objetivo, busca-se analisar os pressupostos teóricos da literatura relacionada à temática, desenvolvendo estudo sobre a evolução da concepção de infância e juventude como grupo especial destinatário de proteção especial e sobre as mudanças na legislação brasileira relacionadas ao tema.

A presente pesquisa revela-se importante por abordar a evolução histórica de concepções acerca de crianças e adolescentes, apresentando aspectos do processo evolutivo da legislação no Brasil e no mundo, possibilitando ter uma visão mais realista e crítica da situação histórica. A bibliografia é baseada em textos de autores do ramo do Direito Constitucional, Direito Internacional e História.

Diante da presente pesquisa, espera-se que o leitor consiga refletir sobre a

---

1 Acadêmica do Curso de Direito – 9º Semestre da Setrem.
2 Professor do Curso de Direito da Setrem.

temática e entender a importância dessa evolução dentro do campo do Direito, bem como incentivar a realização de novas pesquisas no meio acadêmico.

O artigo está dividido em duas partes, sendo que a primeira explica a evolução histórica da concepção de infância e juventude, delineando o momento em que surge a preocupação com esse grupo até chegar à compreensão atual, enquanto que a segunda parte trata da evolução legislativa dentro do Brasil no que diz respeito às crianças e adolescentes.

2. DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal de 1988 (CF88) foi inovadora ao trazer direitos fundamentais para todas as pessoas dentro da República Federativa do Brasil, dentre esses direitos (art. 5º, *caput*) pode-se citar a igualdade perante a lei, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, sendo que o princípio da dignidade humana permeia os demais (art. 1º, *caput*, e inciso III).

Existe um grande número de crianças e adolescentes com seus direitos fundamentais grosseiramente violados e, em alguns casos, sequer possuem direitos assegurados, bem como sofrem com a falta de intervenção e/ou fiscalização dos órgãos protetivos deste grupo tão especial.

Para melhor divisão do presente estudo, o capítulo será dividido em duas partes, abordando-se, num primeiro momento, a concepção histórica da infância e adolescência e, após, uma análise da evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil.

2.1 CONCEPÇÃO HISTÓRICA DE INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

É pertinente compreender o caminho trilhado para a criação da concepção de infância e da juventude, sendo fases de grande importância na construção do ser social. Segundo Henick (2015), essa concepção é bem recente, sendo que a psicopedagogia somente começou a se preocupar com o tema no final do século XIX e início do século XX.

Zapater (2019) afirma que o processo de reconhecer um indivíduo como pessoa não se dá apenas com crianças e adolescentes, para compreender esse fenômeno é necessário remontar ao séc. XVIII, quando se inicia a modernidade. O século foi profundamente marcado por grandes revoluções que modificaram intensamente o ocidente.

As revoluções liberais, marcadas pelo iluminismo, transformaram a política, a economia, a cultura e a sociedade. Foi uma grande transformação paradigmática. As pessoas passaram a ser reconhecidas como livres e dotadas de igualdade, autonomia e racionalidade. Assim nasce um indivíduo que é protagonista de suas narrativas públicas e privadas (ZAPATER, 2019).

A partir desses pensamentos idealizados pela escola iluminista, verifica-se a criação de uma mentalidade em que os humanos se enxergam como seres únicos e iguais entre si ao mesmo tempo. Zapater (2019) ainda afirma que as pessoas acreditam no laço de humanidade. Inicia-se a construção do "Eu" como um reflexo da consciência e experiência humano coletiva de entender o semelhante como outra pessoa.

O ideal liberal retirava o poder divino que existia na Idade Média, passando a abrir o caminho de criação do Estado Moderno, o qual não é mais governado por aquele "escolhido por Deus", mas sim pela livre escolha dos cidadãos, sendo todos considerados iguais entre si (ZAPATER, 2019).

As crianças e adolescentes eram considerados seres sem valor e facilmente substituíveis. Henick (2015), ainda complementa que não existia a concepção de infância e crianças eram tidas como pequenos adultos, dispensando todas as peculiaridades necessárias para o bom desenvolvimento da criança. A partir do momento em que o menor começava a demonstrar independência física, já era considerado apto ao labor como qualquer outro adulto.

Zapater (2019) ainda refere que os pilares jurídicos do poder republicano se dão, por exemplo, com o surgimento da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que consagrou a Revolução Francesa em 1788, e a Declaração de Direitos de Virgínia em 1776. Ambas declarações se baseavam no reconhecimento da liberdade e igualdade entre os indivíduos.

Dentro do campo do Direito, por meio dessas inovações jurídicas do século XVIII, inicia-se um processo de identificação e concepção da pessoa, ou seja, para que ela se torne titular de direitos e um sujeito de Direito. Essa ideia não foi concebida como uma ideia biológica, mas sim baseada no entendimento do homem por meio da racionalidade moderna (ZAPATER, 2019).

Embora a ideia de concepção da pessoa tivesse uma premissa universal, cria-se uma acepção filosófico-política, marcada por características históricas, geográficas, culturais e sociais, surgindo então uma concepção que sobrepõem valores individuais, indo contra a tradição secular judaico-cristã (ZAPATER, 2019).

Zapater (2019) complementa que essa nova concepção de organização da sociedade, de considerar todos os indivíduos iguais perante a lei, relembra as atuais legislações vigentes, entretanto, naquela época não era toda e qualquer pessoa que era considerada titular de direitos e sujeito de direito.

Portanto, para ser titular de direitos e sujeito de direito não bastava simplesmente nascer enquanto ser humano, tendo em vista que juridicamente não se reconhecia uma pessoa como humana somente pelo simples fato de estar viva.

Zapater (2019) explica que para ser considerado um sujeito capaz, ou seja, um sujeito de Direito, é necessário que suas aptidões apresentem "mediação contínua de formas interpessoais de alteridades e de formas institucionais de associação para se tornarem poderes reais aos quais corresponderiam direitos reais" (ZAPATER, 2019, p. 25 *apud* RICOEUR, 2008, p. 25).

Portanto, todo o discurso de proteção aos Direitos Humanos na verdade não é universal, mas sim obedece a finalidades políticas e é extremamente seletivo. A exemplo disso pode-se citar a exclusão de crianças, mulheres e negros na concepção humana iluminista, doutrina guia para a transformação política da época (JOAS, 2012 *apud* ZAPATER, 2019).

Joas (2012) ainda explica como a história preferiu narrar essas questões de coletividade:

> Escolhem-se episódios de violência em detrimento de outros cujo passado (a exemplo dos negros escravizados e da exclusão das mulheres e crianças na transformação política iluminista) não é assimilado. [...] E essa escolha sobre quais eventos serão narrados como traumas coletivos e quais ficarão à sombra é feita a partir de um referencial valorativo que, como qualquer outro, priorizará determinados episódios em detrimento de outros (JOAS, 2012, p. 112-115 apud ZAPATER, 2019, p. 27).

Portanto, dizer que os Direitos Humanos são universais é uma grande falácia, ou melhor dizendo, uma ficção cultural. E se por meio de toda essa base filosófica não se conseguiu definir o que é ser humano, quem dirá o reconhecimento de crianças enquanto sujeito de Direito.

A família, por meio do Contrato Social, passa a ser a forma mais antiga e natural de uma sociedade, ou seja, tal contrato quebra com o paradigma de poder legítimo do rei sobre seus súditos. Tira-se a figura do rei e cria-se a figura do chefe de família, geralmente representado pelo pai, que necessariamente, na época, deveria ser um homem burguês.

Se até o séc. XVIII a criança não era vista como parte da sociedade, a partir

dessa mudança política a criança passa a ser responsabilidade do seio familiar, mais especificamente da figura materna.

Ainda que não vista como um sujeito de Direito, a criança ganha enfoque nesse modelo de sociedade por representar força de trabalho a ser explorada, devendo ser mantida e cuidada pela família para que sobrevivesse ao período da infância e pudesse vir a se tornar um trabalhador (ZAPATER, 2019).

Zapater (2019, p. 29) complementa dizendo:

> Nesse período entre o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX, não obstante esse princípio de interesse sobre sua figura, a criança não é vista como nada além de um objeto de tutela dos adultos, e somente as situações que representassem risco à ordem social eram objeto de intervenção do Estado.

O conceito de infância e juventude é muito recente, tendo em vista que somente no início do século XX, por meio da ideia de menoridade, que se definiu a infância e juventude como o período em que se deve prevalecer a construção de valores morais de relevância social e psicológica para crianças e adolescentes (HENICK *apud* ARIÉS, 2015).

No período pós Segunda Guerra Mundial, com o movimento jurídico-social das Nações Unidas, inicia-se uma nova perspectiva da infância, o que possibilitou a criação de tratados internacionais e organizações de diferentes temas, entre eles estava inclusa a defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (ROSEMBERG; MARIANO, 2010).

A Declaração Universal de Direitos Humanos e da Declaração dos Direitos da Criança inaugurou o marco histórico da consciência da importância dos menores, principalmente na esfera internacional (SILVA, 2013).

No campo do direito internacional, desde 1959, por meio da Declaração dos Direitos da Criança estabelecida pela ONU, iniciou-se o reconhecimento da criança enquanto sujeito de direito e destinatário de proteção integral, independentemente de sua situação familiar, renda ou outra circunstância social.

Diante do exposto, percebe-se que, numa perspectiva histórica, a criança não era tratada como um ser humano detentor de direitos e com necessidades especiais para ter um bom desenvolvimento enquanto pessoa na sociedade, pensava-se apenas na proteção da criança para que ela pudesse vir a se tornar mais mão de obra a ser explorada pelos detentores de capital.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Quanto à implementação de proteção a crianças e adolescentes no Brasil, cabe ressaltar que, embora um tanto atrasado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é referência no que diz respeito a legislações protecionistas e políticas voltadas à infância e adolescência. Grande parte da demora para a implementação de políticas voltadas a essas minorias decorre do histórico político brasileiro, uma vez que fomos colônia de exploração.

Um dos requisitos para uma legislação que dê cidadania é a necessidade de um Estado não monárquico, e o Brasil só veio a ter uma república de fato em 1989, com o fim do período ditatorial. Zapater (2019) relembra que enquanto países europeus afirmavam a liberdade dos indivíduos e assegurava um tratamento igualitário, o Brasil só veio a prever isso legalmente com a Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como a Constituição Cidadã, inaugurou profundas mudanças no tratamento jurídico com os cidadãos e de fato pôde proporcionar cidadania para toda a população brasileira. Foi um marco no que diz respeito a Direitos e Democracia, tendo grande influência das Revoluções Liberais do séc. XVIII.

Para explicar o contexto político anterior à promulgação da Constituição de 1988, Zapater (2019, p.32) explica que:

> Em 1930, o primeiro golpe de Estado de Getúlio Vargas produz intensa instabilidade política até 1934, quando Vargas entrega uma nova Constituição, prevendo uma até então inédita gama de direitos sociais (inclusive assegurando o voto feminino, já inserido no Código Eleitoral dois anos antes). Porém, em 1937, outro golpe de Estado instauraria a ditadura do Estado Novo, impondo uma nova constituição, bastante restritiva quanto aos direitos individuais. Serão 15 anos de ditadura varguista no Brasil, durante os quais, aliás, são decretados por atos do Poder Executivo nossos Códigos Penal e de Processo Penal, ainda hoje em vigor.

A Era Vargas foi marcada por direitos sociais e instabilidade política, sendo considerada uma ditadura por restringir as liberdades individuais. Entretanto, foi neste período que surgiram as codificações penais que são utilizadas até hoje.

Fugindo do autoritarismo da época, em 1946 os brasileiros puderam experimentar respingos de democracia com a promulgação de uma Constituição Federal. Porém o período foi extremamente curto, a democracia que estava começando a surgir logo foi derrubada em 1964 com um novo golpe de Estado e início de mais um período ditatorial (ZAPATER, 2019).

Afirma Silva (2013), no que tange aos Tratados Internacionais sobre proteção infanto-juvenil, que o Brasil tem ratificado inúmeros textos internacionais, incorporando-os ao ordenamento jurídico, seja por meio de Decreto ou como inspiração na criação de novas Leis. Dentre os tratados assinados, pode-se destacar o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, ratificado no Brasil em 1992 por meio do Decreto 678, o qual prevê que a proteção de crianças e adolescentes deve se dar pelo Estado, sociedade e família.

Há também a Declaração Universal de Direitos Humanos, que em seus artigos XXV e XXVI tratam sobre direitos da infância e maternidade, dando-lhes caráter especial. Ainda, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, adotada pelo Brasil com o Decreto nº 99.710/1990 (SILVA, 2013).

Dentro do Brasil-Colônia, as crianças e adolescentes eram objeto de proteção social; dentro do cenário de Brasil-Republica, tornam-se objeto de controle e disciplinamento; do séc. XX até a década de 80, eram vistas como um objeto de repressão social; e após a redemocratização em 1991, passam a se tornar sujeitos de direito (ZAPATER, 2019).

Zapater (2019), ao falar da Constituição de 1824, explica que os indivíduos não eram reconhecidos como sujeitos de Direito. Existia uma espécie de diferenciação de pessoas, como uma classe de privilegiados, sendo incorporada por quem tivesse renda anual maior que duzentos mil réis.

Por outro lado, com a 1ª República surge a Constituição de 1891, a qual dá fim ao período imperial brasileiro. Foi a primeira constituição a trazer direitos civis e separar o Estado do Clero, instituindo princípios de laicidade dentro do Estado (ZAPATER, 2019).

Com o crescimento de crianças e adolescentes arruaceiros, o Estado se vê obrigado a criar políticas higienistas, inclusive para crianças em situação de abandono. Assim, em 1902, cria-se o primeiro Instituto Disciplinar (ZAPATER, 2019).

Em 1927 surge o Código Mello Mattos, que tinha como premissa regularizar a situação de jovens delinquentes e abandonados. O referido código não fazia a divisão dessas duas classes de menores e dava o tratamento igualitário para todos, sendo somente consideradas pessoas em situação irregular (ZAPATER, 2019).

Somente em 1934, com a Era Vargas, a família é inserida no texto constitucional, sendo uma invocação por possuir os chamados “direitos sociais”. Zapater (2019) complementa dizendo que, embora constar a família na constituição

fosse algo inovador, a realidade era que o Estado se viu obrigado a normatizar o que era família.

Em 1946, com o fim da ditadura de Vargas, inicia-se um novo período dentro da estrutura jurídico-política brasileira, a Constituição desse ano traz os mesmos direitos sociais introduzidos pela Constituição de 1934 e retira as restrições criadas com a Constituição de 1937 (ZAPATER, 2019).

Com o golpe militar de 1964, todo o avanço social é perdido, iniciando um novo regime autoritarista no Brasil. Cria-se a FUNABEM por meio da Lei 4.513/64 e o início da implantação da Política Nacional do Bem-Estar do Menor em cada Estado da União (ZAPATER, 2019). Tinham como premissa ir "integrando-se a programas nacionais de desenvolvimento econômico e social, dimensionando as necessidades afetivas, nutritivas, sanitárias e educacionais dos internos e racionalizando os métodos" (PASSETTI, 1999, p. 363 *apud* ZAPATER, 2019, p. 51).

A Constituição Federal de 1964 ficou em vigor até 1967, quando foi criada uma nova Constituição, mas a de 1946 não era materialmente utilizada, tendo em vista que os militares operavam por meio dos Atos Institucionais e não pela disposição da Constituição (ZAPATER, 2019).

A Constituição de 1967 restringiu mais ainda os direitos sociais e as liberdades individuais, sendo mantida em vigor até 1985. Nesse período surgem novas prerrogativas e necessidade referente à infância e à juventude.

No Brasil, apenas em 1978 surge a primeira legislação que previa proteção de crianças e adolescentes, por meio da Lei 6.697/1978, que instituiu o Código de Menores, substituta do Código Mello Mattos de 1927, que levou este nome em homenagem ao seu autor (FONSECA, 2014).

Na sequência, a Constituição Federal de 1988, ao falar dos deveres da família, consagrou para as crianças, adolescentes e jovens total prioridade na implementação e efetivação de seus direitos. É a redação do art. 227 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).

Assim, fica estipulado o compromisso solidário entre Estado e família na proteção de crianças e adolescentes, garantindo-lhes uma vida digna e protegendo seus direitos, tendo em vista que esse grupo social futuramente atuará na sociedade,

alavancando o progresso.

A Doutrina da Proteção Integral se dá no entendimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, não sendo mais vistos como objetos destinados a se tornarem titulares de diretos e destinatários de absoluta prioridade (FERREIRA; DÓI, 2021).

Em 1990, com a ressignificação da infância, é criado o Conselho da Criança e do Adolescente, o qual classificou e esclareceu os direitos dos menores e os princípios que deveriam nortear as políticas de atendimento para essas pessoas. Também foi determinada a criação de Conselhos da Criança e do Adolescente e dos Conselhos Tutelares para poder dar apoio na criação de políticas públicas e zelar pela proteção dos direitos de crianças e adolescentes, fiscalizando entidades governamentais e não-governamentais (CRAIDY, 2001 *apud* CALDEIRA, 2010).

Com a Emenda Constitucional nº 65/2010 foi incluída a expressão "jovem", uma vez que a Constituição se restringia a crianças e adolescentes. Tal dispositivo teve grande relevância, tendo em vista a falta da atividade Estatal em cumprir deveres para com a proteção da infância e juventude. A Emenda Popular "Criança e Constituinte" teve como objetivo primordial cuidar do menor para que, no futuro, contribua no progresso do país e não incorra em delinquência (BODIN DE MORAIS; BROCHADO TEIXEIRA, 2013).

A Lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi aprovada com a intenção de efetivar a proteção destes, resguardando seus direitos e colocando a salvo as políticas de proteção. Referido diploma legal consolidou normativas e direitos para crianças e adolescentes dentro do nosso ordenamento jurídico, conforme afirma Rossato (2019), classificando esse grupo social como vulnerável e detentor de direitos especiais.

Diante do exposto, nota-se que o ordenamento jurídico tem se adaptado da melhor maneira possível, desde que promulgada a Constituição Federal de 1988, para garantir que crianças e adolescentes sejam considerados como sujeitos e titulares de direitos, e que, em virtude de sua peculiaridade, necessitam de proteção especial. Com a aderência da Doutrina de Proteção Integral, rompe-se a antiga visão de que crianças e adolescentes são meras propriedades, cabendo ao Estado preservar o conjunto de direitos e garantir o desenvolvimento saudável desse grupo social.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção de infância e juventude passou por diversas etapas ao longo da história do mundo, sendo que até o início das revoluções capitalistas não existia essa distinção do que era uma criança e um adolescentes, todos eram vistos como pequenos adultos e não se dava a devida atenção a esse grupo social.

As crianças não eram tratadas como seres detentores de direitos e com necessidades especiais para ter um bom desenvolvimento enquanto pessoa na sociedade, pensava-se apenas na proteção da criança para que ela pudesse vir a se tornar mão de obra no futuro.

Portanto, a proteção que existia anteriormente era somente em benefício do capital, e não do bem-estar desse grupo social especial. Protegiam-se os menores para que pudessem ser explorados pelos detentores de capital assim que atingissem algum grau de destreza, não importando a idade que possuíam.

No Brasil essas evoluções na proteção de crianças e adolescentes foi ainda mais demorada, tendo em vista os regimes políticos autoritários que foram vivenciados ao longo dos anos e fato de termos passado por um processo de colonização no qual crianças e adolescentes sempre foram tratados como adultos.

O grande salto no que diz respeito à proteção de crianças e adolescentes se deu com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, que teve forte influência da própria Constituição Federal de 1988 e da comunidade internacional. Todo esse processo histórico hoje está finalmente se alinhando.

Assim, verifica-se que a nível mundial iniciou-se a preocupação em definir e proteger a infância e juventude com a criação das Nações Unidas, após a 2ª Guerra Mundial, e no Brasil isso somente veio a ocorrer de fato com o fim do período ditatorial e início da democracia. Internacionalmente essa preocupação foi mais latente do que nacionalmente.

REFERÊNCIA

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução Dora Flaksman. 3ª Ed - Rio de Janeiro: LTC, 2022.

BODIN DE MORAIS, Maria C., BROCHADO TEIXEIRA, Ana C. Comentário ao artigo
227. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CALDEIRA, Laura Bianca. **O CONCEITO DE INFÂNCIA NO DECORRER DA HISTÓRIA**. Disponível em:<http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/Pedagogia/o_conceito_de_infancia_no_decorrer_da_historia.pdf>. Acesso em: 10 out 2021;

DÓI, Cristina Teranise; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Criança e Adolescente:** A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas (Comentários ao art. 143 do ECA). Ministério Público Do Estado Do Paraná. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html#> Acesso em: 15 out 2021;

FONSECA, Júlia Brito. **Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2014. Disponível em: <https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146196/codigo-de-menores-e-o-estatutoda-crianca-e-do-adolescente> Acesso em: 15 out 2021.

HENICK, Angelica Cristina. **HISTÓRIA DA INFÂNCIA NO BRASIL**. ISSN 2176-1396. Disponível em: <https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/19131_8679.pdf> Acesso em: 12 out 2021.

ROSEMBERG, Fúlvia Carmem; MARIANO, Lúcia Sussel. **A convenção internacional sobre os direitos da criança**: debates e tensões. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/gvh6jf9BxZFWyZzcbSDWpzk/?lang=pt# > Acesso em: 10 out 2021;

ROSSATO, Luciano Alves et. al. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo.11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

SILVA, Marco Junio Gonçalves da. **Tratados internacionais de proteção infanto-juvenil**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-117/tratados-internacionais-de-protecao-infanto-juvenil/> Acesso em: 15 out 2021;

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DAS MOEDAS METÁLICAS ÀS DIGITAIS: TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS E REFLEXOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Anderson Henrique Reis Schuh[1]
Rodrigo Severo[2]

Resumo: As moedas digitais se apresentam como um instrumento em constante evolução, possibilitando e facilitando as transações a nível global. Apresenta-se uma pesquisa sobre a evolução das moedas físicas, sua evolução histórica global até as moedas digitais e seu possível uso pelo Estado Brasileiro como moeda nacional, o Real digital, que torna-se cada vez mais uma possibilidade como moeda eletrônica. Paralelo a evolução das moedas metálicas às digitais, as transformações contemporâneas e reflexos no Direito Tributário e na legislação são objeto de olhar atento com o propósito de possibilitar uma compreensão do contexto atual que envolve o tema, bem como traçar um paralelo com a análise legislativa, em especial a tributária. Discorrendo sucintamente sobre evolução tributária no Brasil, se apresenta resumidamente as criptomoedas, o motivo de sua origem, especialmente o Bitcoin que revolucionou a utilização das moedas eletrônicas, especialmente o uso deste meio para evasão fiscal, e lavagem de dinheiro, devido ao sigilo e limitações de interceptações nas transações. A rede blockchain utilizada para validar e autenticar suas transações.

Palavras-chave: Moedas digitais. Direito Tributário. Planejamento tributário.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo surge como parte de um projeto que se propõe a celebrar o centenário da Sociedade Educacional Três de Maio – SETREM, proporcionando um momento de discussão e reflexão sobre as transformações do Direito ao longo de 100 anos, e possui como objetivo apresentar sucintamente a evolução da moeda no decorrer do tempo, passando pelas moedas metálicas, até chegar contemporaneamente as moedas digitais.

O percurso inicial dessa trajetória no tempo – do passado ao presente – dá-se com resgate histórico da origem da moeda de troca, o uso das cédulas, as modificações da moeda brasileira. Apresentando estudo sobre o "real digital", que tem significativa motivação no surgimento atual das criptomoedas, abordando alguns de seus desafios ao Direito tributário, e reflexos no Sistema Tributário Nacional. E, ao final, com o propósito de trazer um paralelo com as moedas digitais, se apresenta um breve recorte histórico da evolução do Sistema Tributário Brasileiro ao longo dos quase 100 anos de existência, e mais de meio século do Código Tributário Nacional.

---

[1] Discente do 10º semestre do Curso de Direito da Sociedade Educacional Três de Maio – Setrem. E-mail: andersonhrschuh@gmail.com
[2] Professor do Curso de Direito da Setrem. Mestre em Desenvolvimento e Políticas Públicas pela UFFS. Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL. Graduado em Direito pela Unijuí. Graduado em Ciências Contábeis pela Anhanguera. Procurador Jurídico. E-mail: rodrigo.severo@setrem.com.br.

Neste sentido, como procedimento técnico, conforme Pereira (2019), a pesquisa bibliográfica foi desenvolvida a partir de materiais já elaborados, constituído principalmente de livros e artigos científicos. O processo metodológico quanto aos fins da pesquisa teve como principal propósito explorar, e quanto ao procedimento identificar bibliografia para a compreensão do objeto de estudo, possibilitando uma compreensão do contexto atual que envolve o tema, bem como traçar um paralelo com a análise legislativa, em especial a tributária.

2 DESENVOLVIMENTO

Sob um olhar histórico as moedas surgiram como forma de intermediar as transações, servindo como meio de pagamento, em alternativa evolutiva aos depósitos de bens, como o caso de semoventes, cereais, grãos, minerais; etc. Impulsionadas pela aceitação geral devido sua utilidade, facilidade de troca, segurança e transporte pelo portador. (PINHEIRO, 2019).

Inicialmente as sociedades utilizavam-se do escambo. Posteriormente com a evolução econômica e social, foi aos poucos sendo substituída por produtos que posteriormente passaram a equivaler a moedas, como forma de pagamento. Consequentemente impulsionando a aceitação de moedas metálicas, devido sua facilidade de padronização nas transações financeiras. (PINHEIRO, 2019).

A variação das moedas, bem como a diversidade do seu material de criação, como o ouro ou prata, obrigou com que fossem pesadas as peças. Entretanto, este processo gerava certo atraso nas transações, e para facilitar esse processo, começou-se uma nova etapa, que dava mais segurança e valor as moedas, quando passaram a ser depositadas em bancos que se propunham a entregar-lhes certificados de depósitos no valor entregue. Desta forma, inicia o surgimento do papel em moeda, como utilizado atualmente. Assim, num primeiro momento tal espécie estava lastreada a algum metal nobre, como o ouro, prata ou mesmo o cobre. (PINHEIRO, 2019).

A principal evolução da moeda Brasileira surge quase três décadas antes do Código Tributário Nacional, e, é a partir de 1942 que emerge, principalmente com o surgimento do sistema monetário brasileiro, em meio ao século XIX, momento em que a Casa da Moeda passou a imprimir as primeiras cédulas. Posteriormente, as alterações pautaram-se nas circunstâncias econômicas do país, como sua estabilidade econômica e institucional, mas é perceptível, com maior evidência, alterações a partir de 1964, pois

deste ano até 1994 o Brasil alterou oito vezes sua moeda, passando do cruzeiro ao real físico e possivelmente ao real digital.

E, neste interregno de tempo é observado grande evolução da legislação tributária Brasileira, sendo que em 1889 houve a Proclamação da República e a definição de um sistema tributário em 1891. Em 1934, a definição das divisões das receitas e as competências tributárias, em 1946 a Constituição já traçava significativos valores e princípios que serviram para a elaboração do projeto do Código Tributário Nacional, que passou por discussões na década de 50, e o anteprojeto foi finalizado por Rubens G. Souza, no entanto, foi só promulgado em 1966. Período seguido do Regime Militar em 1964/1965, com objetivo de arrecadar valores aos cofres públicos, impulsionando a criação do atual Sistema Tributário Brasileiro, culminando na Constituição Federal de 1988 que recepciona o Código Tributário Nacional. A Constituição de 1988 apresentou a redemocratização do Estado Brasileiro, evidenciando limitações ao poder de tributar e a liberdade da propriedade privada. (ABRAHAM. 2020).

Porém, é na Constituição de 1967 que as matérias tributárias passaram a expressar maior importância, manifestando a necessidade de serem reguladas por meio de lei complementar, por se tratarem de normas gerais de Direito Tributário, imposição que se manteve no artigo 146, III, da atual Constituição Federal de 1988, em consequência da Constituição de 1967, pois manteve em seu bojo normativo e principiológico disposições no sentido de que as normas gerais referentes ao Direito Tributário deveriam ser tratadas por lei complementar. E, assim, nas Constituições anteriores, a Lei ordinária nº 5.172/66 – CTN – ao aproximar-se da Constituição de 1988, passa a ser recepcionado como lei complementar, em razão do princípio da recepção constitucional, face a previsão de que esta matéria afeta a leis complementares.

Apesar da significativa evolução visualizada percebe-se que a direção evolutiva do meio financeiro continua, mas agora das moedas de troca para a digital, pois a tendência global é que se torne um produto eletrônico, substituindo a moeda física (PINHEIRO, 2019). Neste sentido, o Banco Central divulgou uma nota sobre a criação da moeda digital brasileira, destacando seu estudo desenvolvido com base na evolução tecnológica. (BRASIL, 2022).

Evolução que origina-se com a erupção das criptomoedas, alterando a estrutura da relação jurídico social, impulsionada pela revolução industrial, especialmente na relação econômico e tributária. A denominada de economia digital, cujo objetivo é possibilitar transações inexistentes até o momento (ZILVETI *et al*, 2020), se propõe a possibilitar,

por meio das criptomoedas, uma alteração dos meios de transações e pagamentos existentes, impulsionando a usabilidade de moedas digitais e a busca por finanças descentralizadas.

Fenômeno que "pode", em substituição, ter se acelerado, e possuir ligação com a eclosão de casos relacionados a *offshores* em paraísos fiscais, com repercussão mundial, como foi o "Panama *papers*" e recentemente "pandora *papers*" que foram um conjunto de milhões de documentos confidenciais de autoria de uma sociedade de advogados do Panamá que forneceram informações detalhadas de milhares de empresas com *offshores* em paraísos fiscais, desmascarando as identidades dos acionistas, administradores e suas transações.

As criptomoedas estão tornando-se cada vez mais utilizadas, adquirindo espaço no mercado financeiro, como meio de investimento e forma de pagamento (ZILVETI *et al*, 2020). Entretanto, ao passar do tempo, tais moedas digitais possuem cada mais utilidade devido a rede *blockchain* utilizada, seja como "reserva de valor", moeda de troca, ativo financeiro, meio para utilização de empréstimos e finanças descentralizadas; e um meio para desviar da tributação.

A rede utilizada para as transações de moedas digitais descrita, é descentralizada, armazenada e certificada pelos seus usuários através da internet, constituindo-se em uma rede estabelecida por meio de blocos em série, onde cada bloco encontra-se interligado a outros. (ZILVETI *et al*, 2020),

O debate sobre tais moedas elevou-se com o Bitcoin em 2008, tendo sido criado por alguém ou um grupo de pessoas denominado *Satoshi Nakamoto* – não há precisão sobre quem seja o criador. O objetivo é ser um meio de pagamento seguro e independente das autoridades de controle, ou seja, do Estado. A forma de utilização ocorre através do *blockchain*, permitindo autenticidade entre as transações vinculadas a rede. (ZILVETI *et al*, 2020).

Diferentemente de outras moedas estatais como o Dólar ou Real, o Bitcoin não possui um banco central como responsável pela fiscalização, ou por sua emissão. Contudo, sua existência ocorre devido a rede computacional que esteja interligada pelo *blockchain*, sendo seus usuários responsáveis por autenticar e confirmar os movimentos na rede, e este processo é denominado mineração (ZILVETI *et al*, 2020).

A mineração – que hoje é tema de discussão acalorada em artigos tributários, em relação a incidência ou não de ISS (Imposto sobre a prestação de serviços) e IR (Imposto de renda) – ocorre pelos mineradores, ou seja, pelos usuários que utilizam a *blockchain*

para resolver equações matemáticas que envolvem os algoritmos criptografados resultando em novos blocos, registrando os dados das transações, mas tal atividade utiliza grande quantidade de energia elétrica e computacional (ZILVETI *et al*, 2020), gerando considerável investimento em equipamentos. Assim a rede *blockchain* busca legitimar as transações ocorridas, conforme abaixo:

> Significa dizer que o minerador cria novos blocos para registro de transações no blockchain, visando confirmar e dar publicidade à elas, distinguindo, dessa forma, transações legítimas de tentativas de gasto duplicado das criptomoedas. O método é feito para ser difícil e ter um uso intensivo de recursos. Esse registro de transações, apesar de possuir aspectos em comum com o livro-razão, não pode ser equiparado ao livro contábil, uma vez que não registra as informações de uma companhia ou de um grupo econômico, mas, sim, da rede de computadores como um todo. O registro da transação (Proof of Stake – PoS) é chamado de forging, uma certificação de um pedaço de criptomoeda. (ZILVETI *et al*, 2020, p. 10).

Assim, a rede de mineração possui o objetivo de confirmar e interligar as transações, por meio de um ambiente seguro e inviolável. Sendo a rede sustentada por seus integrantes (minerados) que resolvem as equações resultando na ligação de dados entre os blocos (ZILVETI *et al*, 2020). Devido ao "trabalho" realizado, os usuários são recompensados com moedas digitais ou com taxas pelas transações concluídas, tornando sustentável o ecossistema.

Embora toda estrutura envolvida, atualmente encontra-se dificuldades em definir o Bitcoin como moeda digital, devido a sua indisponibilidade e maior permeabilidade, tendo em vista que para transacionar um Bitcoin como forma de pagamento, seu custo é elevado e muito lento, gerando baixa utilidade para a sociedade em geral; isto acrescido a insegurança, pois não há uma autoridade estatal administrando sua emissão e confirmando suas transações. (ZILVETI *et al*, 2020).

E, de acordo com Zilveti (2020) o uso da nomenclatura moeda digital para o Bitcoin é incorreto sob a ótica civil e tributária, devido à dificuldade em definir ainda a sua natureza jurídica. Pois, existe uma preocupação crescente em especial no mundo jurídico, frente a nebulosidade tributária existente, inclusive a corte norte-americana considera que o Bitcoin possui semelhança as moedas, e está sujeito a legislação que combate à lavagem de dinheiro. Motivando seu uso como meio para paraísos fiscais, devido à escassez legislativa, acrescido do anonimato nas transações, visto que não há como identificar as partes negociantes dos ativos; existindo apenas a possibilidade de identificarmos as carteiras utilizadas nas transações, o valor enviado e as taxas pagas, mas não seus proprietários.

Dentro de todo este contexto em que eclodem as moedas digitais, surgem paraísos fiscais com tributação reduzida, as transações passam rapidamente a serem digitais, a economia se acelera por meio das negociações internacionais e o fenômeno da globalização torna-se materialmente inconcusso, os países que fazem parte do G7 e G20 endossam a nível mundial a discussão sobre a taxação mínima de multinacionais, com a reformulação do sistema tributário global, e com o propósito de garantir um imposto mínimo de 15% sobre os lucros (CONJUR, 2021). Fenômeno que muito em breve terá como alvo as moedas digitais, face a sua popularização e necessidade de regulação como atualmente é perceptível com os projetos de leis em gestão no Congresso Nacional Brasileiro (Projetos de lei nº 3.825/2019, nº 3.949/2019, nº 4.207/2020 e nº 4.401/2021). (CORRÊA, 2022)

Em síntese, as moedas eletrônicas são utilizadas, por alguns, como forma de se esquivar tributariamente dos Fiscos, uma espécie de "paraíso fiscal", tendo em vista a impossibilidade de acesso às contas digitais pelas autoridades fiscais, impossibilitando sua fiscalização, verificação da fonte da receita e consequentemente tributá-la, favorecendo um planejamento tributário que pode ser lícito (elisão fiscal) ou ilícito (evasão fiscal), como no caso de sua utilização para lavagem de dinheiro (TEIXEIRA, *2020)*, devido as vantagens do uso da rede *blockchain*:

> O Blockchain possui duas grandes vantagens: a primeira é que uma mesma informação é armazenada em vários computadores, o que torna quase impossível a adulteração dos dados, que teria de alcançar todas as bases de armazenamento de forma simultânea. A segunda é que as informações são sigilosas, de forma que somente aquele que detém o acesso da conta no Blockchain pode informar o saldo de criptoativos e as operações que são realizadas entre contas presentes no mesmo sistema. (TEIXEIRA, 2020, p.530).

Assim, a utilização de tal mecanismo seguro e sigiloso torna-se em um ambiente fértil para os paraísos fiscais digitais (TEIXEIRA, 2020), ocasionando diversos debates sobre a possibilidade de uso das criptomoedas como forma de evasão fiscal, no qual utiliza-se da inexistência de legislações específicas, ou aproveita-se de seus conflitos quando existentes para chegar a sonegação fiscal. (ZILVETI *et al*, 2020).

Portanto, frente a utilização diversificada das criptomoedas no Brasil, e a necessidade de regulamentação por legislação, a Receita Federal do Brasil apresenta em 2019 a Instrução Normativa nº 1.888, evidenciando a necessidade de prestações de informações referente às operações de criptoativos em seu artigo 1º. Já o artigo 5º, inciso I da referida Instrução Normativa define a natureza jurídica como sendo uma

representação digital de valor, mas destaca que estes ativos não constituem moedas legais. Vejamos:

> Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:
> I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal. (BRASIL, 2019).

Ademais, de acordo com o Projeto de Lei nº 4.401/2021 a instituição que ofertar ou negociar criptomoedas deverá apresentar transparência nas negociações dos ativos, definindo meios de proteção à privacidade das partes envolvidas - garantindo segurança à informação e proteção de dados pessoais -, adotando governanças adequadas, controle de risco, e a prevenção de ilícitos, como a lavagem de dinheiro e o combate as organizações criminosas. Ainda, o mesmo Projeto busca dar nova redação ao artigo 171 do Código Penal, no qual adiciona-se o crime de fraude de ativos digitais, envolvendo pirâmides financeiras de criptomoedas, tendo em vista que entre 2020 e 2021 o montante perdido com fraudes aproxima-se de R$ 6,5 bilhões de reais. (DUARTE *et al*, 2022).

O referido Projeto também apresenta modificações tributárias, especificamente quanto a extrafiscalidade das normas, tendo em vista que possibilita a isenção ao Imposto de Importação (II) sobre os dispositivos eletrônicos e *software* utilizados por empresas fornecedoras de serviços em criptomoedas, desde que comprovada a utilização de energia renovável. (DUARTE *et al*, 2022). O objetivo é fomentar uso sustentável de energia, devido ao elevado gasto energético gerado pela mineração das criptomoedas que onera a sociedade. Desta forma, o Estado deixa de arrecadar tributos, sendo esta uma exceção a função fiscal arrecadatória, com base na sustentabilidade social, impulsionando a compra e uso de equipamentos sustentáveis.

No mais, Percebe-se que as moedas eletrônicas não constituem algo tão distante, mas para Zilveti (2020, p. 06) as moedas digitais não se confundem com criptomoedas, pois aquelas podem ser emitidas pelo Estado, e “armazenadas junto a instituições financeiras em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento em moeda nacional”.

Entretanto, se a moeda passar a ser emitida e controlada pelo Estado estas possuiriam legitimidades semelhantes a moeda física. E, é com base nesta perspectiva, assim como na busca da evolução econômica nacional que o Banco Central em 2022 emitiu uma nota pública afirmando que a versão piloto do Real digital provavelmente

estará disponível neste ano. Inclusive, para o desenvolvimento desta moeda estarão atuantes o Banco Santander; Itaú Unibanco, B3 (Bolsa Brasileira) e a *fintech* R3; as corretoras de criptomoedas Mercado Bitcoin e *Bitrust*; a Federação Brasileira de Bancos (Frebraban); a empresa *Gieseck+Devrie*, atuante no desenvolvimento de tecnologias de pagamento e infraestrutura digital; a *Aave* que é um protocolo de finanças descentralizadas (*DeFi*); e a *ConsenSys* que é uma empresa de tecnologia de *software blockchain*, em parceria com a Visa Brasil e *Microsoft*. Segundo o presidente do Banco Central um dos objetivos é a possibilidade de contratos inteligentes e finanças descentralizadas pela plataforma do Banco Central. (BRASIL, 2022).

Consequentemente, as moedas digitais estão adquirindo cada vez mais espaço na sociedade global, com o avanço de tecnologias impulsionadas pela internet que possibilitaram o surgimento de novos modelos de negócios, e de novas formas de se produzir, gerar e circular riqueza. E, dentro deste cenário que se define o fenômeno da economia digital, como sendo parcela da produção econômica, composta por diversos meios digitais, e utilizados na intermediação para o comércio e consumo de bens e serviços produzidos. Seja para o uso lícitos ou ilícito, ou utilizados como forma de planejamento tributário, ou lavagem de valores, com a possibilidade de uso para evasão ou elisão fiscal, as moedas acompanham a evolução humana, sendo muito provável a substituição dos meios de pagamento através das moedas físicas utilizadas atualmente, assim como foi ao logo dos tempos com as peças de ouro.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob a ótica histórica as moedas percorram grandes modificações. Inicialmente seu valor algo era definido com base em algum produto específico, ou seja, a moeda inicial era por algum produto da época. Posteriormente, devido a busca de um padrão que possibilitasse a aceitação como moeda de troca geral criou-se as moedas metálicas, no qual seu valor era definido pelo peso, mas isto gerava morosidade excessiva para as transações. E, com base na busca de um valor comum e eficaz, começou-se a deixar as moedas em bancos, e seus detentores passaram a obter certificados equivalentes ao valor. Assim, originando as primeiras cédulas de dinheiro. Atualmente verifica-se a utilização de moedas digitais.

Em relação a evolução econômica Brasileira, denota-se sua expressividade a partir de 1942, com o surgimento da moeda local. O histórico de alterações iniciou com o cruzeiro (1942 a 1967); seguido do cruzeiro novo (1967 a 197); retornado ao cruzeiro

(1970 a 1986); evoluindo ao cruzado (1986 a 1989); ao cruzado novo (1989 a 1990); novo cruzeiro (1990 a 1993); cruzeiro real (1993 a 1994) até o atual real, que possivelmente possuirá sua versão digital, impulsionada pelo uso de criptomoedas e suas tecnologias.

A evolução sucintamente apresentada evidencia as grandes mudanças ao longo dos últimos cem anos, e apresenta uma necessidade veemente de ser acompanhada pela legislação, em especial pela legislação tributária. Principalmente em relação a atuação do Fisco que em regra possui função arrecadatória e regulamentadora, no entanto, isto torna-se cada vez mais difícil com o uso da rede *blockchain*, face sua sigilosidade, e a impossibilidade de interceptações entre as transações, e na definição de seus usuários. Tornando-se não só uma opção que facilita as transações, mas também um meio para ilícitos fiscais.

Portanto a evolução histórica das moedas, impôs com que a legislação a acompanhasse, especificamente impondo novas alterações significativas na legislação tributária. Ainda mais agora, sendo necessário, em razão da moeda nacional que caminha para seu meio digital como as moedas eletrônicas. Contudo, a pesquisa apresenta como problema a ser resolvido pelo legislador como se comportará o uso de criptomoedas para ilícitos fiscais, motivando a continuação e acompanhamento da legislação, bem como a possibilidade do uso da rede *blockchain* pelo Estado-Fisco.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito tributário brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 15. ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2021.

BOMTEMPO, Eugênio Pacceli de Morais. **Transparência Tributária Internacional: Um cerco aos paraísos fiscais**. 2022. Disponível em: <http://conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/487/387>. Acesso em 04 jun. 2022.

BRASIL. **Banco Central do Brasil**. 2022. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/real_digital>. Acesso em 03 jun. 2022.

_____. **Banco Central do Brasil**. 2022. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/612/noticia>. Acesso em 03 jun. 2022.

_____. **Banco Central do Brasil**. 2022. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/17398/nota>. Acesso em 03 jun. 2022.

_____. **Banco Central do Brasil**. 2022. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/548/noticia>. Acesso em 03 jun. 2022.

_____. **Instrução Normativa nº 1888, de 03 de maio de 2019**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em: 03 jun. 2022.

CONJUR. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Acordo global prevê imposto mínimo de 15% para multinacionais.** 09 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-09/acordo-global-preve-imposto-minimo-15-multinacionais>. Acesso em: 04 jun. 2022.

_____. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **PL das criptomoedas traz repercussões significativas ao setor**. 03 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-03/duartee-evangelista-pl-criptos-traz-repercussoes-significativas>. Acesso em: 06 jun. 2022.

CORRÊA, Tayná Bregnoli Alves. Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Avanço dos criptoativos no Brasil e impactos da ausência de regulamentação.** 19 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-19/tayna-bregnoli-impactos-falta-regulamentacao-criptos>. Acesso em: 04 jun. 2022.

PEREIRA, Matias José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PINHEIRO, Juliano. **Mercado de capitais**. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2019

TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. **Paraísos fiscais digitais**. 2020. Anais – VIII congresso de Direito Tributário Internacional. p. 521-530. São Paulo: IBDT, 2020. Disponível em: <http://ibdt.org.br/biblioteca/wp-content/uploads/2021/08/ANAIS_VIII-CongressoInternacional.pdf>. Acesso em 04 jun. 2022.

ZILVETI, Fernando Aurélio; NOCETTI, Daniel Azevedo. **Criptomoedas e o sistema tributário do século XXI**. 2021. Revista Direito Tributário Atual nº 44. ano 38. p. 473-492. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1450/549>. Acesso em 03 jun. 2022.

DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Maria Gabriela Blum[1]
Raquel Diana[2]
Marcele Scapin Rogério[3]

Resumo: O presente artigo aborda aspectos da evolução histórica e princípios dos direitos humanos, em especial sobre a aplicação internacional das garantias e proteção aos indivíduos. O método utilizado para o estudo foi o bibliográfico, tendo como eixo a pesquisa em doutrinas. O estudo objetiva conhecer e expor a evolução histórica no que se refere a regulamentação e positivação dos direitos humanos no âmbito internacional. A problemática a ser solucionada visa verificar quais acontecimentos foram necessários para a criação e efetivação dos direitos humanos, como também analisar se os marcos instrumentais ao longo dos anos refletiram no direito internacional e contribuíram para a efetivação da proteção aos indivíduos. Nesse sentido, o artigo proporcionará conhecimentos à sociedade no que se refere às garantias das pessoas, em especial aos acontecimentos que foram necessários ocorrer para que as referidas garantias fossem positivadas. Conclui-se, portanto, que o estudo se faz necessário, a fim de expressar as violações aos direitos humanos já vivenciadas pela humanidade através de guerras ao longo dos anos, bem como demonstrar a evolução da proteção dos indivíduos ocasionada pela urgência de tutela da vida perante a esfera internacional.
Palavras-chave: Direitos Humanos. Proteção. Internacional.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo parte do pressuposto de expor a trajetória dos direitos humanos no âmbito internacional, de modo a evidenciar a barbárie vivenciada pelos indivíduos que foram vítimas do holocausto nazista, o qual ceifou milhões de vidas inocentes de forma brutal, dado que na época inexistiam sistemas de proteção e garantias aos seres humanos.

A problemática a ser solucionada visa verificar quais acontecimentos foram necessários para a criação e efetivação dos direitos humanos, como também analisar se os marcos instrumentais ao longo dos anos refletiram no direito internacional e contribuíram para a efetivação da proteção aos indivíduos.

Para a sustentação metodológica, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a fim de verificar fundamentos, conceitos e evolução histórica da temática abordada. A finalidade do estudo é exploratória, tendo em vista o objetivo de conhecer os aspectos e evolução dos direitos humanos em caráter internacional.

---

[1] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[3] Professora do Curso de Direito da Setrem.

Primeiramente, o presente estudo apresenta o marco inicial, onde foi possível visualizar o emprego dos direitos humanos internacionalmente, na forma que se identifica a aplicação do direito humanitário frente a conflitos armados. Seguindo, o estudo expôs aspectos da segunda guerra mundial e o interesse internacional em proteger os seres humanos após a ocorrência da referida guerra. Posteriormente, de forma breve o estudo apresentou a evolução da proteção dos direitos humanos, em especial a criação de direitos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos e convenções. Por fim, o estudo foi concluído, discorrendo pontos que foram tratados no referencial teórico, bem como as considerações finais das pesquisadoras.

Ainda, a pesquisa justifica-se pela necessidade de empreender estudos que abordem a temática, colocando o assunto em pauta, a fim da sociedade ter conhecimento, em especial as novas gerações, de todas as violências já experimentadas pelos seres humanos, de modo que o mundo jamais venha retroceder e vivenciar novamente tamanha barbárie.

2 DESENVOLVIMENTO

O direito humanitário foi uma das referências na internacionalização dos direitos da pessoa humana. Para tanto, a fim de tornar possível a referida internacionalização dos direitos, se teve a necessidade de readequar a definição de Estado soberano, haja vista que deveriam ser observados os interesses internacionais, bem como deveria ser levado em consideração a condição da pessoa humana em relação ao sistema internacional, com o propósito de garantir que sejam vistas como pessoas do direito internacional (PIOVESAN, 2022).

O direito da proteção humanitária é aplicado em situações de conflitos, com o objetivo de limitar as ações do poder público e propiciar o respeito aos direitos de cada indivíduo. Assim, o presente direito oferece, em situações de guerra, proteção aos civis e aos militares que possuem alguma debilidade ou já não mais estão em combate. Ainda, em casos de grandes proporções, a defesa humanitária regula aspectos sobre a utilização da violência na esfera internacional (PIOVESAN, 2022).

Deste modo, o direito humanitário foi elementar ao delimitar a autonomia dos Estados, sendo a primeira afirmação da aplicação do direito internacional nesse sentido, mesmo que a referida aplicação tenha se dado a situações de guerras (PIOVESAN, 2022).

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial, os acontecimentos ocorridos ocasionaram e refletiram na positivação dos direitos humanos. Podemos destacar os direitos humanos perante o Direito Internacional antes e posteriormente à guerra (PIOVESAN, 2022). Dessa

forma, Piovesan (2022, p. 69) menciona em sua doutrina que “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução”.

Destaca Leite (2014, p. 100) que “ao fim das guerras, percebeu-se que era necessário elaborar documentos ou criar entidades destinadas a evitar que aquelas aberrações já ocorridas viessem a se repetir na história da humanidade”. Nesse contexto, a carência de proteção aos indivíduos viabilizou a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o objetivo de garantir a plena eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma internacional, através de normas que buscam tutelar os principais bens jurídicos dos indivíduos, como a vida, liberdade e direitos políticos (MORAES, 2021).

No século XIX, em seu final, uma pequena fragmentação de natureza nacionalista surgia no Direito Internacional Privado através da constituição de tratados, repercutindo discussões de caráter universal (RAMOS, 2021). Em 1929, uma grande crise ocasionou a intervenção do Estado no que tange ao bem-estar da sociedade em diversos aspectos da vida social da pessoa humana. Em 1945, foi constituída a Carta das Nações Unidas, instrumento internacional que ratificou pontos referentes à proteção do Direito Internacional no que se refere aos Direitos Humanos (RAMOS, 2021). Destaca Oliveira (2016, p. 57) que “o preâmbulo da Carta das Nações Unidas é uma demonstração do espírito que norteou os seus signatários, após as consequências da Primeira e da Segunda Guerra Mundiais”.

A presente Carta das Nações, discorreu em seu artigo 1, item 3, que:

> Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (BRASIL, 1945).

Como objetivos da Carta das Nações, pode-se citar de exemplo: a construção de relações entre os Estados, segurança internacional, cooperação internacional para solução de questões econômicas, culturais e sociais (ANJOS, 2021).

Os precedentes que deram início à proteção dos direitos humanos foram o Direito Internacional Humanitário, a Liga das Nações, como também a Organização Internacional do

Trabalho, esses marcos oportunizaram a flexibilizar o entendimento de Estado Soberano na medida em que estabeleceram influências no sentido de tutela dos direitos dos indivíduos (OLIVEIRA, 2016). Ao encontro do mencionado, dispõe Leite (2014, p. 100) que "o DIH, a Liga das Nações e a OIT foram criados por todos e para todos, pois são decorrentes de um desejo comum a todas as populações do planeta, que, diante de desastres e problemas mundiais, clamavam por mudança, reconhecimento e justiça".

A partir da Carta das Nações Unidas, os Estados-parte confirmaram e deram efetividade ao princípio da cooperação internacional. Segundo André de Carvalho Ramos (2021) após a realização da Carta das Organização das Nações Unidas, os países aderiram a obrigação de cooperar uns com os outros, tal atitude propagou resultados para o âmbito do Direito Internacional Privado.

A Declaração Universal de Direitos Humanos foi adotada no ano de 1948, possuindo como propósito garantir a ordem pública de forma global, tendo como principal fundamento o cumprimento do preceito da dignidade da pessoa humana, reconhecido como alicerce universal, de modo que, para a Declaração, o único requisito necessário para ser um sujeito de direito é ser uma pessoa. A aplicabilidade dos direitos humanos de maneira universal reflete o término da era nazista na qual somente eram sujeitos de direitos aqueles pertencentes à raça ariana (PIOVESAN, 2022).

Destaca Priscila Caneparo dos Anjos (2021, p. 176) que o objetivo da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a "consolidação do respeito à dignidade da pessoa humana e o advento de uma nova sociedade global pautada nos valores dos direitos humanos". Após a Declaração, impõe-se aos Estados ações que efetivem a proteção dos direitos humanos.

Em sua obra, Silvio Beltramelli Neto (2021) expressa que o marco inicial dos direitos humanos se deu posteriormente à Segunda Guerra Mundial, onde os aliados se posicionaram frente às barbáries ocorridas no holocausto nazista. Assim, com a instituição da Organização das Nações Unidas, a proteção internacional dos direitos humanos passou a ser aplicada.

O Tribunal de Nuremberg, realizado em 1945-1946, foi muito importante para a internacionalização das garantias individuas, eis que após o fim da Segunda Guerra surgiu em pauta a forma pela qual os alemães seriam penalizados pela guerra e violações. Assim, o Tribunal Militar Internacional foi o responsável por realizar o julgamento dos responsáveis pela guerra (PIOVESAN, 2022).

Nesse sentido, o Tribunal de Nuremberg, para realizar o julgamento das atrocidades desempenhadas pelos nazistas, estabeleceu a sua estruturação e metodologia no Acordo de

Londres, o qual disciplinou os crimes que seriam de sua jurisdição, bem como as responsabilidades que iriam recair aos criminosos de maneira individual. Desta maneira, restou assentado que os crimes contra a paz, guerra e contra a humanidade seriam julgados no referido tribunal (PIOVESAN, 2022).

O direito internacional foi imprescindível para a criação dos sistemas internacionais de direito humanos, de modo que, após a criação dos referidos sistemas internacionais, as nações começaram a agir de forma mais efetiva no que tange à proteção mínima dos direitos da pessoa humana (BELTRAMELLI NETO, 2021). Dessa forma, salienta Leite que:

> Apesar de não ter sido o primeiro documento de proteção aos direitos humanos, entende-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o documento internacional que mais repercutiu no cenário mundial, pois tratou de forma generalizada e universal sobre os temas basilares inerentes à pessoa humana, buscando expressar, por meio de um rol exemplificativo de dispositivos, que existem direitos indisponíveis, intransmissíveis, irrevogáveis e imprescritíveis, cujos titulares são todos os indivíduos desse planeta, cabendo ao Estado e à sociedade reconhecê-los e protegê-los para que sejam amplamente efetivados tal como pré- visto no Texto de 1948 (LEITE, 2014, p. 101).

O empenho internacional, de forma efetiva, para combater atrocidades contra os seres humanos somente começou a ocorrer efetivamente após a monstruosidade executada pelos nazistas, inexistindo, antes disso, esforços para coibir violações contra os seres humanos, ou seja, a grande preocupação com os direitos fundamentais surgiu com o holocausto, o qual ocasionou a morte de milhões de indivíduos inocentes ao longo da Segunda Guerra mundial (BELTRAMELLI NETO, 2021).

O princípio da dignidade da pessoa humana visa proteger os indivíduos de violações, em decorrência das diversas ofensas e atrocidades já vivenciados pela humanidade, tendo o Estado o dever de promover a efetivação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial o direito fundamental de liberdade dos indivíduos. A presente Declaração possui caráter universal, ou seja, é aplicada mundialmente e de forma indivisível (PIOVESAN, 2022).

Para Sidney Guerra (2022), o Estado existe em razão do indivíduo, e não o contrário. O preceito da dignidade da pessoa humana abrange o princípio da igualdade, visto que todos os indivíduos devem ser tratados de maneira igualitária, sem distinções. Segundo Leite (2014), a Convenção de Genebra de 1949 trouxe a proteção de forma global para os indivíduos que sofreram pelos conflitos armados.

Posteriormente, a Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966, aprovou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais, marco que ratificou os direitos humanos em suas disposições, todavia somente entrou em vigor em 1976, dez anos após sua constituição (PIOVESAN, 2022).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos regulamenta em seus dispositivos a obrigação dos Estados-parte de cumprirem as garantias fundamentais para todas as pessoas que estejam em sua jurisdição. Através deste instrumento, instituiu-se o dever dos Estados-partes em tutelar os indivíduos em face do não cumprimento dos direitos instituídos de proteção dos direitos humanos, sejam os de natureza negativo, podendo-se citar como exemplo a não realização de tortura, como também os de natureza positiva, como defender os direitos dos indivíduos (PIOVESAN, 2022).

Em 1969 foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual entrou em vigor somente no ano de 1978, e possui como objeto a tutela dos direitos civis e políticos (OLIVEIRA, 2016). O Estado-parte, ao ratificar este pacto, assume o dever de assumir as garantias assumidas em sua jurisdição caso não as tenha asseguradas, bem como a de não instituir legislações que violem os direitos estabelecidos (OLIVEIRA, 2016).

Inúmeras garantias foram asseguradas na presente Convenção Americana, tais como:

> "direito a personalidade jurídica; direito à vida; direito à integridade pessoal, incluindo a proibição da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradante; proibição da escravatura, da servidão e do trabalho forçado ou obrigatório; direito à liberdade e à segurança pessoais, incluindo a proibição da prisão ou detenção arbitrárias; garantias judiciais; direito à indenização em caso de erro judiciário; direito à privacidade; liberdade de consciência e de religião; liberdade de pensamento e expressão; direito de resposta em caso de difusão de informações inexatas ou ofensivas; direito de reunião; direito à liberdade de associação; proteção da família; direito a um nome; direitos da criança; direito à nacionalidade; direito de propriedade; liberdade de circulação e de residência; direitos políticos e de participar na direção dos assuntos públicos; direito à igualdade perante a lei; direito à proteção judicial (OLIVEIRA, 2016, p. 167).

Silvio Beltramelli Neto (2021, p. 24) narra em sua obra que, no ano de 1979 "[...] foi assinada a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, que entrou em vigor internacionalmente em 1981". Outros instrumentos de amplitude regional foram constituídos, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 103), os quais foram "elaborados para repercutirem em determinados países", como "a

Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos".

No ano de 1984, a Organização das Nações Unidas, a fim de fomentar os direitos internacionais, reconheceu a "Convenção Contra Tortura e outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanas e Degradantes, vindo a entrar em vigor internacionalmente em 1987" (BELTRAMELLI NETO, 2021, p. 24).

Emerson Malheiro esclarece que a manutenção da Organização das Nações Unidas é realizada pelos Estados-membros. A monta paga a título de contribuição para cada Estado é estabelecida tendo em vista a sua condição financeira interna, em relação à economia global e sua possibilidade de colaboração (MALHEIRO, 2022).

A Conferência Mundial de Viena, de 1993, a respeito dos direitos humanos, determinou aspectos necessários para que as garantias dos indivíduos tivessem caráter universal, de modo que os Estados deviam buscar desenvolver inter-relações uns com os outros, com o objetivo de zelar pela democracia, direitos fundamentais e fiscalização internacional de desrespeito aos direitos humanos. A presente Conferência expressou que a proteção dos direitos humanos ultrapassa a competência restrita dos Estados, ou seja, inexiste soberania quando se trata de reprimir ofensas aos direitos humanos, visto que a proteção das pessoas não é conteúdo exclusivo das jurisdições onde o fato ocorreu (GUERRA, 2022).

Mesmo que no período da Conferência de Viena obteve-se vários avanços para a proteção da pessoa humana, as ações da Comissão de Direito Humanos sempre foram criticadas devido às declarações demasiadamente políticas aduzidas por seus integrantes, em relação a assuntos concernentes aos direitos humanos. Tais atitudes auxiliaram para que a confiabilidade da comissão se desgastasse, o que levou no ano de 2006 à alteração pelo Conselho de Direitos Humanos (GUERRA, 2022).

O Conselho de Direitos Humanos abrange 47 países, de maneira que qualquer país que faça parte da ONU poderá se candidatar para fazer parte, devendo cumprir alguns requisitos para efetivar a candidatura, visto que "[...] cada Estado deverá contribuir para a promoção e proteção dos direitos humanos; e cada Estado deverá comprometer-se de forma voluntária e publicar um documento que fundamente sua candidatura e explicite suas intenções com relação ao Conselho" (GUERRA, 2022, p. 63).

Dessa forma, ao sistema internacional de tutela dos Direitos Humanos é atribuída a finalidade de que os indivíduos desfrutem de situações melhores de vida e os Estados se comprometeram a realizar condutas internas (LEITE, 2014).

Aduz Carlos Henrique Leite (2014), que a ratificação de documentos não é suficiente para que os direitos fundamentas de proteção aos indivíduos sejam aplicados de forma efetiva no país que ratificou, pois é necessário que o Estado e a população busquem efetivar o que está descrito no tratado internacional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou demonstrar os acontecimentos históricos que foram necessários para evolução e efetivação dos Direitos Humanos. A situação problema que envolve o artigo perpassa pelas violações das garantias fundamentais durante os conflitos armados, os quais ocasionaram a necessidade da proteção dos Estados em face indivíduos, como também aborda os instrumentos que foram positivados durante os anos que tiveram incidência no Direito Internacional, sendo desenvolvida por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica, através de doutrinas.

Preliminarmente, destacamos o direito humanitário, o qual foi aplicado em situações de conflitos para se estabelecer a tutela humana, nos acontecimentos de guerra. Nesse contexto, o problema consiste devido ao motivo de ser ou não uma particularidade do indivíduo, enquanto seu atributo humano perante a sociedade, eis que este tem a possibilidade de restringir a liberdade da vida humana (ANJOS, 2021). Dessa forma, embora nos períodos de guerra, as ideologias persistiram, e o homem não se desvinculou de suas características humanas.

Em seguida, mencionamos a divisão histórica acontecida que refletiu na proteção dos Direitos Humanos anteriormente e posteriormente à Segunda Guerra Mundial. Em razão de que os acontecimentos deste conflito fizeram com que os indivíduos pensassem em reconsiderar o entendimento e suas atitudes face à tutela da pessoa humana. A partir disso, se destacaram os instrumentos constituídos aos longos dos anos que contribuíram para garantir a proteção dos indivíduos. Embora, os direitos humanos sido assegurados em atos internacionais oriundos de outros acontecimentos, destaca-se que, especialmente, após a Segunda Guerra, houve uma ampliação da proteção da pessoa humana com objetivo de tutelar o bem jurídica vida (GARCIA, 2015).

No âmbito internacional, o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos teve início com a criação de regulamentos que destacavam o dever da proteção dos indivíduos, a partir disso os Estados que ratificam o consentimento às disposições se viram obrigados à sua aplicação em razão de um conjunto de mecanismos que ocasionou a realização dos instrumentos. Nesse viés, a primeira obrigação dos Estados-partes perante os

direitos humanos, com objetivo de realizar ações que promovam os direitos humanos e no caso de descumprimento das garantias, foi promover a reparação dos danos oriundos da violação (BELTRAMLLI NETO, 2021).

Portanto, através do estudo realizado, verificou-se que, principalmente, foi por meio do processo de internacionalização em instrumentos que se asseguraram as obrigações pelos Estados-partes. Ademais, somente a partir de muitas mortes ocasionadas por conflitos armados, guerras e atrocidades, que os Estados verificaram a necessidade de estabelecer a proteção da pessoa humana perante seus direitos e garantias. Outrossim, foi através da evolução dos direitos e dos fatos evidenciados que transformaram a consolidação e tutela dos direitos humanos internacionalmente.

Para complementar o disposto sobre a proteção dos direitos humanos na esfera do âmbito internacional, destaco o entendimento de Priscila Caneparo dos Anjos (2021, p 183), a qual menciona que é "o principal instrumento para transpor à realidade a própria internacionalização destes direitos, devendo, indispensavelmente, estruturar o respeito ao ser humano em todas as atividades que visem o desenvolvimento dos instrumentos da própria proteção".

Dessa forma, pode-se concluir que o marco inicial dos Direitos Humanos partiu do Direito Humanitário, na forma que neste período o conceito de direitos humanos poderia ser vislumbrado perante as situações de guerra, onde soldados eram poupados de conflitos quando debilitados. No decorrer das últimas décadas as garantias foram ampliadas através de tratados, convenções e pactos, de modo que os Estados ratificaram com o intuito de proteger os indivíduos, caracterizando os Direitos Humanos, como direitos fundamentais a fim de tutela a vida humana. Por fim, a presente transformação da criação da proteção humana fez-se muito necessária e importante face as inúmeras mortes em conflitos bélicos, sem a evolução destacada no estudo não existiram as mínimas garantias essenciais aos indivíduos, como o direito a vida, ir e vir, propriedade, educação e direitos políticos.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Priscila Caneparo dos. **Direitos Humanos:** Evolução e Cooperação Internacional. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. **Decreto nº 19.841 de 22 outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 27 mai. 2022.

GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos:** Breves Reflexões sobre os sistemas Convencionais e não Convencionais. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MALHEIRO, Emerson. **Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO DA EXTRADIÇÃO

Taísa Eduarda Weddigen[1]

Marcele Scapin Rogerio[2]

Resumo: O presente estudo busca perfilar o instituto da extradição, explicitando quais são os procedimentos utilizados para a efetivação da retirada de estrangeiros do território nacional, bem como demonstrando sua importância em âmbito nacional e internacional. Utiliza-se, para isso, o método hipotético dedutivo, com a utilização de revisão bibliográfica e documental enquanto procedimento metodológico, considerando a necessidade de esclarecer aspectos teóricos acerca da temática abordada. Com a pesquisa, busca-se demonstrar a importância do instituto da extradição, tendo em vista a necessidade de cooperação internacional entre países soberanos para o fim de repreender a prática de crimes, bem como compreender a blindagem que o país possui em relação à extradição de brasileiros natos. Por fim, pretende-se elucidar de que forma tal procedimento pode ser utilizado no território nacional.

Palavras-chave: Extradição. Estrangeiros. Território Brasileiro.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa busca elucidar aspectos acerca do instituto da extradição, utilizando-se para isso de considerações acerca dos procedimentos utilizados para a retirada de estrangeiros do território nacional e de explicações acerca das hipóteses em que o instituto pode ser utilizado.

O instituto da extradição possui grande relevância em âmbito nacional e internacional, isso porque busca a cooperação internacional entre países soberanos, com o intuito de repressão ao crime, tendo em vista que os indivíduos não podem ficar impunes no momento em que tornam-se autores de crimes.

É sabido que o Brasil possui uma blindagem em relação ao assunto, considerando a impossibilidade de extradição de brasileiros natos. No ano de 2021, por exemplo, houve o julgamento de Robson de Souza, popularmente conhecido como “Robinho”. O brasileiro foi julgado e condenado pelo Tribunal italiano pelo cometimento do crime de estupro, ocorrido em Milão, no ano de 2013 (CONJUR, 2022).

---

[1] Acadêmica do 9° semestre do Curso de Bacharelado em Direito da SETREM

[2] Professora do Curso de Bacharelado em Direito da SETREM

Ocorre que o condenado encontra-se em território brasileiro e, de regra, não deverá ser extraditado para a Itália, considerando que a Constituição Federal Brasileira não permite que brasileiro nato seja atingido por tal instituto, mesmo recebendo condenação por crime de considerável gravidade cometido em território estrangeiro (CONJUR, 2022).

Dito isso, o problema que norteou esta pesquisa foi: como estabelecer uma justa punição aos brasileiros natos que não podem ser extraditados para os países nos quais cometeram delitos?

Para o desenvolvimento do estudo foi utilizado o método de abordagem hipotético dedutivo, com a utilização de revisão bibliográfica e documental enquanto procedimento metodológico, no intuito de esclarecer aspectos teóricos acerca da temática abordada.

2 DESENVOLVIMENTO

O procedimento de cooperação internacional, em matéria penal, funciona como um meio reciproco de repressão ao crime. Isso porque, os Estados solicitam, reciprocamente entre si, auxilio para que, em outro território nacional, sejam realizados os atos processuais que lhe interessem, em matéria criminal (ABADE, 2013).

É sabido que as fronteiras dos Estados limitam a sua jurisdição, o que dificulta sobremaneira a aplicação da jurisdição àqueles que tenham cometido delitos em seu território e não estejam mais nele (ABADE, 2013). Nos termos de Abade (2013, p. 7), “consequentemente, caso não houvesse cooperação entre os Estados, os esforços de um Estado em aplicar a lei ficariam frustrados quando certos atos devessem ser realizados em território de outro Estado”.

Com a globalização, cada vez mais os indivíduos movimentam-se entre os Estados, dificultando a aplicação das sanções penais ou até mesmo tornando-as impossíveis, diante da ausência de cooperação internacional. Assim, torna-se imprescindível a cooperação entre os Estados para que ocorra a eficaz aplicação da lei penal (ABADE, 2013).

O procedimento de extradição é um dos institutos mais antigos e tradicionais de cooperação internacional, sendo um meio utilizado de forma bilateral entre dois Estados soberanos para a repressão dos crimes (MAZZUOLI, 2018).

Sobre isso, pode-se citar que “[...] o instituto da extradição foi consagrado, logo após a independência, no tempo do Império, a partir da celebração de tratados sobre extradição do Brasil com França, Alemanha e Portugal entre 1826 e 1836” (ABADE, 2013, p. 103).

A Constituição de 1824, por exemplo, não trazia disposições acerca do instituto da extradição, sendo o procedimento introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, nos anos subsequentes, por meio de tratados internacionais (ABADE, 2013). Assim:

> Consolidou-se no Império, então, a natureza diplomática (reciprocidade ou ato de soberania) ou convencional (tratado) da extradição, de atribuição do Poder Executivo sem controle judicial, com fundamento na solidariedade e no combate ao crime (jus puniendi). O apelo à soberania brasileira mostra a predominância do paradigma do soberanismo, já analisado (ABADE, 2013, p. 103).

Entretanto, foi consolidado somente no ano de 1934, a partir da promulgação da Constituição daquele ano, a autorização judicial para a realização da extradição, que deveria necessariamente ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da complexidade do procedimento e, ainda, tendo em vista que se julgada em instâncias inferiores, provavelmente acabaria chegando ao órgão superior, o que só auxiliaria na morosidade processual (ABADE, 2013).

O instituto da extradição não se confunde com os procedimentos de expulsão e deportação. Isso porque a deportação é um meio de excluir o indivíduo do território nacional, que ocorre, na maioria das vezes, diante da entrada irregular no país ou quando o indivíduo tenha excedido o seu tempo de permanência em território nacional (REZECK, 2018).

De outro norte, a expulsão ocorre quando o Estado deseja expulsar estrangeiro de território nacional, sem que haja para este um destino determinado. Se expulso, o indivíduo não poderá retornar ao país que o expulsou por certo período de tempo (REZECK, 2018). Nos termos de Rezeck (2018, p. 86), “a expulsão pressupõe um inquérito que tem curso no âmbito do Ministério da Justiça e ao longo do qual se assegura ao estrangeiro o direito de defesa, com a assistência, se necessária, da defensoria pública da União”.

A extradição é um instituto utilizado por autoridades estrangeiras para que seja procedida a retirada de algum estrangeiro do território nacional. Diferentemente da deportação e da expulsão, não existe nenhuma iniciativa do país base, sendo dever da potência estrangeira solicitar a extradição. O procedimento em estudo se insere na órbita de relação jurídica entre países, que buscam cooperar entre si para a resolução de delitos em âmbito transnacional (MAZZUOLI, 2021).

Sobre o assunto, importante salientar que:

> O direito extradicional tem como fontes atuais as seguintes: a) os tratados internacionais de extradição, bem como, em sua ausência (ou até mesmo em seu complemento), as declarações formais de reciprocidade; b) as leis sobre extradição; c) a jurisprudência; e d) os usos e costumes internacionais. No Brasil, as fontes mais utilizadas são os tratados, a Lei de Migração e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não se tem notícia – quer na Lei de Migração ou na jurisprudência do STF – de alusão aos usos e costumes internacionais em matéria extradicional. Seja como for, trata-se de fonte que pode ser utilizada para a resolução de casos para os quais inexiste tratado específico ou solução jurisprudencial (MAZZUOLI, 2021, p. 671).

Funciona como um meio de cooperação entre os países, ou seja, um determinado país, no qual o indivíduo tenha cometido o delito, solicitará ao país em que o indivíduo esteja acolhido, que ele seja preso e enviado ao Estado requerente. O extraditado será enviado para o país para responder processo criminal ou mesmo para cumprir a pena que lhe foi imposta (ABADE, 2013).

O processo de extradição tem início com o decreto de prisão, que será proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do envolvimento de diretrizes do direito internacional público. A prisão do extraditando busca garantir a eficácia do procedimento de extradição, no entanto, em regra, o tempo de prisão efetivamente cumprido em território nacional poderá ser computado em eventual sanção imposta no Estado que receberá o indivíduo extraditado (VARELLA, 2018).

Gize-se que o Brasil "[...] condiciona a extradição ao atendimento, pelo Estado requerente, da comutação da pena de morte, sem apelo à justificativa do tratamento desumano que o condenado teria, ao passar anos a fio na espera da execução da sentença" (ABADE, 2013, p. 121). Isso porque no procedimento de extradição é necessária a observância de preceitos fundamentais (ABADE, 2013).

O Poder Judiciário irá certificar a legalidade do procedimento, verificando o cumprimento ou não dos preceitos fundamentais, tal como o devido processo legal e possível violação dos direitos fundamentais do indivíduo. Entretanto, também deverão ser observadas as normas do Estado requerente, em razão da possível incompatibilidade das leis (VARELLA, 2018).

Nesse sentido:

> O fato determinante da extradição será necessariamente um crime, de direito comum, de certa gravidade, sujeito à jurisdição do Estado requerente, estranho à jurisdição brasileira, e de punibilidade não extinta pelo decurso do tempo. Intriga que se tenha exigido a incriminação do fato tanto pela lei local quanto pela do Estado postulante, por parecer óbvio, à primeira vista, que sem a última

> o pedido não teria sido formulado. A regra serve, contudo, para deixar claro que a extradição pressupõe processo penal, não se prestando a forçar a migração do acusa- do em processo administrativo, do contribuinte relapso, ou do alimentante omisso, entre outros (REZEK, 2018, p. 246).

Basicamente, o procedimento funda-se na entrega de um indivíduo, de um Estado para outro. É realizado em razão da existência de um processo penal ou da necessidade de cumprimento da pena em país diverso (REZECK, 2018). Conforme o entendimento de Rezek (2018, p. 86), "a extradição pressupõe sempre um processo penal: ela não serve para a recuperação forçada do devedor relapso ou do chefe de família que emigra para desertar dos seus deveres de sustento da prole"

O instituto da extradição é necessariamente bilateral, visto que depende da solicitação de um país soberano, que esteja interessado no ingresso do indivíduo no país, e de outro lado da aceitação o país em que o estrangeiro se encontra acolhido (VARELLA, 2018). Gize-se que "a nova lei de migrações não fala mais em tratado ou promessa de reciprocidade para a extradição de forma geral, mas apenas para transferência de pessoa condenada e transferência de presos" (VARELLA, 2018, p. 207-208).

As regras concernentes ao procedimento de extradição são relativamente parecidas na maioria dos Estados soberanos, tendo em vista tratar-se de um direito consolidado ao longo dos anos, tendo havido poucas alterações em sua formulação (VARELLA, 2018).

No Brasil, conforme a lei de migração (art. 81, *caput*), "a extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso" (BRASIL, 2017).

A ocorrência ou não da extradição irá depender das disposições de tratados, geralmente de caráter bilateral, entre os Estados que desejam realizar o procedimento, ou de disposição legal concernente ao direito interno do país em que o estrangeiro esteja refugiado (MAZZUOLI, 2021). Registre-se que "o instituto da extradição encontra justificativa no princípio de justiça segundo o qual a ninguém é lícito subtrair-se às consequências das infrações penais que comete" (MAZZUOLI, 2021, p. 607).

Sobre o assunto, salienta-se que:

> Atualmente, no direito brasileiro, estão em vigor 23 tratados bilaterais de extradição, quais sejam: Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Espanha, Estados Unidos da América, França, Itália, Lituânia, México, Paraguai, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República da Coreia, Romênia, Rússia, Suíça, Ucrânia, Uruguai e Venezuela. Entre os tratados multilaterais, estão em vigor (i) Mercosul – só

> Estados-membros –, (ii) Mercosul, Bolívia e Chile, e (iii) a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo (LIMA, 2014, p. 5).

O Brasil possui acordos com diversos países, no intuito de efetivar a possibilidade de extradição, se necessário. Assim, se estiverem presentes os pressupostos que permitem a utilização do instituto, o Brasil não se negará a retirar indivíduos do território nacional. Existem diversos tratados bilaterais vigorando, que permitem a extradição, entretanto, na ausência de tal documento, será utilizada uma promessa de reciprocidade entre os países. Ou seja, o indivíduo será extraditado sob a condição de que, em situação semelhante, o Estado requerente irá, obrigatoriamente, aceitar o pedido de extradição solicitado (AMARAL JÚNIOR, 2015).

Registre-se que o indivíduo só será extraditado se praticar algum ilícito penal, não subsistindo a ocorrência de tal procedimento mediante o cometimento de ilícito civil, fiscal ou administrativo (MAZZUOLI, 2018). Em que pese não exista a obrigatoriedade da extradição, é necessário observar o dever de cumprimento da justiça, pois uma pessoa não pode evadir-se das consequências de um delito praticado simplesmente abrigando-se em outro país (GUERRA, 2022).

A extradição será feita, obrigatoriamente, após o cometimento de algum ilícito penal, que possua gravidade e que esteja sujeito à competência do país que requer a extradição (REZECK, 2018). No entendimento de Rezek (2018, p. 88), “intriga que se tenha exigido a incriminação do fato tanto pela lei local quanto pela do Estado postulante, por parecer óbvio, à primeira vista, que sem a última o pedido não teria sido formulado”.

Entretanto, deve ser considerado que existem empecilhos para a efetivação de tal instituto, tendo em vista a impossibilidade de extradição de brasileiro nato, por exemplo. Os fundamentos para o impedimento do procedimento encontram-se dispostos no art. 82 da Lei n° 13.445/2017 (GUERRA, 2022).

A saber, conforme disposição do art. 82 da Lei de Migração, não se concederá a extradição quando:

> I - o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato; II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente; III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando; IV - a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos; V - o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; VI - a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente; VII - o fato constituir crime político ou de opinião; VIII - o extraditando tiver de responder, no Estado requerente,

> perante tribunal ou juízo de exceção; ou IX - o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial (BRASIL, 2017).

O Brasil somente extradita estrangeiros de seu território nacional, no entanto, pode-se citar pequenas exceções (REZECK, 2018). Sobre isso, ressalta-se que "a nova Constituição autoriza a extradição do brasileiro naturalizado, por crime anterior à naturalização ou por tráfico de drogas — neste segundo caso, independentemente da cronologia" (REZECK, 2018, p. 246).

Conforme disposição constitucional (art. 12, I, da Constituição Federal de 1988), são brasileiros natos:

> a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; o
> b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
> c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira (BRASIL, 1988).

Outrossim, conforme disposição constitucional (art. 12, II, da Constituição Federal de 1988), são brasileiros naturalizados:

> a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
> b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira (BRASIL, 1988).

Importante frisar que, consoante disposição do Código Penal Brasileiro, os crimes praticados por brasileiro, embora cometidos no estrangeiro, ficam sujeitos à lei brasileira. Dito isso, mesmo que brasileiro cometa crime no estrangeiro e não possa ser extraditado para o país no qual houve a consumação do delito, poderá ser denunciado pelo Ministério Público e julgado nos termos da lei brasileira, mesmo que já julgado e condenado por lei estrangeira (CONJUR, 2022).

Um exemplo disso é o caso do brasileiro Robson Souza, popularmente conhecido como "Robinho", que foi condenado pela lei italiana pelo cometimento do delito de estupro, ocorrido no ano de 2013. O brasileiro encontra-se em território nacional e não

deve ser entregue à justiça italiana, em razão da vedação existente na Constituição Federal, que não permite a extradição de brasileiros natos (CONJUR, 2022).

Registre-se que, mesmo havendo a impossibilidade de extradição do brasileiro, no caso supracitado, a justiça italiana pode requer a transferência da execução da pena cominada ao delito cometido (estupro), para que seja cumprida em território nacional. Ainda, existe a possibilidade de requerimento do chamado mandado de prisão internacional, via Interpol. Na vigência de tal documento, se o acusado sair do território brasileiro, será preso e imediatamente encaminhado para a Itália, para o cumprimento da pena (CONJUR, 2022).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da extradição teve transformações significativas nos últimos cem anos, principalmente com o advento da lei de migração, que trouxe inúmeras disposições acerca das medidas de cooperação entre os países. A modernização do procedimento foi extremamente necessária para evitar a morosidade processual e permitir a aplicação da legislação criminal de forma eficaz.

A sociedade, como um todo, precisa se sentir segura e para isso é necessário que ocorra a devida punição para àqueles que venham a se tornar autores de crimes. Assim, é possível concluir que o instituto da extradição é um meio extremamente necessário para que seja efetivada a repressão do crime em âmbito internacional, bem como que existem meios para a repressão de crimes em âmbito nacional, para brasileiros natos que não podem ser extraditados, em razão da vedação constitucional.

Demonstrou-se, com a presente pesquisa, como ocorre o procedimento de extradição e em que momentos ele poderá ser realizado, tanto em relação a brasileiros quanto de estrangeiros que estejam em território nacional. Conclui-se, com isso, que o objetivo da pesquisa foi alcançado, visto que foram explicitados os principais aspectos da temática abordada, bem como esclarecidos os procedimentos que rodeiam o instituto da extradição.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na cooperação jurídica internacional**: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Lei n° 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 22 maio 2022.

CONJUR. **Justiça italiana emite mandado de prisão internacional contra Robinho**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-15/justica-italiana-envia-brasil-mandado-prisao-robinho>. Acesso em: 23 maio 2022.

CONJUR. **Caso Robinho e a (im)possibilidade de cumprimento de pena.** 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-07/antonio-goncalves-robinho-impossibilidade-cumprimento-pena>. Acesso em: 24 maio 2022.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2022.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. **Extradição no Brasil e na União Européia**: os casos Cesare Battisti e Julian Assange. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

REZECK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DO PATRIARCADO À SOCIOAFETIVIDADE: evolução das famílias e da filiação nos últimos cem anos

Luiz Fernando Meurer Fleck[1]
Maria Cristina Schneider Lucion[2]

Resumo: Nos últimos cem anos, podemos constatar diversas alterações no conceito de família, abrindo-se espaço para novas entidades familiares. Do patriarcado para um novo modelo de entidade familiar, atualmente a família não mais depende unicamente do casamento ou do fator sanguíneo para sua constituição, tendo o afeto como base para sua formação. No que diz respeito a filiação, reconhecimento de filiação socioafetiva, tem por trás, toda uma evolução histórica no conceito de entidades familiares, os quais foi se modificando com o passar dos anos e com base na necessidade da sociedade, e consequentemente com uma legislação especifica sobre o assunto, acabou por gerar obrigações e devedores também para as partes que se submetem ao reconhecimento da filiação socioafetiva, uma vez que, reconhecida a filiação, esta passa a adquirir todas as garantias legais, e fica em igualdade com os demais filhos biológicos do pai/mãe que o reconheceu, tem-se ainda diversas questões que devem ser ainda analisadas e posteriormente modificadas, para assim garantir uma proteção maior a quem realmente necessita, ou seja, para o reconhecido.

Palavras-chave: Família. Entidades familiares. Filiação socioafetiva.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho propõe apresentar um resgate histórico do último centenário, tendo por base a família até a possibilidade do reconhecimento da filiação afetiva.

Aborda-se a evolução histórica e as mudanças das entidades familiares durante os últimos cem anos, bem como, seus tipos de filiação, os quais foram possíveis se constituir com a alteração do Código Civil Brasileiro, que oportunizou a constituição de família por outras "formas" e não mais apenas pelo modo tradicional, e ainda com a nossa Constituição Federal de 1988, a qual excluiu a premissa dos filhos legítimos e ilegítimos e acabou por coloca-los em igualdade de direitos, independentemente de sua origem.

Após um percurso histórico, a filiação socioafetiva é juridicamente possível e depende exclusivamente de laços afetivos e não biológicos. A partir desta possibilidade, surge a multiparentalidade, que nada mais é do que mais de um pai ou uma mãe, registrados na certidão de nascimento do filho reconhecido, bem como seus avós maternos ou paternos, sem distinção entre um e outro. Este reconhecimento baseado na

---

[1] Acadêmico
[2] Professora

socioafetividade deve ser de forma voluntária, pois deve constituir o ato jurídico em sentido estrito, o qual exige capacidade do agente.

Desta maneira, analisando a evolução através dos anos, e aqui mais precisamente nos últimos cem anos, podemos ver o quanto nosso ordenamento jurídico se modificou para assim possibilitar que fosse reconhecida nossas entidades familiares, de uma maneira agora não mais judicial, mas de maneira extrajudicial, com maior segurança e agilizada na sua constituição.

2 DESENVOLVIMENTO

A família, desde os primórdios, sempre desempenhou um papel fundamental na vida do homem na sociedade, representando a forma pela qual este viria a se relacionar com o meio em que vivia, acompanhando sempre a evolução da sociedade. O que um dia foi um núcleo duro formado a partir apenas do casamento, aos poucos foi se transformando em novas possibilidades de constituição: o conceito de família deu espaço a revolução dos costumes, a mudança de paradigmas, ao diálogo internacional, e ao surgimento dos direitos humanos (MALUF, 2018).

A palavra “família" é derivada do latim *família,* originária de *famulus, que* designava o servidor, o criador. Assim, a família inicialmente podia ser entendida como *locus* onde reinava o *pater*, abrigando assim, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criadores e os servos (MALUF, 2018,).

Conforme nos traz Rodrigo da Cunha Pereira (2020, p. 18) a expressão “família” vem:

> Do latim *famulus*, de *famel* (escravo), designava um conjunto de pessoas aparentadas entre si que viviam na mesma casa (*famulus*), mas também cumprindo a função de servos ou escravos para outro grupo, as *gens*, que eram seus patrões. Em inglês *family*, em francês *famille*, em alemão *familie*, italiano *famiglia*. O seu conceito tem sofrido variações ao longo do tempo. Embora a antropologia, sociologia e psicanálise já tivessem estabelecido um conceito mais aberto de família conjugal, no Direito esteve restrito, até a Constituição da República de 1988, ao casamento (art. 226), como já se disse.

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2018, p. 03) lecionam que “pertence à família o ser humano em sua total esfera de existência, desde antes da implantação no ventre materno, passando por toda sua existência, por seus momentos finais, e perpetuando-se a este, através da proteção da honra e da identidade familiar”. E não poderia ser diferente, pois a constituição do ser

humano, suas habilidades, sua visão de mundo e seus conceitos são formados e desenvolvidos precipuamente no seio familiar.

Importante pontuar que desde os tempos greco-romanos a ideia que se tinha da família era a da família preponderantemente patriarcal, em que o homem mantinha o poder primário no domínio da família, assim como o pai mantinha a autoridade sobre as mulheres e as crianças. (HENRIQUE, PIANA, 2018). Com o advento do século do século XXI houveram mudanças significativas na instituição familiar, haja vista que essa ideia de dominação masculina e patriarcal vem sendo alterada paulatinamente pelas mudanças de comportamento social, que aos poucos foi deixando o patriarcado de lado, para dar espaço a outras formas de relacionar-se em família.

Maria Berenice Dias, (2021, p. 42) conceitua que:

> A família é o primeiro agente socializador do ser humano. Somente com a passagem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família. A primeira lei de Direito das Famílias é conhecida como a lei do pai, uma exigência da civilização na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos. A interdição do incesto funda o psiquismo e simboliza a inserção do ser humano no mundo da cultura.

A família é um organismo vivo em constante mutação, advindo assim pela evolução dos princípios do Direito e pela alteração nas regras emitidas pelos instrumentos de controle social, como por exemplo, a religião, a moral, bem como leis e de fato regras de trato social. A família assume um conceito jurídico elástico, razão pela qual o momento da história tem fundamental importância para sua definição, uma vez que sofre o impacto da sociedade em que se está inserida.

Nesse sentido:

> Muito importante também para definir a família é o momento histórico e cultural em que as relações se encontram inseridas, pois a face da família mudou, no decorrer do tempo histórico, “avançando e retrocedendo, conservando-se e alterando-se, reinventando-se, enfim, para buscar, na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, com o objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencionalidades, em face da sua intrínseca dignidade, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social (MALUF, 2018, p. 05 -06).

Naquela época, como posicionamento em uma coluna central da família patriarcal, a legislação, como se comprova com a indissolubilidade do casamento, bem como a relativa figura da mulher com a capacidade cerceada, o artigo 233 do Código Civil de 1916, prescrevia que “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”. Além disso, era

atribuída à mulher a função de colaboradora dos encargos familiares apenas, conforme artigo 240 do mesmo diploma legal, ao dispor que “a mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”.

Na atual legislação brasileira são admitidos outros tipos de relação de parentesco, mais precisamente pelo Código Civil em seu artigo 1.593 onde traz que a relação de parentesco decorre de forma natural ou civil, que resulte de consanguinidade ou de outra origem. Neste último ponto do referido artigo trouxe a possibilidade de incluir formas de filiações que não se originam por uma origem consanguínea, mas de outras formas, ou seja, as filiações como aquelas decorrentes da adoção, da inseminação artificial e a filiação socioafetiva. (BRASIL, 2002).

Como mencionado anteriormente, existem tipos de filiação, que pode ser de forma natural, adotiva, assistida ou pela socioafetividade, resultantes da posse do estado de filho. Cabe destacar que a paternidade socioafetiva, contrariamente a filiação pelo fator biológico e da filiação pelo instituto da adoção, de certa forma, não foi legitimada explicitamente pelo nosso ordenamento Jurídico, pelo nosso “Direito”, sendo assim, precisou-se criar suas bases para seu fortalecimento.

Destarte assim, surgiu a “posse de estado de filho”, a “adoção à brasileira”, a “filiação socioafetiva”, termos que foram criados com o intuito de legitimar a relação entre pais e filhos construída estritamente pelo afeto. Portanto, a seguir serão apresentadas as formas de filiação já comentadas anteriormente, sendo em lato sensu, a biológica, a assistida e a adotiva; e, por fim, mas não menos importante a stricto sensu, qual seja, a filiação socioafetiva.

Tem-se como princípio fundamental para que as famílias tenham autonomia em sua formação, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1°, inciso III “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: […] III – a dignidade da pessoa humana.” (Souza, Silva, 2020).

Madaleno apud Cristiano Chaves de Farias (2020. p. 44), expõe que a afetividade possui um valor jurídico na formação das entidades familiares, amparando-se especialmente na Constituição Federal e pelo princípio da dignidade da pessoa humana:

> “A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.

Sem dúvidas, o afeto ganhou com a Constituição de 1988 grande relevância, surtindo efeitos não só no que diz respeito a filiação. A partir da Carta Magna o Estado passou a reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226), gerando uma revolução significativa para o conceito de família. Isso porque, até então, só eram reconhecidas como família para a lei jurídica as entidades constituídas tradicionalmente pelo casamento indissolúvel, em outras palavras, o conceito de família se abriu, uma vez que saiu da direção de um conceito baseando na lei para um conceito mais real, o qual seria impulsionado pela própria realidade em que o ser humano está inserido (PEREIRA, 2020, p. 04). Com a Constituição Federal de 1988, foi realizada a grande mudança no conceito de família, contemplando agora três formas de concepção de entidades familiares, conforme Rolf Madaleno (2020, p. 01)

> o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar);B) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e C) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.

Com todas as mudanças que aconteceram durante 100 anos, permitiram que se chegasse a um momento em que a relação pelo afeto, é mais valorizada do que aquela constituída pelo vínculo consanguíneo, sendo assim mais importante o fator da afetividade, do que a verdade biológica nas relações de parentesco, restando esta última em segundo plano, como Álvaro Villaça Azevedo, (2012, p.09), explana:

> Apesar dos avanços da tecnologia biomédica, nos últimos anos, a paternidade biológica exerce um papel secundário no Direito de Família, especialmente quando confronta com os princípios da afetividade, da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana, que imperam na convivência familiar. Esses princípios, que fundamentam a paternidade socioafetiva, foram consagrados pelo nosso ordenamento jurídico e, por isso, sobrepõem-se e prevalecem até mesmo ante uma prova biológica, por exemplo, um exame de DNA com resultado positivo, que aponte o verdadeiro genitor, mas que jamais teve uma convivência familiar com os filhos biológicos mencionados no exame.

Atentando aos anseios e mudanças sociais, a Carta Magna elencou o afeto como valor jurídico tão forte quanto os laços sanguíneos, sendo assim, este tornou- se um marco

fundamental do Direito de Família, passando a ser visto a partir dos valores da dignidade e da valorização da pessoa humana. Tudo isso sem desconsiderar os profundos avanços da ciência, que permite a pesquisa exata da identidade genética para assim investigar a paternidade ou se for o caso a maternidade (MADALENO, 2020).

Nesse sentido, podemos dizer que o conceito de entidade familiar, acompanha o espaço e tempo em que se está inserida, pois:

> As pessoas influenciam e são influenciadas pelo meio em que estão inseridas, de modo que os paradigmas sociais vigentes se refletem também na forma de convivência. As características da modernidade líquida inevitavelmente trarão consequências para os relacionamentos humanos, que já podem ser percebidas na realidade que ora se apresenta (CALDERÓN, 2017, p. 15).

Acompanhando essa linha, prescreve o art. 1593 do Código Civil Brasileiro, dispondo o seguinte: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". Está expresso na lei civil que o parentesco é natural ou consanguíneo (este decorre do mesmo tronco ancestral), podendo ser na linha reta e na colateral. No entanto, a lei também prevê que o parentesco pode ocorrer por afinidade, como acontece no caso do cônjuge e do companheiro que mantêm parentesco com os parentes do outro. Pode ser civil, quando decorrer de adoção ou da inseminação artificial heteróloga, por exemplo. (NOGUEIRA, 2017). E por fim, como referido no mencionado artigo, podem ser "de outra origem", pelo que se tem, a partir dessas poucas palavras, espaço na lei civil para o reconhecimento da filiação por afetividade.

Para Ricardo Calderón (2017, p. 06) "A afetividade passa a ser elemento presente em diversas relações familiares contemporâneas, sendo cada vez mais percebida tanto pelo Direito como pelas outras ciências humanas''.

Compreender a importância do afeto é algo é possível quando em face da formação dos vínculos familiares, analisamos o artigo 1º, inciso III da nossa Constituição Federal, com a cláusula geral de tutela da personalidade, onde está evidenciada a dignidade humana como um valor fundamental da República. A partir desses pressupostos a nova família desconstituída de seu precedente biológico começa a dar espaço para novos modelos de famílias, usando vínculos psicológicos do afeto, guardando deste modo que os valores oriundos da afetividade têm muito mais importância para a sociedade do que o elo biológico da hereditariedade (MADALENO, 2020).

No direito de família, conforme já explanado, se reconhece então diversos tipos de filiações, os quais se originam por diferentes vínculos, conforme cada instituto, por

exemplo, na filiação socioafetiva e na adoção, estas se originam por uma ligação baseada no afeto. E este tipo de filiação socioafetiva ao longo dos anos, vem ganhando espaço e devido a este crescimento exponencial colaborou para que se tona-se popular no meio social e consequentemente em nosso ordenamento jurídico, então por esse motivo se pensou na elaboração de uma forma de oferecer este tipo de registro mais rapidamente e de maneira mais acessível a toda população.

O que fica evidente é que de fato a 100 anos atrás com as leis vigentes em nossa legislação não havia a possibilidade de constituir famílias, que não fossem formadas pelo modo tradicional da época, ou seja, pai/mãe, casados e constituído filhos legítimos, então com o passar dos anos a sociedade se despreocupou em manter vínculos estritamente biológicos, fazendo com que houvesse uma modificação em nosso ordenamento jurídico para assim proteger estas novas entidades familiares que se originavam pelo vínculo afetivo, passando então a possuir as mesmas características e detendo as mesmas garantias jurídicas, de uma família "tradicional" constituída pelo fator sanguíneo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer dos anos a sociedade brasileira vem evoluindo e se modificando, especialmente quanto ao instituto da família, elencando assim vários tipos de família dentro do mesmo conceito de entidade familiar, ou seja, aquelas com dois pais ou duas mães, conforme os casos de multiparentalidade constituída pelo vínculo afetivo.

Deste modo, pode-se notar que, de fato este tipo de filiação, faz surgir obrigações e os efeitos jurídicos, para ambas as partes, ou seja, para o pai/mãe socioafetivo, bem como, para a filiação reconhecida, mesmo que não seja constituída a família pelo fator biológico, a família constituída pelo vínculo do afeto, possuiu os mesmos efeitos da outra relação, conforma já consagrada em nossa Constituição Federal de 1988, quando trás a igualdade dos filhos.

Através do presente estudo, foi possível explanar, ainda que brevemente, que vem surgindo mudanças significativas nas relações de família, que acabam por acarretar uma modificação tanto no direito de família, bem como no direito sucessório, uma vez que o conceito antigo de família, baseado no fator biológico vem perdendo espaço para novas famílias, constituídas pelo vínculo afetivo, o que ocasionou então uma grande adequação jurídica, diante das situações de fato, que hoje são "reais", e consequentemente necessitam de um amparo jurídico.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Revista Jus da Faculdade de Direito**. Revista Juris da Faculdade de Direito. Vol. 08. São Paulo, 2012

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

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 23/05/2022.

CALDERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriele Bortolan. **Filiação Socioafetiva: repercussões a partir do provimento 63 do CNJ.** Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Filia%C3%A7%C3%A3o%20Socioafitiva%20%20repercuss%C3%B5es%20a%20partir%20do%20prov%2063%20do20CNJ%20-%20Calderon%20e%20Toazza%20(1).pdf. Acesso em: 23/05/2022.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**. Disponível em: http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf. Acesso em: 01/05/2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª ed. Editora JusPodivm, 2021. Disponível em: https://forumturbo.org/wpcontent/uploads/wpforo/attachments/77747/5512-anual-de-Direito-das-Famlias-Maria-Berenice-Dias.pdf. Acesso em: 23/05/2022.

HENRIQUE, Hernando; PIANA, Maria Cristina. **O papel do ibdfam (instituto brasileiro de direito da família) na contemporaneidade e o conceito família**. II SIPINF, [S. l.], p. 1-9. Disponível em: https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/serpinf-senpinf/assets/edicoes/2018/arquivos/61.pdf. Acesso em: 23/05/2022

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**: Editora Forense Grupo GEN, 2020. 9788530990183. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990183/. Acesso em: 23/05/2022.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito de família**. Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf- 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-R&lr=&id=qbhiDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=direito+de+fam%C3%ADlia&ots=a 602x9ZoVT&sig=a9aE-Fsn1IrKqqg3DlIydYAA4OA#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 23/05/2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Editora Forense: Grupo GEN, 2020. 9788530992996. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992996/. Acesso em: 23/05/2022.

SOUZA, Thais Apoliana; SILVA, Cheila Cristina da. **Reconhecimento De Paternidade E Maternidade Socioafetiva Na Esfera Extrajudicial. Direito de Família**, revista 199, [s. l.], 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/reconhecimento-de- paternidade-e-maternidade-socioafetiva-na-esfera-extrajudicial/. Acesso em: 23/05/2022.

EVOLUÇÃO DO DIREITO ANIMAL NO BRASIL E NO MUNDO

Ana Caroline Marin Writzl[1]
Marcele Scapin Rogério[2]

Resumo: O presente artigo versa sobre a evolução do direito dos animais no Brasil e no mundo, desde os tempos remotos até os dias atuais. Busca entender desde que momento surgiu o interesse na proteção dos animais e a inserção destes na categoria como seres de direitos, assim como os humanos, bem como expor a proteção conferida especialmente a eles na busca de evitar práticas de crimes e maus tratos. Traz leis e relata sobre práticas que são tidas como maus tratos. Pretende, também, saber qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação aos casos envolvendo animais e sua proteção e sobre implementação de Leis Complementares no intuito de reformular leis já existentes para as tornar mais eficazes. E por fim, expõe sobre o entendimento atual para analisar se os animais já estão sendo considerados seres de direitos e o seu devido reconhecimento. A metodologia utilizada foi uma pesquisa documental e bibliográfica de abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Evolução. Seres de Direito. Proteção.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos dias atuais, após muito tempo de discussões sobre o assunto, a pauta direito dos animais está cada dia mais presente no cotidiano das pessoas, principalmente sobre o reconhecimento destes seres de possuírem capacidade e direitos. Esta busca incessante se dá devido à falta de respeito que ainda existe com os animais e os crimes cometidos contra estes seres.

Este estudo foi realizado com o objetivo de buscar e apresentar a evolução histórica dos entendimentos e dos direitos inerentes a eles, para entender desde quando e por qual motivo se iniciou essa preocupação com os animais, saber quais modificações foram sendo feitas com o passar do tempo e qual o entendimento nos dias atuais. Ter conhecimento das leis existentes exclusivas e direcionadas aos animais.

Para a realização do presente artigo a metodologia utilizada foi uma pesquisa documental e bibliográfica de abordagem qualitativa. E, a justificativa para a realização do artigo é a de conhecer e trazer este conhecimento as demais pessoas sobre a vida e proteção destes seres.

---

[1] Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professor do Curso de Direito da Setrem.

Para tal, este estudo será dividido em 4 tópicos, distribuídos da seguinte forma: o primeiro busca trazer a evolução do direito animal no mundo, desde seu início; o segundo versa sobre o direito dos animais exclusivamente no Brasil; o terceiro traz sobre o entendimento que tem o Supremo Tribunal Federal tem sobre o assunto; e o quarto e último, traz o questionamento sobre se os animais são mesmo seres titulares de direitos.

2 DESENVOLVIMENTO

Evolução do direito animal

Ao longo da evolução histórica ocorrida no Brasil e no mundo, nota-se diversas mudanças, dentre elas uma que influenciou muito a forma em como vivemos hoje, que é a relação entre o homem e o animal. Por muito tempo esta relação era de caça e caçador, pois os seres humanos utilizavam o animal como alimento. A evolução que veio ocorrendo com o passar dos anos fez com que aproximasse mais os seres homem - animal, inicialmente fazendo com que tivessem uma relação mais próxima com o intuito de o homem domesticar grande parte dos animais selvagens para que estes o servissem de alguma forma, e evoluindo para uma relação com alguns que hoje em dia é de afeto e cuidado de um para com o outro (DOS SANTOS, 2020).

Por muito tempo, se tinha a ideia de que animais eram apenas coisas que estavam à disposição do ser humano e que poderiam os servir de alguma forma. Mas com o passar dos anos, esse pensamento foi mudando, e os entendimentos também, pois com essa mudança no relacionamento entre homem e animal fez com que muitos passassem a proteger estes seres e buscar por seus direitos, já que atualmente se assemelham tanto aos humanos (DOS SANTOS, 2020).

Já vem, há muito tempo, sendo comentado sobre os direitos inerentes a estes seres e sua devida representação, já que nos tempos remotos eram praticados muitos atos de crueldade contra os animais, e isso era tido como normal, pois nada dizia que não poderia ser praticado tal ato, não havia proibição e nem penalização para isso (DE ABREU, 2015).

Para caráter informativo, a primeira legislação que proibia a crueldade com animais foi aprovada no ano de 1635, na Irlanda. Nos anos seguintes, em 1641, houve a aprovação do primeiro Código Leal, que versa sobre a proteção de animais domésticos na América. Na Inglaterra, por muito tempo, principalmente durante a República Puritana, havia sido proibido qualquer tipo de briga que envolvesse animais, como rinhas

de galo, brigas de cachorro e as touradas. Porém, após a Restauração, em 1660, a prática das touradas passou a ser novamente permitida, sendo assim por um longo tempo, até ser novamente proibida em 1822 (DE ABREU, 2015).

Para alguns filósofos muito importantes, representantes do Movimento Iluminista na França, os animais deveriam fazer parte da lei natural, não só por serem seres racionais, mas sim por se encaixarem na categoria de seres sencientes também. Chegando ao entendimento, de que se há a obrigação de não fazer mal a um ser semelhante é menor porque ele é um ser racional, do que porque ele é um ser sensível. Sendo dever de um e de outro de não maltratar outro de forma inútil. É irônico pensar que muitos acreditam que animais são seres privados de conhecimento e sentimentos, acham que são como máquinas, que não tem capacidade de aprender e evoluir. Os humanos precisam começar a entender que devem tratar seu semelhante como querem ser tratados, para que, de fato, possam realmente evoluir (DE ABREU, 2015).

Com o passar de muitos anos, então no século XIX, na Inglaterra, que houve um grande crescimento do interesse pela busca da proteção dos animais, pois estudiosos que se preocupavam com seres mais indefesos, como os idosos e as crianças, estenderam sua preocupação para com os animais também. Deste momento em diante surgiram diversas sociedades que buscavam representar e proteger o direito conferido aos animais (DE ABREU, 2015).

Mais uns anos adiante, já no século XX, uma série de leis referente à proteção animal foi aprovada pelo partido nazista, na Alemanha. Tinha como intuito quebrar a barreira que existia em diferenciação entre o ser humano e o animal. Referente a isso, Natascha Christina Ferreira de Abreu traz que:

> A “Tierschutzgesetz”, ou lei de proteção animal, foi aprovada com Hitler declarando que “No novo Reich, nenhuma crueldade contra os animais será permitida”. Fica proibida a caça, regulamentado o transporte de animais em veículos automotores e estabelecidas algumas restrições em relação à vivissecção, pois eram consideradas como “ciência judaica” (DE ABREU, 2015, online).

Ainda no século XX, logo após a Segunda Guerra Mundial, o tratamento melhorado que estava sendo dedicado aos animais começou a piorar, em virtude de que as coisas começaram a mudar e acelerar os processos e, com isso, vindo a crescer o número de demanda por produtos de origem animal, tanto para alimento quanto para a produção (DE ABREU, 2015).

Mas, uns anos mais tarde, em 1978, a UNESCO estabeleceu a Declaração Universal de Direitos dos animais, no intuito de buscar igualdade entre seres humanos e animais na sua existência (DE ABREU, 2015).

Direito dos animais no Brasil

Na busca por essa representação, no Brasil a primeira situação jurídica em que o animal foi vinculado foi no Código Civil em 1916, que já passou por algumas modificações, mas que vigora até hoje. Porém, neste código, e o animal é apenas uma coisa, um bem semovente, um objeto de propriedade dos seres humanos (DE ABREU, 2015).

Não muito mais tarde, em 1934 surgiu Decreto n. º 24.645, que versa sobre a proteção dos animais, e que em seu artigo 3º traz uma ampla citação do que são considerados maus tratos aos animais. De um modo geral, somente fazendo um apanhado, há menção ao que é considerado crime de maus tratos e à proibição de muitas práticas que envolvem animal (DE ABREU, 2015).

Como exemplos de atos abusivos e de crueldade, citam-se: manter animais presos em locais inapropriados e sem qualquer dignidade; obrigar a trabalho forçado e excessivo; agredir ou mutilar; abandonar, em qualquer hipótese, inclusive quando está doente; não dar morte rápida quando a finalidade for consumo; fazer animais que estão em período de gestação trabalhar ou ser abatido para consumo (BRASIL, 1934).

Além disso, manter animais que são destinados à venda em locais inapropriados; manter animais em locais para venda por mais de 12 horas sem realizar a devida limpeza e sem alimentá-los; proibida a engorda forçada de aves; entregar animais vivos com a finalidade de alimentação de outro animal; tirar as penas ou os pelos de animal vivo; adestrar ou ensinar animais com aplicação de penas e atos de maus tratos; praticar tiro ao alvo em animais; proporcionar e realizar lutas entre animais, de mesma espécie ou de espécies distintas, em local público ou não; lançar animais a própria sorte com força no intuito de apresentação e acrobacias em shows; e por fim, caçar em qualquer época do ano, aves que não esteja autorizado (BRASIL, 1934).

Citam-se, ainda, como exemplo: fazer o animal trabalhar 6 horas direto sem este ter seu devido descanso, água e alimento, ou fazê-lo caminhar por mais de 10 km sem parar para descansar; permanecer em veículos de transporte o animal trancado por mais de 12 horas sem água e comida; transportar animais em locais fechados, onde eles estejam

de ponta cabeça, atados e tendo qualquer tipo de sofrimento; realizar transporte de animais em local não apropriado ao seu tamanho e a quantidade correta; prender em currais ou qualquer lugar que não possui capacidade, quantidades de animais que não possam se mover por não ter espaço, vindo assim a não poder se alimentar; deixar as vacas sem ordenhar por mais de 24 horas; prender em mesmo local animais de diferentes espécies, que possa fazer com que gere conflito (BRASIL, 1934).

Referente à utilização de animais para trabalhar, pode-se expor como exemplos de maus tratos e atos abusivos: juntar animais de espécies diferentes, quando só se é permitido os de mesma espécie; colocar animais em veículos sem os devidos equipamentos necessários para que seja possível a realização do mesmo; utilizar animais que não se encontram mais com possibilidade de prestar serviço, este estando velho, cego ou ferido; golpear e bater em animal que se encontra caído diante do veículo, este deve ser desprendido para que possa se levantar; exigir que o animal desça ladeiras com veículo sem freio, tendo que usar sua força para segurar o veículo; não revestir com couro as correntes utilizadas para prender os animais; levar animais uns presos aos outros ou então amarrados atrás dos veículos (BRASIL, 1934).

São muitos os atos que os humanos praticam no dia a dia, mas que não tem o conhecimento de que se caracterizam como um crime e que serão punidos por tal se houver a denúncia de prática de maus tratos.

Em 1941, houve uma edição na lei de contravenções penais, na qual em seu artigo 64 falava sobre as práticas de crueldade com animais. Este, que em 1998 foi revogado pela lei dos crimes ambientais (DE ABREU, 2015).

Finalmente em 1988, a Constituição Federal apresentou um grande avanço referente à proteção do meio ambiente e dos animais, trazendo em seu artigo 225, §1º, VII, que é de competência do poder público a proteção da fauna e da flora, e que de acordo com a lei, está vedada qualquer prática que afronte diretamente a função ecológica, e que em decorrência de qualquer prática venha provocar a extinção de animais ou plantas, e a prática de crueldade (DE ABREU, 2015).

Na busca por zelar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado é que se instaura este artigo, pois este espaço que é de uso comum de todos, tanto dos animais quanto dos humanos, precisa ser preservado, e os animais também protegidos. Por isso que o homem, na condição de ser racional e cidadão com direitos e deveres, deve se preocupar mais com o ambiente em que vive, cuidando-o e protegendo-o (DOS SANTOS, 2020).

E por fim, a promulgação da lei dos crimes ambientais, que em seus artigos estabelece sanções penais por violações contra o meio ambiente, e que sua promulgação acabou revogando diversos anteriores, incluindo o artigo 64 da lei de contravenções penais. Além das citadas, existem outras diversas normas que versam sobre o direito animal em outras partes do mundo que acabam se complementando, dependendo do caso (DE ABREU, 2015).

Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem como entendimento o que traz a maioria das doutrinas brasileiras, mas na maioria das vezes se baseia no Código Civil, que ainda hoje têm os animais como objetos e não como seres de direitos. Por mais que o STF tenha esse entendimento sobre a grande maioria dos animais, os de companhia já são tidos de outra forma, como seres sencientes, que têm capacidade de pensar, de sentir, que possuem necessidades, sendo comparados diretamente aos seres humanos como seu semelhante, e que precisam ser conhecidos e levar em consideração seu bem estar (DOS SANTOS, 2020).

Grande parte dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal baseiam-se nas doutrinas constitucionais vigentes, porém, em alguns casos eles utilizam de outros entendimentos anteriores de casos semelhantes para avaliar determinada situação, pois mesmo que na maioria das vezes são cometidos os mesmos atos, tem vezes em que surge algo novo que não está em doutrinas ou na legislação, mas que já ocorreu um dia e foi julgado de determinada forma (DOS SANTOS, 2020).

Alguns atos praticados ainda nos dias de hoje são tidos como inconstitucionais, como a vaquejada, que segundo os nativos da região nordeste, se trata de uma competição onde dois peões, compondo a equipe montados em cavalos, entram na arena atrás de um boi, e devem o capturar e derrubar o agarrando pelo rabo. Essa prática, por diversas vezes, já foi acusada como prática de maus tratos e crueldade com os animais, porém por outro lado, há ainda quem defenda tal prática, dizendo se tratar de manifestação cultural,

havendo assim o conflito entre duas normas constitucionais, sendo de um lado o artigo 225[2], §1º, VII e de outro o 215[3] da Constituição Federal de 1988 (DOS SANTOS, 2020).

Por se ter conhecimento das práticas utilizadas na vaquejada, se sabe que tais atos atentam diretamente contra a vida e o bem estar do animal, pois comete-se diversas atrocidades contra esses seres que não podem nem se defender, e algumas pessoas usam a cultura para mascarar os atos de crueldade que são feitos. Sendo o animal caracterizado como ser de direito, essa prática pode ser considerada inconstitucional pois fere a lei que traz que é proibido todo e qualquer ato de maus tratos e crueldade com os animais (DOS SANTOS, 2020).

Em pauta também são as leis complementares instituídas a fim de buscar o reconhecimento do direito animal e sua proteção. Uma delas foi o projeto de Lei Complementar 27/2018, que busca acrescentar na Lei 9.605/98 dispositivos para tratar sobre a natureza jurídica dos animais não humanos, os quais devem ser protegidos, ter tutela jurisdicional em caso de violação, e ser vedado seu tratamento como coisa (DOS SANTOS, 2020).

Este projeto teve a aprovação da Câmara do Senado Federal, objetivando a construção de uma sociedade mais consciente para se ter conhecimento e reconhecer a natureza jurídica dos animais, entendendo que eles são seres sencientes, com sentimentos e capacidade, e que são passíveis de dor e sofrimento (DOS SANTOS, 2020).

Animais são seres titulares de direitos?

Atualmente, muito se debate sobre animais serem seres de direitos ou não. Em alguns lugares do mundo, já há o entendimento e reconhecimento dos animais não humanos como seres de direito e com capacidade, porém há no ordenamento jurídico brasileiro normas que ainda os tratam como coisas, objetos, ou ainda patrimônios. Como o Código Civil que até 2019 não era condizente com a evolução sobre o direito dos

---

[2] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

[3] Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

animais se comparado a outros lugares do mundo. Admitir que os animais não humanos são seres com capacidade e direitos será um grande passo e avanço para o Direito, pois os humanos foram inseridos em seu habitat, e suas condutas não os prejudicam diretamente, vindo muitas vezes a prejudicar mais o ambiente e os animais, então tudo deve ser equilibrado, respeitando-se os direitos dos demais seres (DOS SANTOS, 2020).

A busca pelo direito dos animais não é em tentativa de humanizá-los, até porque os humanos são dotados de todos os direitos fundamentais e possuem características peculiares, inerentes a si, entretanto, busca-se apenas o reconhecimento de que os animais são seres vivos, que são seres sencientes, com capacidade de ser e de sentir, e que são titulares de alguns direitos fundamentais sim, como por exemplo a vida digna.

Diante do assunto, Junieber Ramos dos Santos relata que:

> Depois de muitos anos de debates e lutas pela consideração dos animais não humanos como sujeito de direitos, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto Lei 27/2018, onde confere aos animais não humanos a natureza jurídica "sui generis", sendo sujeitos de direitos despersonificados, reconhecendo também que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento (DOS SANTOS, 2020, online)

Sendo então, atualmente, os animais reconhecidos e considerados como sujeitos de direitos sim, porém despersonificados, o que significa que possuem direitos fundamentais específicos para a sua espécie.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente estudo, resta entendido que, com o passar dos anos, a evolução que ocorreu referente ao tema estudado foi, significativamente, muito grande e que estamos no caminho e cada dia mais perto do reconhecimento total dos animais como sujeitos de direitos e com capacidades. Trazendo neste artigo, principalmente a evolução ocorrida nos últimos 100 anos, que foram as mais significativas e onde grande parte das leis referente aos animais surgiram.

Entende-se que foi de grande importância a iniciativa tomada para buscar o devido reconhecimento para os animais, pois são seres vivos, que merecem tanto quanto os seres humanos direito a pelo menos uma vida digna e feliz. Como já sabemos, os animais hoje se enquadram na categoria de seres sencientes, que percebem pelos seus sentidos e que estes também têm sentimentos como os humanos, entre eles fome, dor e, inclusive, saudade. Com o passar dos anos, os animais evoluíram tanto que chegaram ao ponto de

constituir uma nova espécie de família, sendo conhecida como família multiespécie, onde seres humanos adotam animais e os incluem em sua família como um membro.

Após tamanha evolução, nada mais justo que seres tão semelhantes a nós terem o devido reconhecimento e poderem usufruir de seus direitos. Ainda há muito a se buscar e conquistar em prol dos animais, e é com essa luta diária pelos seus representantes que isso será possível.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934.** Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: https://ceuaics.ufba.br/sites/ceuaics.ufba.br/files/Decreto%20n%C2%BA%2024.645%20-%2010.07.1934.pdf. Acesso em: 03 jun 2022.

DOS SANTOS, Junieber Ramos. **A proteção aos animais no Brasil: objetos ou sujeitos de direitos?** 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11446/A-protecao-aos-animais-no-Brasil-objetos-ou-sujeitos-de-direitos>. Acesso em: 03 jun. 2022.

DE ABREU. Natascha Christina Ferreira. **A evolução dos Direitos dos Animais: um novo e fundamental ramo do direito.** 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45057/a-evolucao-dos-direitos-dos-animais-um-novo-e-fundamental-ramo-do-direito>. Acesso em: 03 jun. 2022.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E A ATUAL REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA

João Victor Magalhães Mousquer,[1]
Guilherme de Lima Melo[2]

Resumo: O presente estudo tem como objetivo apresentar uma relação histórica sobre o surgimento do que hoje entendemos como Direito do Trabalho, realizando uma conexão com a criação da reforma trabalhista, Lei 13.467 de 2017 e como essa reforma pode atacar os direitos já consagrados anteriormente. Buscamos apresentar um panorama nacional e internacional sobre a necessidade de proteção ao trabalhador no decorrer da história. Apresentamos uma possível flexisegurança de direitos após a reforma trabalhista de 2017 e de que forma esse afrouxamento jurídico pode prejudicar o trabalhador. Buscamos demonstrar a importância desse estudo à população em geral, pois acreditamos que essa flexisegurança poderá afetar diretamente a vida do trabalhador, do próprio empregador e ainda do judiciário brasileiro, que poderá vir a se sobrecarregar ainda mais com as possíveis ações trabalhistas na busca de direitos desses trabalhadores.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Flexisegurança. Reforma trabalhista 2017.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tendo como iniciativa a comemoração dos 100 anos da Sociedade Educacional Três de Maio, buscamos apresentar, dentro do tema do Direito do Trabalho, um estudo sobre como houve a necessidade de normas trabalhistas, no Brasil e no mundo, para a busca efetiva dos direitos dos trabalhadores no decorrer desse século. Com isso, realizamos um estudo sobre a problemática trabalhista na história, com os abusos dos empregadores sobre os empregados e a consolidação de normativas que protegem o hipossuficiente dessa relação.

Relacionamos da mesma forma a necessidade apresentada pelo Estado para a criação da reforma trabalhista de 2017, apresentando os possíveis danos que essa flexisegurança, surgida com a reforma, pode afetar o trabalhador e o meio jurídico. Essas alterações são relevantes e merecem atenção e estudos aprofundados, tratando-se de novidade no direito, devendo ser analisadas para a retomada do objetivo principal do direito do trabalho, que é a atuação do Estado buscando o equilíbrio na relação, sendo, quando necessário, à proteção do trabalhador.

Buscamos evidenciar as possíveis condutas que trazem insegurança jurídica junto à norma infraconstitucional para que dessa forma possa ser propiciada uma segurança jurídica aos atores envolvidos nessa relação de direito. Ainda, para que se possam evitar futuros processos judiciais trabalhistas, onde trabalhadores poderão buscar na justiça o que a norma

[1] Professor do Curso de Direito da Setrem, mestre em direito e doutorando em Direito. Advogado. contato: joaomousquer@setrem.com.br
[2] Acadêmico do 10º semestre curso de Direito da SETREM. Contato: mguilhermedelima@gmail.com

constitucional lhe traz como direito, e a legislação infraconstitucional, em desacordo com a primeira, lhes retirou, pelo fato de as normas não estarem alinhadas juridicamente.

A pesquisa foi realizada através de estudos bibliográficos, artigos científicos, análise de leis, para buscar maior compreensão sobre o assunto proposto. O método de abordagem utilizado é o hipotético – dedutivo, e o método de procedimento histórico e funcionalista, pois é realizado o estudo de uma forma histórica e cronológica, trazendo os conceitos e a problematização do conteúdo para a realidade atual.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho, de forma literal da palavra, existe desde a pré-história, onde as pessoas trabalhavam para manter seu sustento. É possível de interpretação que o ser humano desde a sua existência depende do seu esforço em trabalho para manter-se com vida. Em busca de segurança, de alimento, por domínio tecnológico etc. Diferentemente da atualidade, pois as pessoas trabalhavam para si ou para suas famílias, não existindo uma relação de trabalho, dessa forma, não havia as figuras do empregado ou do empregador. Não havia a mercantilização do tempo disposto ao trabalho e a contraprestação por ele. Era um trabalho exercido em prol de uma comunidade e não de um modelo econômico. (DELGADO, Maurício Godinho, 2019)

Com o desenvolvimento da história, a relação de trabalho foi abarcada pelo imperialismo do direito. O trabalho pela, ou em comunidade, não foi extinto, mas passou-se a regulamentar atividades laborais. Umas sendo legitimadas mediante contraprestação e outras legitimadas pela inserção da condição de escravidão. Com o passar dos anos, com a criação das tribos, civilizações, povos, a forma de trabalho pré-histórico acabou sendo substituída pelo que entendemos hoje em dia como relação de trabalho, onde os mais fracos tornaram-se subordinados aos mais fortes, existindo aí uma relação de comando, começando a formar-se as primeiras relações trabalhistas existentes. (DELGADO, Maurício Godinho, 2019)

Dessa maneira, trataremos sobre algumas relações trabalhistas na evolução do trabalho, até o encontro com o direito do trabalho e a interferência do Estado nas relações individuais, ou coletivas, das relações trabalhistas. Para isso, lembraremos de algumas formas de trabalhos existentes no mundo durante o passar dos anos.

2.1 A ESCRAVIDÃO

Na escravidão há a submissão de uma pessoa frente a outra, caracterizada pela ausência de relação humana, uma vez que o humano - escravo -, não possuía personalidade jurídica, sendo considerado um objeto pertencente ao seu senhor. Era uma relação de mão única, em que

o escravo era uma propriedade que não possuía direitos ou mesmo algum tipo de tratamento humano adequado, sendo tratado como qualquer coisa que pode ser inutilizada a qualquer momento, que devia obediência às ordens do seu senhor, trabalhando diuturnamente por um prato de refeição e um lugar qualquer para dormir. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Geralmente tornavam-se escravos os povos derrotados em batalhas, no Brasil por exemplo, os portugueses trouxeram a forma de escravidão como meio de trabalho, primeiramente com os índios e posterior com os negros trazidos da África, tendo fim em 1888 com a Lei Áurea.

2.2 DA SERVIDÃO

Já a servidão, nasceu na Europa entre os séculos X e XIII, essa relação de trabalho foi criada no feudalismo que surgiu nessa época, onde existiam as figuras do vassalo e do senhor feudal, o primeiro servia ao senhor das terras e lhe prestava obediência, em troca lhe era concedido, em forma de pagamento, uma porção de terra, denominada feudo, onde dali o vassalo poderia tirar seu sustento. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Nessa forma de relação ao trabalho, o “empregado” deixava de ser escravo para prestar um serviço de servidão, sendo recompensado por suas tarefas. Havia ainda uma relação de submissão, porém, nessa fase o trabalhador via alguma forma de reconhecimento e pagamento por seus serviços. Esses pagamentos eram realizados pelas concessões das terras ou de seus proventos. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

2.3 DAS CORPORAÇÕES

Quando nos referimos às corporações, elencamos que era uma relação de trabalho sem a manifestação estatal, ou seja, o Estado não interferia com os acordos trabalhistas firmados entre empregado e empregador, mesmo que fosse algo, que hoje em dia, seria considerado inaceitável dentro dos princípios do direito do trabalho ou mesmo dos princípios sociais de qualquer pessoa. A política liberal do Estado não permitia essa interferência, pois eram permitidos os acordos privados entre empregador e empregado, sem a necessidade de normas reguladoras sobre o assunto. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Porém, alguns acontecimentos fizeram com que o Estado começasse a agir, interferindo nessa relação de emprego. Numa primeira fase, no final do século XVIII, existia um Estado liberal, que notou a necessidade de agir nas relações de trabalho para evitar os abusos existentes por conta da total submissão do operário frente ao seu empregador, mas nessa fase a intervenção

estatal se dava de forma insuficiente, tímida e ineficiente, pois não trazia normas trabalhistas, apenas pequenas proibições e leis esparsas. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

A segunda fase, vem com o advento ao Manifesto Comunista (1848), de Marx e Engel, ainda as manifestações coletivas na Inglaterra e França, que se tornam as primeiras manifestações dos empregados em busca de seus direitos. Seu término encontra-se no fim da primeira guerra mundial e com o tratado de Versalhes, onde nasce a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Dessa forma, nasce o direito do trabalho, com a visão que o Estado não pode eximir-se frente a desigualdade das relações de trabalho, deixando a liberdade privada prover essas relações. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Começam a nascer leis que resguardam, positivam e protegem o trabalhador, passando ao Estado a necessidade de regular os relacionamentos econômicos e sociais de seu povo. Daí surge a limitação da liberdade contratual, normas são criadas para as relações entre empregado e empregador, como a carga horária, a segurança e medicina do trabalho, o reconhecimento à greve, à associação, entre outras. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Numa terceira fase, nota-se a força da interferência do Estado nas relações trabalhistas, onde existe a efetiva elaboração de normas, o Estado preocupa-se em intervir e positivar leis sobre diversos assuntos, como direitos da mulher trabalhadora, segurança no trabalho, trabalho de menores, salários, resoluções de conflitos, entre outros. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

2.4 DO TRABALHO PÓS REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

A revolução industrial foi um marco importante na história do direito do trabalho, pois foi o momento em que se começa a produção em massa de produtos nas grandes empresas, descobre-se que havia a necessidade de criação de máquinas que podiam realizar grandes trabalhos com pouca mão de obra humana e com grandes produções em um período menor de tempo, notando-se que a tecnologia era indispensável para o desenvolvimento humano. Surge também, o abuso dos grandes empresários sobre o proletariado, com a inobservância e o desrespeito dos direitos dos trabalhadores, como abusos de cargas horárias, chegando a jornadas de até dezoito horas diárias de trabalho, a exploração do trabalho da mulher e do menor. Além da miséria de grandes camadas da população (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Surgia a bandeira do liberalismo, onde não havia interferência do Estado nas relações trabalhistas, sendo as leis do mercado que ditavam as regras da economia, surge uma soberania dos empregadores sobre seus empregados, ou seja, o que valia era a lei do mais forte. Os abusos eram constantes, surgindo relatos na história, de trabalhadores que dormiam nas próprias

empresas para otimização do tempo laboral, ainda a existência de castigos físicos se a produção não fosse atingida. Na verdade, na época da revolução industrial, a pessoa só era denominada trabalhador, e não escravo, pois recebia um salário. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Com os abusos vindos da revolução industrial, onde a burguesia exercia um grande poder sobre o proletariado, como o uso abusivo da mão de obra e a inobservância de qualquer tipo de respeito ao trabalhador, surge a necessidade da interferência do Estado nessas relações trabalhistas, desta forma surge a fase da sociedade industrial e trabalho assalariado. Aí nasce a necessidade da intervenção do Estado nessa relação, pois várias foram as reivindicações dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e uma busca de direitos trabalhistas. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Sendo a relação de trabalho abusiva, os trabalhadores buscam uma legislação que protegesse a classe proletária, ou seja, buscam no Estado a proteção contra os abusos da burguesia, para que fossem regulados alguns elementos essenciais aos trabalhadores como, a higiene no local de trabalho, a regulamentação de uma carga horária, a fixação de um salário conforme o trabalho realizado, a observância dos abusos contra o trabalho infantil e da mulher.

Nessas reivindicações o Estado entende a necessidade de sua interferência, pois nota a desigualdade da relação jurídica-trabalhista entre o empregado e empregador, ou seja, observa a hipossuficiência do primeiro em relação ao segundo. Nasce então, de forma tímida, mas essencial, o que hoje entendemos como Direito do Trabalho. Foram editadas leis que garantiam a observância da carga horária semanal e referências a serem seguidas quanto ao salário do empregado. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Com o passar dos anos, notou-se que a intervenção Estatal foi crucial ao desenvolvimento do direito do trabalho, pois foi com essa intervenção que foram criados os mecanismos de proteção ao trabalhador. Após várias passagens na história, como por exemplo a crise do petróleo e a segunda guerra mundial, houve ainda mais necessidade da mão do Estado nas relações trabalhistas, criando benefícios aos trabalhadores, leis que os protegessem do desemprego e principalmente a observância da função social do trabalho, tendo como o Estado o detentor da obrigatoriedade da normatização dessa relação, colocando sempre o empregado como o hipossuficiente em relação ao empregador. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Porém, com a chegada de novas tecnologias e as transformações trazidas pelo capitalismo, houve a necessidade de o Estado flexibilizar essas intervenções dentro das relações de emprego, trazendo uma certa autonomia contratual das partes. Com a chegada das tecnologias são criadas novas técnicas de trabalho, surgem novas categorias de trabalhadores e novas formas de prestações de serviço. Assim, a intervenção estatal, rígida e voltada

especificamente ao trabalhador, começa a receber críticas no novo cenário mundial, ou seja, a ideia de total intervenção estatal nas relações de trabalho já se encontra desatualizada e provavelmente incapaz de proteger, de forma eficaz, esse trabalhador, que hoje deve se atualizar às novas técnicas de emprego. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2017)

Dessa forma, o Estado deve buscar um contrapeso entre a flexibilização das normas trabalhistas frente ao mundo globalizado em que vivemos, o principal ponto a ser observado é o limite dessa flexibilização, ou seja, até que ponto o Estado deve retirar-se dessa relação trabalhista sem deixar desassistido o trabalhador?

2.5 O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Quando falamos de Brasil, temos um país colonizado que permaneceu muito tempo em uma relação de escravidão, vivendo basicamente do ramo agrícola, teve o início da sua relação com o direito do trabalho propriamente dito, com a necessidade de intervenção social e estatal naquela relação trabalhista. Desta forma, o nascimento do direito do trabalho no Brasil, basicamente acontece após o término dessa relação escravista, ou seja, a necessidade de proteção ao trabalhador começa a existir com a caracterização dos notórios abusos existentes naquela relação de trabalho, desta forma tenta-se buscar meios de proteção àquele trabalhador.

Com isso, não estamos dizendo que não havia modelos de trabalho no Brasil sem ser o da escravidão, porém eram relações trabalhistas que não traziam preocupações entre seus polos, pois mesmo havendo uma hierarquia de comando, a relação era composta por pessoas da mesma "raça", ao pensamento da época, e dessa forma não eram discutidos abusos entre essas partes.

Após o fim da escravidão, nasce a necessidade de consolidação de normativas que tratam sobre a relação de trabalho no Estado brasileiro, nesse sentido, há um período de extrema importância para cenário nacional dentro da evolução histórica do direito do trabalho. Trata-se do período vivenciado entre os anos de 1888 a 1930, onde se inicia a criação de normativas incipientes e esparsas, sendo criadas conforme estavam nascendo as problemáticas trabalhistas daquele novo contexto. (DELGADO, 2019)

Existia um Estado liberal, não intervencionista nas relações de trabalho, inexistindo dessa forma normativas centralizadoras sobre a proteção, ou mesmo orientação, sobre a questão trabalhista nacional. Ao contrário, por ter roupagem liberal, no Estado inexistia uma dinâmica legislativa intensa para sua atuação na relação de trabalho, pois o Estado não intervia nessa relação, o que dificultava a presença de uma legislação heterônoma federal trabalhista expressiva. O Estado deixa de permanecer inerte criando normativas justrabalhistas, ainda que dispersas, para atender a questão social da relação de trabalho. (DELGADO, 2019)

Dentro do contexto histórico da evolução do direito do trabalho brasileiro, trazemos o período da oficialização, ou institucionalização do direito do trabalho, que busca uma estrutura jurídica para esse novo ramo do direito. Nesse período, tendo como marco inicial o ano de 1930, há uma enorme influência do Estado nas relações trabalhistas, o que até então não havia com o pensamento liberal do Estado, e perdura até o ano de 1945, período da ditadura getulista. (DELGADO, 2019)

Houve a criação de importantes sistemas de proteção trabalhista no Brasil, como: a criação da jornada de oito horas diárias aos comerciários, o que posteriormente seria estendido aos industriários; a regulamentação do trabalho feminino; a criação da carteira nacional do trabalho, entre outras normativas estabelecidas entre os anos de 1930 a 1943. Vindo a ser criado um único diploma Justrabalhista em 01/05/1943, que seria o principal compilado de normas referente ao direito do trabalho no Brasil, tratando-se da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. (DELGADO, 2019)

Dentro da nova ideia do direito do trabalho no Brasil, a Constituição Federal de 1988, então "Constituição Social", tenta incrementar uma nova perspectiva e personalidade para esse novo ramo jurídico, com a intenção da mudança liberal da relação trabalhista no Estado Brasileiro, trazendo com isso, além da gerência estatal sobre o assunto, um texto constitucional criando direitos, com roupagem social, dentro da relação de emprego.

Após o fortalecimento da CF/88, com o rompimento das ideias liberais corporativistas, começaram os avanços democráticos sociais tão esperados com a criação do novo sistema jurídico normativo nacional. Começam a ser observados os pontos dessa democratização, como por exemplo a liberdade associativa e sindical, sem a interferência estatal e a expansão da justiça do trabalho para o interior do país. (DELGADO, 2019)

Foram criados princípios constitucionais, regramentos e institutos jurídicos, que fortaleceram o novo ramo de proteção ao trabalhador, de forma coletiva ou individual, que resulta na acentuação da proteção normativa à sociedade e a economia brasileira. Além de normas constitucionais e princípios regulamentadores, foi observado a importância e a necessidade de normas infraconstitucionais, que estão de acordo com CF em sua ideia de proteção ao trabalhador, que se tornaram importantes meios para a busca dessa proteção social almejada nesse período. Com isso, foram ratificadas convenções que protegem os trabalhadores na relação laboral, sendo usadas como instrumentos de democratização jurídica nacional. (DELGADO, 2019)

Após a concretização da CF, com a instituição de normativas sociais que protegem o hipossuficiente da relação do trabalho, com as criações de normativas infraconstitucionais e

ainda com a ratificação de convenções inerentes ao assunto, o Brasil começa a caminhar com passos firmes na democratização social referente ao Direito do Trabalho. Porém, ideias liberais e crises de ideologia capitalista mundo afora, sempre causavam danos, ou intervenções no cenário nacional. Pois a ideia do liberalismo jurídico nos conflitos trabalhistas, sem a intervenção estatal, na gerência normativa jurídica, pairava nas mudanças já consolidadas, trazendo crises no País que fortificava um sistema jurídico de proteção ao trabalhador. (DELGADO, 2019)

Isso fica claro com a promoção e promulgação da nova reforma trabalhista em 2017, Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, que apresentou uma desregulamentação e uma flexibilização nas normas trabalhistas vigentes, dando poderes à negociação particular das partes da relação trabalhista, o que de fato já era permitido pela CF em algum sentido, porém, agora dá plenos poderes a essas partes de conduzirem a relação empregatícia. (DELGADO, 2019)

Com a globalização cada vez mais acentuada, a pressão dos empresários brasileiros na busca da flexibilização das normas trabalhistas tornou-se latente, pois no Brasil as normas e princípios que ditam o direito do trabalho. Após as necessidades históricas enfrentadas pelos trabalhadores, tornaram-se engessadas ao olhar do pensamento neoliberal e ao dono do capital. (COLUSSI e PILAU, 2017)

O sistema econômico conhecido por Capitalismo visa fortalecer a liberdade nas relações da economia e indústria, com isso podendo sobressair-se sobre o valor humano da relação trabalhista. Quanto menor o gasto desprendido para a mão de obra, maior o lucro do dono do capital, assim, o trabalho humano torna-se mais um produto comercializável nas mãos do empreendedor com pensamento capitalista. (COLUSSI e PILAU, 2017)

Com essa pressão exercida pelos empresários, o Estado buscou, com a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, modificar esses ditames rígidos, apresentando uma flexibilização das normas trabalhistas, na busca da inserção do país no mundo globalizado e um enfrentamento ao cenário de crise econômica nacional e mundial. Sendo que, com essas mudanças as obrigações, direitos e deveres, de ambos os polos da relação trabalhista, mas principalmente do polo hipersuficiente, foram flexibilizados, alterados ou mesmo extintos, principalmente quando falamos em obrigações e deveres. (COLUSSI e PILAU, 2017)

Com o surgimento da reforma altera-se significativamente a estrutura do direito de trabalho no Brasil, acreditamos que houve a inobservância sobre a histórica necessidade enfrentada pelos trabalhadores, que buscaram um acordo justo e mais próximo à igualdade, na relação trabalhista, com conquistas fundamentais fundadas nos abusos enfrentados no ambiente laboral. (COUTINHO e REIS, 2020)

Estando o combinado acima do normatizado, pretendendo retirar do Estado o seu poder gerencial sobre o direito do trabalhador, como o que acontecia nos primórdios das relações de trabalho no País. Ou seja, atribuiu-se novamente ao Direito do Trabalho uma roupagem liberal, flexível conforme a conveniência das partes, sem levar em consideração a subordinação de uma parte sobre a outra, e a desregulamentação de normas essenciais para a proteção do hipossuficiente. (DELGADO, 2019)

Não podemos pensar no Brasil igualando-o com países desenvolvidos, pois falamos de um Estado que ainda caminha em passos pequenos para a efetivação dos direitos humanos, sociais e mesmo econômicos. Portanto, não podemos esperar que essa relação trabalhista liberal, sem a mínima gerência estatal seja justa ao trabalhador, este, num patamar de subordinação e hipossuficiência frente ao empregador. (DELGADO, 2019)

Não podemos pensar em total retirada do Estado nas relações trabalhistas após várias conquistas de direitos consolidados no decorrer das décadas, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferida ao trabalho, com isso estamos falando em anotação na carteira de trabalho profissional, o direito ao mínimo salarial, à jornada de trabalho, as normas de saúde laboral e a segurança do trabalho, entre outros. (DELGADO, 2019)

Vejamos que não há possibilidade da ausência do Estado para proteger essa relação, pois possuem características de direito público, com o mínimo civilizatório de proteção à sociedade, não podendo ser reduzido, esses direitos já concebidos, por uma relação político-profissional liberal. (DELGADO, 2019)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao realizar o estudo sobre esse tema, que pensamos ser de suma importância para os trabalhadores brasileiros, para o Direito em si, como matéria de proteção às normas jurídicas, ainda ao futuro do direito trabalhista após a reforma de 2017, acreditamos que o trabalho serve para iniciarmos os estudos e consequentemente instigar no mínimo uma curiosidade ao meio acadêmico, na população, até mesmo no próprio judiciário brasileiro, sobre um tema de notável importância para a vida e cotidiano deste público. O trabalhador que poderá ver seus direitos desassistidos, os advogados que poderão deparar-se cada vez mais com as lides referente ao assunto, ou ainda ao judiciário que poderá sobrecarregar-se ainda mais com ações referentes ao tema.

Apresentamos um estudo sobre a história do direito do trabalho, sua evolução e necessária concretização no decorrer das décadas, onde buscou-se uma proteção social ao trabalhador. Procuramos demonstrar que desde o início dos tempos, o trabalho faz parte da vida

das pessoas. No decorrer desses acontecimentos nasce o Direito do Trabalho para fornecer uma certa proteção ao hipossuficiente da relação trabalhista, sendo o trabalhador.

A história nos demonstrou que pode haver um ciclo vicioso nas relações de trabalho, onde, todas as crises sobre o tema começaram com a retirada total do Estado dessa relação, sendo um sistema liberal entre empregador e empregado. Contudo, nos demonstrou também que após essa liberdade, sempre houve a necessidade da interferência do Estado na relação trabalhista para coibir e rechaçar os abusos que aconteciam entre empregador, com superioridade na relação, e o empregado, subordinado ao dono do capital.

O gosto pelo tema surge quando acreditamos que esse ciclo novamente começa a destacar-se com a edição da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, sendo a reforma trabalhista. Acreditamos que estamos frente à liberalidade do Estado na relação trabalhista e consequentemente, conforme nos foi apresentado pela histórica luta das classes de trabalhadores, possivelmente haverá o abuso dos hipersuficientes frente ao hipossuficiente dessa relação. Em consequência disso, surgirá a necessidade de o Estado novamente intervir, readequando o direito do trabalho para evitar os abusos que vierem a acontecer.

Notamos que a promulgação da reforma trabalhista pode ter sido concretizada com a pressão exercida pelos empresários brasileiros, que buscavam uma flexibilização das normas que legislam sobre o direito do trabalho. Além disso, existia o pensamento neoliberal do governo, que trouxe como argumento, para conseguir a promulgação da reforma, a necessidade do Estado em tornar as normas trabalhistas mais maleáveis, com isso supostamente estariam auxiliando na proteção do trabalhador, evitando o desemprego e fortalecendo a economia nacional frente a uma crise econômica interna e internacional.

Acreditamos que o assunto não se encerra aqui, que há a necessidade de um maior debate sobre o tema, pois não podemos deixar uma problemática tão importante sem uma análise mais aprofundada. Sem essa preocupação, poderão surgir imensuráveis prejuízos à população, que depende de pessoas dedicadas e atualizadas que possam atuar na retomada de alguns de seus direitos, que poderão ser atacados. Ou mesmo como uma forma de auxílio ao judiciário, buscando diminuir os possíveis processos que virão em massa na busca desses direitos, sufocando ainda mais um judiciário já lento e desgastado.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, **Lei nº 5.452** de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em : 23 de Mai de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

CAVALCANTE, J. de Q. P.; JORGE NETO, F. F. Manual de direito do trabalho. 4ª ed. Editora Atlas. São Paulo – SP, 2017.

COLUSSI, F. A. M.; PILAU, L. S. dos S. As novas configurações do labor: A flexissegurança sob o viés do teletrabalho. In: MAIOR, J. L.; SEVERO, V. S. Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. Editora Expressão Popular. São Paulo – SP, 2017.

COUTINHO, G. F.; REIS, D. M. “Reforma” Trabalhista: A potencialização do valor do trabalho como mercadoria em tempos de governança burguesa ilegítima. In: FILHO, B. H. J.; FRAGA,R. C.; QUEIROZ, P. E. P. Direito do Trabalho: Após Reformas. 1 ed. Editora Aspas, Gramado – RS, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Editora LTr, São Paulo – SP, 2019.

GÊNERO: A FALTA DE ISONOMIA NA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

Milena Caneppele Schneider [1]
Danielli Regina Scarantti [2]

Resumo: O presente estudo busca abordar a falta de isonomia presente no cotidiano das mulheres brasileiras, através de uma análise do contexto histórico do direito das mesmas, bem como a forma com a qual o Estado, órgão responsável pela garantia desses direitos, interfere e trabalha para o desenvolvimento e para a garantia da eficácia desses direitos que são garantidos por lei. Constata-se que apesar dos grandes avanços no direito para com as mulheres, ainda existe uma grande disparidade entre o que se encontra descrito na lei versus o cotidiano enfrentado pelas brasileiras, demonstrando, assim, a demanda urgente para uma profunda análise, reflexão e procura por soluções que sejam efetivas na busca pela igualdade de gênero dos cidadãos brasileiro. Portanto, busca-se uma retratação pelas atitudes do passado brasileiro, este, que utilizava e ainda utiliza da mulher como um mero objeto a serviço e disposição do homem, este, que por sua vez, permanece sendo visto como o provedor e o detentor da mulher.

Palavras-chave: Mulher. Gênero. Igualdade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo possui como objetivo central uma análise do histórico brasileiro com relação às desigualdades de gênero, trazendo uma perspectiva, desde o período do Brasil Colônia até o contexto atual brasileiro, evidenciando, assim, a partir desta abordagem histórica, a situação de inferioridade e submissão, sob as quais as mulheres são sujeitadas durante sua vida. Ademais, pode-se observar a importância de tal análise, visto que, apesar de mais de cinco séculos terem se passado desde o período colonial, ainda podemos observar a grande desigualdade que se mantém enraizada na sociedade brasileira.

Destaca-se em especial, a luta enfrentada cotidianamente pelas mulheres brasileiras, visando melhores condições de vida, tanto para si mesmas, como para suas respectivas famílias. Esta luta enfrentada pelas mesmas mantém-se forte e necessária, frente a uma realidade onde a lei, passa a representar apenas meras palavras escritas, prometendo uma evolução no modo de agir, porém, quando tal cotidiano é analisado a fundo, observa-se como estas leis não são realmente efetivas para com as mulheres.

Uma análise de como a atual e a futura geração de brasileiros, serão influenciados por meio das situações que envolvem a desigualdade de gênero e as suas consequências. Este estudo é voltado para a história da mulher no país e no mundo, em especial pelos últimos 100 anos de história que envolvem o Brasil, permitindo um estudo das situações atuais e a forma

---

1 Acadêmica do 1º semestre do Curso de Direito da Setrem.
2 Professora do Curso de Direito da Setrem.

com que estas mulheres contribuíram para a diminuição da desigualdade de gênero, além da busca por melhores condições jurídicas para as mesmas.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. Iluminismo: novos pensadores ou novos misóginos?

Segundo Anadir dos Reis Miranda (2010, p . 1), podemos observar como as mulheres ainda são vista de forma estereotipada, onde a mesma foi e permanece sendo constantemente associada à vida doméstica, seja no âmbito de fonte de renda ou como no de dona de casa, como se dessa maneira, fosse impedida a oportunidade de escolha por parte da mulher, cabendo a ela, apenas a maternidade, a família, o lar e o marido.

Em contrapartida, os filósofos iluministas Rousseau e Diderot, defendiam que todos os indivíduos eram iguais e poderiam libertar-se do preconceito e das distinções, porém, tal concepção era restrita aos homens, onde os próprios pensadores da época, segundo Miranda, concebiam as mulheres como sendo parte da espécie humana, porém o próprio discurso dos mesmos, indicava que as mulheres eram inferiores, se comparadas com o físico e o intelecto dos homens, portanto, as mesmas deveriam submeter-se às decisões masculinas. (MIRANDA, 2010).

Igualmente, tal pensamento é perpetuado pelo povo brasileiro, seja no contexto atual ou passado, visto que, o processo de independência do país foi fortemente influenciado pelo pensamento iluminista. Segundo os historiadores, Nicolina Petta e Eduardo Ojeda, conceitua-se o iluminismo como sendo uma revolução cultural, que permitiu compreender a natureza e a sociedade de forma distinta de como era anteriormente observadas, porém, ainda limitou muito o pensamento revolucionário, pois grande parte da população manteve-se acreditando fielmente ao que as teses religiosas ensinavam. Desta forma, durante o período colonial, pode-se observar que o Brasil colônia, era extremamente influenciado pelas concepções da coroa portuguesa, essa, que não havia se submetido aos pensamentos iluministas, por outro lado, os revolucionários que apoiavam o processo de independência da colônia, foram fortemente entusiasmados pelos pensamentos do século das luzes, idealizações essas, que mantinha o homem em um pedestal, que jamais poderia ser ocupado por uma mulher, segundo suas concepções. (PETTA; OJEDA, 1999).

2.2. Brasil colônia: aborto

Durante o Brasil colônia, período situado entre os séculos XVI - XIX, o país até então colônia de Portugal, manteve as mulheres como coadjuvantes, impossibilitando sua ascensão

na sociedade de forma geral e irrestrita, o único avanço observado, segundo Ana Clara Menezes de Oliveira, foi a possibilidade de instrução cultural para as mulheres brancas de classes média-alta, mas apenas como uma forma de torná-las mais receptivas para eventos sociais, não para instruí-las verdadeiramente. (OLIVEIRA, 2017).

No mesmo período, as mulheres negras permaneciam sendo escravizadas e constantemente abusadas pelos senhores de terras, um caso conhecido foi o citado por Solange Pereira Rocha em sua dissertação:

> Um exemplo ilustrativo e dramático da violência contra as cativas ocorreu em Souza município do sertão, em 1881, quando um senhor de escravos – o Tenente Antonio José de Sá Barreto – se esmerou em molestar as suas escravas e os filhos destas. A primeira a conhecer a "atmosfera do inferno" foi a escrava Josepha, mãe de três crianças (Vicente, Isabel e Maria), todas mortas em decorrência da truculência de tal senhor (ROCHA, 2001, p . 71).

Além disso, o aumento no número de abortos (art. 124 do CP) e prática de infanticídios (art. 123 do CP) aumentou, segundo Giacomini (1988, p . 26).

> [...] Não seria, no entanto, descabido identificar na pratica do aborto e do infanticídio uma forma de resistência da escrava seja às péssimas condições oferecidas á procriação, seja ainda a inevitável condição escrava que legaria em herança aos filhos. Os infanticídios, vistos sob esse prisma, seriam, sobretudo, a única e trágica forma visualizada pela mãe escrava para livrar seus filhos da escravidão. (GIACOMINI, 1988).

Como citado, as mulheres negras, sem uma perspectiva do futuro, passaram a praticar com uma maior frequência abortos e infanticídios, visando, assim, evitar que seus descendentes fossem condenados à mesma situação desumana de escravidão.

Porém, práticas como a do aborto ilegal, podem gerar sérias consequências para a mulher, que ao realizar de forma indevida, pode levar até mesmo à morte da gestante. Com isso surge outro debate na sociedade atual, a legalização do aborto, gerando grande debate e importantes questões a serem discutidas, visto que tal tema envolve a saúde física, mental e social, tanto das mulheres, como dos demais envolvidos.

Uma vez que a pratica de abortos clandestinos permanece na atualidade e vem se mostrando ser um grande empecilho na saúde da mulher, é de fundamental importância que o debate seja realizado, pois, com a perpetuação de abortos no âmbito clandestino, inúmeras mulheres serão vítimas das complicações causadas, sendo elas, segundo Hardy e Alves:

> As complicações do aborto clandestino incluem perfuração do útero, retenção de restos de placenta, seguida de infecção, peritonite tétano, e septicemia. As seqüelas ginecológicas incluem a esterilidade e também inflamações das trompas e sinéquias uterinas. O risco e a gravidade das complicações crescem com o avanço da gestação (Barroso & Cunha, 1980; Tietze & Henshaw, 1986). (HARDY; ALVES, 1992, p. 1).

Demonstrando assim, a necessidade de debates não apenas quanto ao aborto propriamente dito, mas também sobre a educação sexual, possibilitando uma maior compreensão por parte dos cidadãos, evitando não apenas a gravidez indesejada (CONCEIÇÃO, 2021) e os possíveis abortos, mas também a diminuição da transmissão de DST's - Doenças Sexualmente Transmissíveis. É de responsabilidade do Estado, buscar por políticas públicas que possam mitigar o problema, uma vez que:

> A falta de acesso à informação é o principal inimigo na luta contra a propagação dessas doenças, principalmente entre os mais jovens, que, na grande maioria das vezes, não se sentem a vontade de falar sobre o assunto com a família. E, se a família não se faz eficaz em trabalhar este assunto, cabe ao Estado tomar a iniciativa (CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA, 2017, p . 1).

Ademais, vale ressaltar, que no Brasil, a realização de aborto provocado de forma intencional, segundo o Código Penal brasileiro somente é legalizado em casos de necessidade e de estupro (art. 213 do CP).

> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
> Aborto necessário
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

Da mesma forma, pelo Código Penal brasileiro, o aborto é tipificado nos casos de infanticídio; aborto provocado pela gestante ou com seu concentimento; aborto provocado por terceiro, neste, podendo resultar na qualificação caso o aborto resulte em lesão corporal ou morte. (artigos 123, 124 e 125 do CP). (BRASIL, 1940).

2.3. Escravidão: leis ineficazes

A constante pressão externa, em especial dos países europeus, obrigava gradativamente o país a realizar a abolição da escravatura. Porém, este processo foi lento, não ocorrendo de forma imediata, mas sim foi antecedido por outra leis, como a Lei do Ventre Livre (1871), esta que permitia que as crianças, nascidas após a lei, fossem livres, porém, surgiram empecilhos para a devida aplicação desta lei.

> Além de prever a libertação dos filhos de mães escravas nascidos a partir de então, a lei do Ventre Livre permitiu que escravos juntassem dinheiro e comprassem a alforria. Já a libertação das crianças enfrentou mais problemas. Há relatos de que registros de nascimento foram adulterados para simular que as crianças tinham nascido antes da lei e, portanto, seriam escravas. Em outros casos, os proprietários das mães continuavam explorando o trabalho infantil. (BBC BRASIL, 2018, p . 11).

Após forte pressão por parte da sociedade europeia, que já ingressava em seu processo de industrialização, o Brasil finalmente realizou a abolição da escravatura, por meio da Lei Áurea (1888), assinada pela Princesa Isabel. (EVANGELISTA e LISOWSKI, 2012).

2.4. 1ª e 2ª Guerra Mundial e o mercado de trabalho

Foi em meio a Primeira Guerra Mundial que as mulheres tiveram a oportunidade de ingressar no mercado de trabalho, uma vez que, com a ascensão da guerra, fez-se necessário que os homens fossem enviados aos campos de batalha, tal situação fez com que as mulheres tivessem de realizar funções que antes eram apenas destinadas aos homens, possibilitando um maior desenvolvimento prático e teórico destas mulheres. Como consequência da Segunda Guerra Mundial, houve a formulação dos Direitos Universais do Homem (1948), que em sua matéria igualava os homens e as mulheres. (EVANGELISTA e LISOWSKI, 2012).

Porém, a valorização salarial da mulher não foi observada, tanto durante o período compreendido pelas guerras, como no período posterior à elas, inclusive inúmeras mulheres foram demitidas, dando lugar aos soldados que retornavam do campo de batalha. (BBC NEWS, 2022).

À medida que o direito das mulheres passou a ser cada vez mais discutido pelas mesmas, bem como, a luta incisiva por melhores condições socioeconômicas, passou-se a surgir novas formas de proteção do direito das mesmas. Um dos exemplos principais é o artigo 5° da Consolidação das Leis Trabalhistas, este, cita que "A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo" (BRASIL, 1943). Infelizmente, tal artigo não demonstra ser realmente efetivo nas relações de trabalho da sociedade brasileira, visto que, a disparidade salarial entre homens e mulheres, que ocupam mesmo cargo, por mesmo período de tempo, demonstra ser de 23%, segundo estatísticas da OIT - Organização Internacional do Trabalho, realizadas em 2016, além de destacar que as mulheres trabalham até duas horas a mais se comparadas com os homens. Ademais, as mulheres correspondem a maior parcela da população a desempenhar trabalho informal, demonstrando, assim, a grande desvalorização que as mesmas sofrem. (LIMA, 2018).

Ademais, segundo a OIT (2022), no setor formal, a remuneração média para homens é de R$ 3.4 mil reais, enquanto para as mulheres é R$ 2.9 mil reais, uma diferença de R$ 0.5 reais. Outro dado importante a ser analisado é a diferença de remuneração pela perspectiva interseccional (sexo e raça/cor) no setor formal, segundo o site:

> Os números em destaque mostram a diferença relativa de rendimentos mensais da população ocupada entre diferentes grupos de sexo e raça/cor, para a perspectiva

> geográfica selecionada no setor formal da economia, a partir de um enfoque interseccional. Em destaque o percentual da remuneração recebida pelos diferentes grupos (mulheres brancas, homens negros e mulheres negras) em relação ao rendimento médio mensal de homens brancos, utilizado como valor de referência (100%) (OIT, 2019, p . 3).

Nesta perspectiva, pode-se observar que os homens brancos recebem um percentual de 100%, visto que são tomados como referência por serem aqueles que mais faturam, no segundo lugar temos as mulheres brancas com 77,6%, após os homens negros com 66,9% e seguido deste, as mulheres negras com 54,5%. Podemos observar a partir dos percentuais, que a valorização do homem branco é elevadíssima, enquanto da mulher negra podemos observar o inverso. Observa-se a falta de igualdade nesta situação, pois, o fato de ser mulher contribui para a diminuição da remuneração, aliado a isto, o fato de serem negras gera uma diminuição ainda mais brusca na remuneração das mesmas (OIT, 2019).

2.5. Governo Vargas: sufrágio feminino

A falta de liberdade de escolha das mulheres eram algo fortemente observado, principalmente durante o período em que as Ordenações Filipinas vigoraram no país, estas, que foram implementadas após o processo de independência do país, que passou a se guiar por meio destas leis alienígenas, que foram inspiradas nas concepções da Idade Média, onde o caráter destas leis mostrava-se ser conservador e patriarcal. (EVANGELISTA e LISOWSKI, 2012).

> Até 1830, pra se ter ideia, a lei permitia que os maridos castigassem fisicamente as esposas, uma herança das Ordenações Filipinas, um conjunto de leis de origem espanhola adotada por Portugal e implantada no Brasil colônia. (BBC NEWS BRASIL, 2022, p .1).

Com a Proclamação da República surgiu uma importante legislação para a mulher, por meio do Decreto n° 181, de 24 de janeiro de 1890, este que retirava o direito da realização de castigos corporais, tanto na esposa, como nos filhos. (EVANGELISTA e LISOWSKI, 2012).

O Código Civil de 1916 não mostrou significativas mudanças, visto que manteve o homem na mesma posição de superioridade, mas, foi graças ao advento do novo Código Civil, no ano de 2003, que grande parte das alterações legais, doutrinas, jurisprudências e outros, foram finalmente consolidados. As mulheres brasileiras somente passaram a ter o direito ao voto a partir de 24 de fevereiro de 1932, graças a promulgação do decreto nº 21.076 (BBC NEWS, 2022), porém, a idade para votar manteve-se em vinte e um anos até 1984,

quando foi reduzida para dezoito anos, porém ainda restringia boa parte da população brasileira. (EVANGELISTA e LISOWSKI, 2012).

A possibilidade de realizar o direito ao voto infelizmente não foi disseminado, além deste direito estar restrito aos cidadãos alfabetizados, estes, que correspondiam a uma pequena parcela da população. Observa-se que a desigualdade de gênero e de raça foram fatores que impossibilitam o exercício do voto, impedindo a escolha daqueles que não apenas faziam parte, mas eram em sua grande maioria, a sociedade brasileira. (BBC NEWS, 2022).

2.6. Ditadura militar e o sistema repressivo misógino

Durante a ditadura militar, compreendida entre os anos de 1964 e 1985, a mesma foi precursora de inúmeras violações da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

> A censura foi adotada desde os primeiros dias da ditadura e se manteve durante todo o período ditatorial. Aliás, a misoginia da ditadura andava de mãos dadas com a censura. Houve, de maneira especial, a censura aos assuntos referentes às mulheres, sob alegação da defesa da família, da moral e dos bons costumes. (TELES, 2015, p . 6).

Segundo Teles (2015, p . 11), "A tortura foi amplamente usada contra mulheres e homens. No entanto, as mulheres foram submetidas de forma mais intensa à tortura sexual, como os estupros, as mutilações, inclusive, com uso de animais vivos".

Durante a atividade clandestina, que ocorria durante a ditadura militar, permitiu-se avanços nas relações de gênero, uma vez que, os homens que eram perseguidos tinham de permanecer escondidos, as mulheres buscaram então apoiar as ações políticas e de caráter militar, permitindo, assim, com que as mesmas fossem vistas como grandes contribuidoras para o movimento, porém, inúmeras mulheres sofreram torturas inimagináveis. (TELES, 2015). Tais torturas e demais crimes, ainda repercutem na atualidade, demonstrando as graves consequências que tiveram para com os cidadãos brasileiros, em especial as mulheres.

> A entrega do Relatório Nacional não deve significar um ponto final nas investigações, pelo contrário, deve-se aprofundar as investigações e apurar as responsabilidades dos agentes públicos inclusive nos crimes sexuais. As consequências das práticas de torturas institucionalizadas se estendem até os dias de hoje, com ocorrência de assassinatos, estupros e ocultação de cadáveres. (TELES, 2015, p . 20).

Atualmente, ainda observasse a grande luta para que os responsáveis pelos atos desumanos durante a ditadura sejam finalmente punidos, porém, tal busca pela verdade e pela justiça, mostra-se ser complexa, visto que, os verdadeiros responsáveis mantém-se escondidos por de trás de uma camada patriarcal. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2022).

2.7. A falta de eficácia da legislação brasileira.

O constante avanço do direito brasileiro por vezes demonstra ainda ser ineficiente em determinados casos, principalmente quando se trata da igualdade de gênero e do direito para com as mulheres. Se observarmos o artigo 1° da Declaração Universal dos Direitos Humanos, podemos constatar que o mesmo faz referência direta ao direito de todos os seres humanos serem livres e iguais, tanto em dignidade como em direitos, demonstrando, assim, como as próprias leis devem estar de acordo com a igualdade. (ONU, 1948).

Concomitantemente, para Abbagnano (1999, p. 534), igualdade refere-se a uma situação em que, é possível substituir-se um pelo outro, e neste sentido o contexto não mudará, pois ambos são iguais no sentido de valor. Porém, tal realidade infelizmente não pode ser observada no cotidiano brasileiro, visto que, situações de violação dos direitos das mulheres, em especial a falta de isonomia entre os gêneros feminino e masculino, demonstram a escassa igualdade e a falta de cumprimento do artigo 1° da declaração acima citada, bem como da própria Constituição Federal de 1988, esta que no artigo 5° declara que:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]. (BRASIL, 1988).

Se a declaração existente em nossa própria Carta Magna é insuficiente para gerar o cumprimento da isonomia entre os gêneros, o Estado como responsável deve buscar por uma solução efetiva e urgente, para assim auxiliar aqueles que estejam sendo lesados em favor de outros.

Uma das principais leis voltadas para o direito das mulheres, foi sancionada em 7 de agosto de 2006, a lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha. (BRASIL, 2006).

> Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006).

Segundo o artigo 7º desta lei, o que caracteriza-se por ser violência doméstica, é toda e qualquer ação que gere violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, onde a natureza do ato é familiar ou afetiva. (BRASIL, 2006).

> Portanto, esse aumento desenfreado de violência no âmbito doméstico decorre da desigualdade contida no país nas relações entre homens e mulheres, infringindo os direitos fundamentais da mulher, uma vez que os direitos fundamentais da mulher são garantidos pela Constituição Brasileira e já foram previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. (OLIVEIRA, 2020, p . 6).

Com a disseminação de atos, pensamentos e concepções machistas, as leis que são voltadas para o direito da mulher serão constantemente violadas e inutilizadas, uma vez que, o homem sempre se sentirá no poder da situação, mesmo quando encontrar-se errado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando a grande resistência e luta por parte das mulheres brasileiras, na busca pela igualdade de gênero e pela diminuição dos padrões opressores e patriarcais, pode-se notar que a perpetuação de atos que contribuam para a desigualdade de gênero, acabam impossibilitando o exercício pleno dos direitos das mulheres, esses, que são garantidos por lei, sendo necessária uma maior fiscalização por parte dos órgãos responsáveis, em especial ao Estado, detentor da responsabilidade máxima pelas vidas dos cidadãos brasileiros.

Além disso, podemos observar que o histórico de desvalorização da mulher surgiu desde antes do período colonial no Brasil, onde além de serem desvalorizadas, também foi lhes impossibilitado o direito ao voto e demais exercícios da vida política e social, concepções essas, que foram se perpetuando ao longo da história do Brasil e do mundo, servindo como fonte de estudo para uma melhor compreensão dos problemas enfrentados pelas mulheres. Especialmente, o estudo e a profunda análise da história permite a possibilidade de encontro de possíveis soluções que sejam eficazes para a redução da imensa desigualdade de gênero ainda observada na atualidade, uma vez que, é na história que encontramos aquilo que foi precursor da situação atual.

Ademais, ao observarmos a história do Brasil, bem como as diversas situações em que a isonomia entre os indivíduos não era praticada, pode-se notar que tais marcos da história foram de fundamental importância para influenciar nas concepções morais da população que encontra-se inserida em determinada sociedade. Situações como a escravidão, a ditadura militar, o governo de Getúlio Vargas e em especial os últimos 100 anos de história do país, são recortes no tempo que nos permitem observar a interação social, em especial a desigualdade de gênero, essa, que vem modificando-se no decorrer da história do Brasil, porém, mantém-se firme e enraizada na sociedade brasileira, independentemente de quantos anos tenham passado-se desde o início da colonização do país, demonstrando, assim, a persistência de situações e concepções machistas e patriarcais.

Portanto, cabe ao Estado a busca por soluções que sejam efetivas para a resolução deste histórico conflito, que gera graves consequências, sendo elas atuais como futuras, vale ressaltar que, quanto mais longo o período para a devida solução do problema, mais graves serão as consequências dos atos de desigualdade e machismo.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BBC BRASIL. **A luta esquecida dos negros pelo fim da escravidão no Brasil.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/resources/idt-sh/lutapelaabolicao>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

BBC NEWS, Brasil. **90 anos do sufrágio feminino no Brasil: 4 ícones da longa luta das mulheres pelo direito ao voto.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60501066>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

BBC NEWS, Brasil. **Como 1ª Guerra Mundial impulsionou direitos das mulheres**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-60659505>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Texto: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

BRASIL. **Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Deputados cobram retomada do pagamento de indenização às vítimas da ditadura militar.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/879229-deputados-cobram-retomada-do-pagamento-de-indenizacoes-as-vitimas-da-ditadura-militar>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA. **DST: A informação é a melhor prevenção.** Disponível em: <https://www.cmv.es.gov.br/opiniao/ler/2473/dst-a-informao-a-melhor-preveno>. Acesso em: 03 de jun. 2022.

CONCEIÇÃO, Raphael Armando Moreira Matos da. **Aborto: análise da legalização sob a perspectiva constitucional e do direito da mulher.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94565/aborto-analise-da-legalizacao-sob-a-perspectiva-constitucional-e-do-direito-da-mulher>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

EVANGELISTA, Débora Cristina Thomaz e LISOWSKI, Carolina Salbego. **Direito da Mulher: desafios contemporâneos.** Santa Maria: Biblos, 2012.

GIACOMINI, Sonia Maria. **Mulher e escrava: Uma Introdução ao Estudo da Mulher Negra no Brasil.** Rio de Janeiro: Vozes. 1988.

HARDY, Ellen e ALVES, Graciana. **Complicações pós-aborto provocado: fatores associados.** Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X1992000400010>. Acesso em: 01 de jun. 2022.

LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. **Gênero, trabalho e cidadania: função igual, tratamento salarial desigual.** Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2018v26n3 47164>. Acesso em: 11 de abr. 2022.

MIRANDA, Anadir dos Reis. **Mary Wollstonecraft e a reflexão sobre os limites do pensamento iluminista a respeito dos direitos das mulheres.** Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rv.v11i26.20742>. Acesso em: 29 de mai. 2022.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Diversidade no Trabalho: Gênero e Interseccionalidade.** Disponível em: <https://smartlabbr.org/diversidade/localidade/0?dimens ao=genero>. Acesso em: 01 de jun. 2022.

OLIVEIRA, Ana Carla Menezes de. **A evolução da mulher no Brasil do período da colônia à república.** Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/46608037/oliveira-ana-carl a-menezes-de-a-evolucao-da-mulher-no-brasil-do-periodo-da-colon/2>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

OLIVEIRA, Cássia Maria Ramos de. **Lei Maria da Penha: uma análise sobre a (in)eficácia das medidas protetivas contidas neste dispositivo legal.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87067/lei-maria-da-penha-uma-analise-sobre-a-in-eficacia-das-me didas-protetivas-contidas-neste-dispositivo-legal>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, (resolução 217 A III).** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-do s-direitos-humanos>. Acesso em: 04 de jun. 2022.

PETTA, Nicolina Luiza de e OJEDA, Eduardo Aparecido Baez. **História: uma abordagem integrada.** São Paulo: Moderna, 1999.

ROCHA, Solange Pereira. **Na Trilha do Feminino: condições de vida das mulheres escravizadas na província da Paraíba, 1828_1888.** Dissertação de mestrado em História, Universidade Federal de Pernambuco, 2001.

TELES, Maria Amélia de Almeida.**Violações dos direitos humanos das mulheres na ditadura.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/fj3JtHZGBYcHgWMPPjZsHvs/?lang=pt>.

INVASÃO RUSSA NA UCRÂNIA: ANÁLISE HISTÓRICA, INTERESSES BÉLICOS E ECONÔMICOS DOS CONFLITOS DO LESTE EUROPEU

Bernardo Wening[1]
Jonatã Gabriel de Oliveira Nass[2]
Dra. Marcele Scapin Rogerio[3]

Resumo: O presente artigo versa explicar os atuais conflitos no leste europeu, especificamente entre as nações soberanas da Rússia e da Ucrânia, através de uma análise histórica, expondo desde tratados internacionais até anteriores conflitos que influenciaram a vigente guerra, por meio de uma pesquisa bibliográfica. A pesquisa objetiva demonstrar que, mesmo a Rússia sendo adepta a vários acordos e tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estes de nada valem à Rússia quando inibem seus interesses expansionistas. A análise histórica mencionada irá abordar acordos entre nações desde a guerra fria até os dias atuais, bem como organizações fora do eixo Rússia e Ucrânia que têm influência direta no presente conflito, principalmente a OTAN e a União Europeia. Nesse sentido, o presente estudo destaca que mesmo tratados e acordos internacionais de grande relevância à maioria dos países civilizados do mundo, no leste europeu há raízes históricas hostis que induzem ao conflito, não apenas pelo desafeto dos países desta região, mas também pela influência política e cultural do ocidente nos mesmos.

Palavras-chave: Conflitos. Leste europeu. História.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de adentrarmos a qualquer análise histórica, é de extrema importância conceituar alguns dispositivos, no intuito de oferecer melhor entendimento do presente artigo, dentre eles, o que é um tratado internacional, o que são organizações internacionais e o que foi a guerra fria.

Um tratado é um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados ou entre um Estado e uma organização internacional, regido pelo direito internacional, qualquer que seja o seu nome específico, consubstanciado num instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos. Representa a disposição de um Estado ou de uma organização internacional em um determinado momento de aceitar normas comuns entre eles para regular as relações jurídicas. É uma fonte democrática porque sua validade afeta, de regra, apenas os sujeitos jurídicos que desejam obedecê-la, ou seja, que aderem ao tratado (VARELLA, 2019).

---

[1]Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2]Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem
[3]Professora do Curso de Direito da Setrem.

As organizações internacionais são comissões ou secretariados criados por meio de um tratado. Normalmente, possuem objetivo de cooperação mútua entre Estados ou demais organizações, seja para fins econômicos, ambientais, militares, etc. (NETO, 2013).

De acordo com Neto:

> Diferentemente dos Estados, cada um dos quais deve sua existência apenas a si próprio, a organização internacional é uma "criatura", na medida em que somente passa a existir quando Estados se reúnem com o propósito de estabelecer uma entidade à qual são confiadas uma ou mais funções específicas, descritas em seu ato constitutivo, ou "constituição". Desse particular resulta que suas atividades são estabelecidas por forças exteriores, sobre as quais não exercem controle (NETO, 2013, p. 39).

Já a Guerra Fria foi um período histórico em que, após a Segunda Guerra Mundial, as duas principais potências vencedoras, Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, antagonizaram entre si diferentes blocos ideológicos, políticos e econômicos. O principal objetivo dessas potências era conquistar a hegemonia mundial, atraindo o máximo de países ao seu bloco político, dividindo o mundo em dois (CORREIA, 2017).

Apesar do período ficar conhecido como "guerra", não houve nenhum conflito armado direto entre as duas potências, daí que surgiu a expressão "fria", pois mesmo não havendo conflito armado, o risco de iniciar-se uma guerra era iminente (CORREIA, 2017).

Conforme afirmação de Correia (2017), o conceito de Guerra Fria é ambíguo. Por um lado, implica uma guerra que apesar de inscrita nos limites da guerra, é atípica, e alguns analistas se recusam a considerá-la sequer assim. Designa um nível não alcançado pelo uso da violência armada direta entre dois adversários, no modo de estratégia direta, apesar de existirem todas as condições materiais e mentais para atingir esse nível. Por outro lado, usa-se uma gama completa de estratégias indiretas, como influência política, econômica, cultural e forças armadas por "procuração", representando terceiros.

O presente artigo procura demonstrar todos os percursos históricos que contribuíram ao atual desfecho, sobretudo, como a desavença entre grandes potências influenciou na presente guerra. A desavença entre o ocidente e a Rússia, que como veremos adiante foi a principal causa do presente conflito, é um resquício da Guerra Fria, que assola até hoje o leste europeu (BBC, 2022).

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo estava totalmente instável e começando a ser polarizado, tendo em vista que as nações vencedoras davam início às suas reinvindicações e políticas sobre os territórios ocupados. A própria Alemanha foi dividida em duas, tendo em sua capital Berlim um muro construído, com a finalidade de separar o lado ocidental (alinhado com o capitalismo) e o lado oriental (alinhado com o comunismo), e aqui já se via a grande polarização que estava iminente, de um lado os Estados Unidos da América e do outro a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (CORREIA, 2017).

Nesta senda, já com a vigência da Guerra Fria, os países capitalistas, de ideologia ocidental, temendo o risco de uma guerra catastrófica, viram-se na obrigação de juntar-se numa aliança militar. Surgiu, assim, em 1949, a Organização do Tratado do Atlântico Norte, sendo a até hoje a maior organização militar intergovernamental do mundo (ARRAES, 2013).

Seus objetivos eram claros, dentre eles: a defesa mútua entre os Estados membros, ou seja, se um for atacado, todos os membros são acionados; impedir o avanço militar na Europa de cunho nacionalista/comunista, agora com a forte presença dos Estados Unidos no continente; integrar novamente as relações dos países europeus no pós-guerra (ARRAES, 2013).

Desta vez, divergindo da conduta que tomaram após o final da Primeira Guerra, em vez de isolar-se, os Estados Unidos optaram em assumir a posição de maior potência mundial do globo, e a OTAN foi um importante passo para isso, haja vista que integrava-se uma aliança com as maiores potências europeias. O viés ideológico do grupo era claro, e seu objetivo era defender a democracia e suas instituições, sobretudo as capitalistas, espalhando assim esses valores para outros países. A defesa da democracia pelo Estado-grupo também mostrava uma forte desaprovação da ideologia comunista (LIMA, 2021).

Com a desintegração da URSS, a OTAN começou a assumir um novo papel, visto que até então não havia intervindo além das fronteiras territoriais de seus estados membros. Assim, no início da década de 1990, a pedido do Conselho de Segurança da ONU, a Organização decidiu intervir no conflito na ex-Iugoslávia, situada no leste europeu. Esta foi a primeira vez que a OTAN atuou no território de um Estado não membro (LIMA, 2021)

É de se observar que a OTAN foi originalmente fundada para lidar contra as Nações socialistas, em especial a União Soviética, que era a ameaça da propagação do comunismo em outras nações. Com o fim da Guerra Fria ela teve novos desafios globais para se adaptar. Além de ver o terrorismo como nova ameaça, a organização passou a atuar também em outros campos, envolvendo-se em operações de paz e realizando ajuda humanitária. (LIMA, 2021)

Atualmente, a Organização possui 28 membros. Além dos originários fundadores, foram admitidos posteriormente novos países, inclusive ex-repúblicas soviéticas e ex-membros do Pacto de Varsóvia: Grécia, Turquia, Alemanha, Espanha, Polônia, Hungria, República Tcheca, Albânia, Bulgária, Croácia, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Letônia, Lituânia e Romênia. Vale citar que a OTAN ainda está em processo de admissão de mais dois membros, sendo eles a Suécia e a Finlândia, e em virtude da proximidade destes dois países do território russo, isso aborrece o Kremlin, principal sede do governo russo (VEJA, 2022).

De forma geral, ao falar da OTAN, é preciso ressaltar que os EUA detêm grande importância e destaque dentro da OTAN, uma vez que lideram a aliança e também arcam com aproximados 70% dos investimentos no bloco. (NASSER, 2013).

2.2 Pacto de Varsóvia

Em contraposição à criação da OTAN, em 1955, a URSS e seus aliados do bloco socialista criaram o Pacto de Varsóvia. Os objetivos deste Pacto possuíam certa semelhança com os da OTAN, principalmente o da defesa mútua entre os Estados membros, em caso de agressão militar contra algum deles. Apesar deste objetivo, o Pacto mais serviu para conter e suprimir revoltas internas dos Estados membros. Os Estados-membros do Pacto de Varsóvia eram: URSS, Bulgária, Polônia, Tchecoslováquia, Hungria, República Democrática Alemã, Albânia e Romênia (CORREIA, 2017).

A OTAN, apesar da superioridade bélica, temia os países do Pacto de Varsóvia, dado o seu vasto arsenal nuclear. Em virtude disto, o investimento dos países ocidentais era alto em sistemas de defesa tecnológicos, como armamento nuclear e antimísseis (CORREIA, 2017).

No entanto, apesar dos grandes investimentos no campo militar, ambos participaram apenas em conflitos regionais, nunca chegando a enfrentarem-se diretamente. Isso se deve pelo fato do poder bélico destrutivo que os dois países possuíam,

o que acabava bloqueando um conflito direto, onde do contrário aconteceria uma guerra catastrófica (CORREIA, 2017).

Com o final da Guerra Fria chegando e a desintegração da União Soviética, o Pacto de Varsóvia foi extinto em 1991, diferentemente da OTAN, que continuou a atuar em diferentes demandas (CORREIA, 2017).

2.3 Fatos que eclodiram o conflito atual

A Ucrânia, que vem sofrendo com um conflito armado desde 2014, agora se vê invadida pelo seu vizinho, a Rússia. Um dos maiores países da Europa encontra-se, desde 24 de fevereiro deste ano, sofrendo diversos ataques em diferentes partes de seu território, orquestrados pela Rússia (BBC, 2022).

As tensões entre os dois países vêm se intensificando há pelo menos 4 meses, centradas na região de Donbass, palco de uma guerra que matou 14.000 vítimas nos últimos 8 anos, com repercussões muito além de suas fronteiras. Em 21 de fevereiro, a Rússia reconheceu oficialmente a independência de duas regiões separatistas localizadas na região, abrindo a porta para o conflito maior que estamos vendo agora na Ucrânia (BBC, 2022).

Há muito tempo, entre os séculos IX e XIII, o território do que hoje é a Ucrânia fazia parte da chamada Rus de Kiev, uma poderosa confederação de tribos eslavas que se estendia do Mar Báltico, ao norte, até o Mar Negro, ao sul. Desde então, sua história tem sido marcada pela invasão de potências estrangeiras, dentre elas o Reino da Polônia, o Império Otomano, a Áustria e, especialmente, a Rússia (MYERS, 2018).

A Região Leste fazia parte do Império Russo até a Revolução de 1917, e foi renomeada como República Socialista Soviética da Ucrânia em 1922, quando a União Soviética foi estabelecida. Ao mesmo tempo, a região oeste estava principalmente nas mãos dos poloneses. Foi com a divisão territorial durante a Segunda Guerra Mundial que as áreas sob o domínio polonês e outras áreas adjacentes foram incorporadas à República Socialista Soviética da Ucrânia. (MYERS, 2018).

Em princípio, a Península da Crimeia também pertencia à República Socialista Soviética da Ucrânia e consequentemente à União das Repúblicas Socialista Soviéticas, comandada pela Rússia. Esta região estratégica no norte do Mar Negro, anexada pelo Império Russo no século XVIII, é uma reivindicação histórica para a Ucrânia. Em 1954, o então líder soviético, Nikita Khrushchev, concordou com o pedido, entregando a

Crimeia da Rússia à Ucrânia. Tudo isso sob o manto comum da União Soviética. (MYERS, 2018).

A União Soviética entrou em colapso em 1991. A Ucrânia consolidou-se como um Estado independente, inicialmente mantendo relações com a Rússia, a maior e mais influente ex-república soviética. Com o tempo, no entanto, a Ucrânia aproxima-se da Europa. Em 2012, a Ucrânia assinou um acordo de associação com a União Europeia. (MYERS, 2018).

Isso, obviamente, incomodou a Rússia, que começou a pleitear e influenciar pela não adesão da Ucrânia ao acordo. Até novembro de 2013, quando tudo estava pronto para ser assinado, o presidente ucraniano, Viktor Yanukovych, suspendeu as negociações. A decisão repentina levou centenas de milhares de ucranianos às ruas da Praça da Independência em Kiev, para exigir a retomada do diálogo com o Grupo Econômico Europeu. (MYERS, 2018).

Começou, então, uma série de manifestações e protestos, espalhando-se por grande parte do país por meses. Mais de 100 pessoas morreram durante este período turbulento, que se encerrou em 22 de fevereiro, quando Yanukovych fugiu da Ucrânia em 2014. Cinco dias depois, a Rússia aproveitou-se da crise: grupos armados pró-Rússia, apoiados por Moscou, tomaram as principais instituições na península da Crimeia, fincaram a bandeira russa e pediram um referendo de independência. (MYERS, 2018).

Todo o incidente marcou um ponto-chave nas relações da Rússia com a Europa e os Estados Unidos. Isso resultou na exclusão da Rússia do G-8, um grupo das oito nações mais industrializadas do mundo, e levou a União Europeia a impor uma série de sanções econômicas a Moscou nos anos seguintes. A Crimeia é de importância estratégica para a Rússia. Sebastopol, na parte sul da península, é a principal base naval da Rússia no Mar Negro. Essa área já fez parte do território russo, então, na visão de Putin, a Rússia está simplesmente retomando uma área que realmente lhe pertence. (MYERS, 2018).

Um mês depois, forças pró-Rússia ocuparam vários locais na Bacia de Donbass, no leste da Ucrânia, iniciando um confronto armado entre o exército ucraniano e os separatistas. Em 11 de maio de 2014, os rebeldes declararam a independência de suas chamadas Repúblicas Populares de Donetsk e Luhansk, que ainda não foram reconhecidas internacionalmente. (BBC, 2022)

Desde o início da chamada guerra de Donbass, entre ucranianos e forças pró-russas, a OTAN acusou a Rússia de apoiar militarmente os separatistas, o que Moscou

nega. Várias tentativas de um acordo de paz, incluindo o Protocolo de Minsk e o Acordo de Minsk II, não conseguiram chegar a um cessar-fogo final. (BBC, 2022)

A ONU condenou os crimes de guerra na região de Donbass. A entidade estima que cerca de 1,5 milhão de pessoas que vivem na área tiveram que deixar suas casas. Além das vítimas diretas do conflito, há ainda os 300 passageiros do vôo da Malásia Airlines, que foi atingido por um míssil de fabricação russa no dia 17 de julho de 2014. (BBC, 2022)

A Rússia e a Ucrânia têm laços históricos, étnicos e culturais. Especialmente no leste, a maioria da população fala russo, característica que, aliás, é usada como argumento por aqueles que defendem a anexação da região ao território russo. A União Europeia e os Estados Unidos, por outro lado, veem a Ucrânia como uma potencial aliada em nível estratégico e militar, principalmente pela sua localização geográfica e sua constante "ocidentalização" ao longo dos anos, algo com que Putin se preocupa, segundo analistas. Em 2008, a OTAN, liderada pelos EUA, prometeu à Ucrânia e à Geórgia, outra ex-república soviética, aderir à aliança. Nesse mesmo ano, a Rússia invadiu a Geórgia. (SCIUTTO, 2021).

O leste europeu é uma espécie de linha vermelha marcada pela Rússia, uma região pra qual Putin quer evitar que a OTAN estenda sua zona de influência. No entanto, logo após a queda da União Soviética, algumas das ex-repúblicas, agora independentes, juntaram-se rapidamente à OTAN, vendo esta como uma saída para proteger-se do vizinho, dado seu histórico expansionista. Esse é o caso dos Países Bálticos. (MYERS, 2018).

Em meio a tudo isso, há uma importante questão econômica. O setor de energia também é fundamental para compreender fatores que vão além da própria disputa. A Rússia construiu um enorme gasoduto para conectar seu território com a Alemanha, chamado Nord Stream 2. A infraestrutura só precisa ser certificada para começar a funcionar. Hoje, a maior parte do gás russo que chega à Europa passa pela Ucrânia e, via Nord Stream 2, pode chegar à Alemanha sem ter que passar pelo país. A medida dará uma perda à Ucrânia de cerca de US$ 1 bilhão por ano em receita. (BBC, 2022).

O presidente ucraniano Volodymyr Zelensky disse que o projeto também é uma arma geopolítica para o Kremlin. Como o gás não passará mais pela Ucrânia, não haverá muitas barreiras para impedir um possível ataque russo, e a Rússia pode continuar lucrando com a venda do combustível. O bloqueio do Nord Stream 2 prejudicaria não apenas a Rússia, mas a Europa como um todo, um grande consumidor de gás natural do

país. Ainda assim, foi isso que fez o chanceler da Alemanha, Olaf Scholz, que anunciou a interrupção da certificação do gasoduto (BBC, 2022).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo em que tomamos como foco o atual conflito vigente no leste europeu, bem como os diversos conflitos anteriores que contribuíram para chegar em tal magnitude, observamos que relações litigiosas entre nações são extremamente complicadas.

O leste europeu, dada sua história extremamente babélica, onde a paz sempre foi inconstante em meio a um território hostil, qualquer conflito sempre terá raízes históricas que o fizeram eclodir, seja por motivos étnicos, culturais, expansionista, etc.

O objetivo do presente artigo foi justamente fazer esta análise histórica, demonstrando que tudo aquilo que vemos na mídia sobre a invasão da Ucrânia pela Rússia, possui todo um embasamento histórico muito maior do que a superficialidade das informações que chegam até nós.

A partir da presente análise histórica, conseguimos perceber que as antigas repúblicas soviéticas ao leste da Rússia sempre tiveram uma certa aversão ao gigantesco vizinho, até porque todos eles, em algum momento de suas histórias, já foram invadidos pela Rússia. Um bom exemplo que retrata bem este temor é o imediato ingresso na OTAN de países como Letônia, Estônia e Lituânia, logo após conquistarem a sua independência da União Soviética.

Dados os presentes fatos, vemos que este temor não é para pouco, haja vista o que está acontecendo na Ucrânia, que pelo fato de não aceitar ser um vassalo da Rússia e ter o interesse em se juntar à OTAN, sofre com a invasão de seu território desde fevereiro deste ano.

A Rússia, sendo a maior potência do leste europeu, naturalmente sempre imperou sobre os demais países da região, levando em consideração que estes, em sua maior parte, são pequenos e com baixo poderio bélico comparado ao russo. De uns anos para cá, principalmente no século XXI, esses países do leste europeu estão passando por um processo de ocidentalização, o que por óbvio incomoda a Rússia, principalmente quando se trata de um país relevante como a Ucrânia, o qual possui um poderio bélico, econômico e territorial relativamente poderoso para a região (MYERS, 2018).

Conforme os fatos históricos apresentados, sobretudo todos os acontecimentos no leste europeu nos últimos 100 anos, há uma percepção de evolução da paz na Europa. Isso

se deve principalmente pelo fim da Guerra Fria, com a extinção da União Soviética e a inclusão de ex-repúblicas soviéticas na OTAN. Apesar disto, a Rússia continua tentando delimitar a atuação ocidental no leste europeu, a exemplo do que está acontecendo na Ucrânia. Mesmo com diversas organizações internacionais reprovando o expansionismo russo no leste europeu, até mesmo organizações em que a Rússia é membro, como a ONU, as reprovações não são suficientes para barrar os interesses russos.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRAES, Virgilio, C. e Thiago Gehre. **Introdução aos estudos das relações internacionais (Coleção temas essenciais em RI)**. Editora Saraiva, 2013.

BBC. **Rússia invade Ucrânia: fortes explosões atingem capital; invasão deixa ao menos 137 mortos**, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60503097>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BBC. **Rússia x Ucrânia: o gasoduto vital ameaçado pelo conflito**, 2022, Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60317372>. Acesso em: 28 mai. 2022.

CORREIA, Pedro de P. **Guerra e Sociedade**. Grupo Almedina (Portugal), 2017.

LIMA, Hezrom V., C. et al. **História Contemporânea**. Grupo A, 2021.

MYERS, Steven L. **O novo Czar: ascensão e reinado de Vladimir Putin**. Editora Manole, 2018.

NASSER, Salem H. **Direito internacional público**. Grupo GEN, 2013.

NETO, José C. **Teoria geral das organizações internacionais**, 3ª edição. Editora Saraiva, 2013.

SCIUTTO, Jim. **A Guerra Nas Sombras**. Editora Alta Books, 2021.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**, 7ª edição. Editora Saraiva, 2019.

VEJA. **Suécia e Finlândia entregam pedido de entrada na Otan**, 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/suecia-e-finlandia-entregam-pedido-de-entrada-na-otan>. Acesso em: 28 mai. 2022.

MIGRAÇÃO E OS DIREITOS DOS REFUGIADOS NOS ÚLTIMOS 100 ANOS

Fabiana Fátima Machado Freitas[1]
Regiane Aline de Moura[2]
Marcele Scapin Rogerio[3]

RESUMO: Esta pesquisa apresenta um estudo sobre a migração e os direitos dos refugiados nos últimos 100 anos. Para desenvolve-lo utilizou-se do método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas. Tem como objetivo mostrar por meio de um estudo histórico como a migração influenciou a regulação dos direitos humanos, evidenciando seu processo de internacionalização, afastando-se da esfera de incidência limitada a um único país, como visto nos primeiros documentos históricos, e demonstrando sua aplicação internacional. Para se compreender o objeto da presente pesquisa vamos observar que o mundo vem passando por uma constante crise de refugiados, sendo uma discussão atual e de extrema importância para a sociedade. Discute também o conceito de refugiado à luz do direito internacional, discutindo as características definidoras da condição de refugiado diante das normas mais antigas e explicando o contexto em que surgiram os mais importantes instrumentos que regulamentam o assunto. Visa demonstrar no âmbito da legislação interna se o país vem desenvolvendo um tratamento de qualidade perante aos refugiados e em consonância às recomendações internacionais de proporcionar que os direitos humanos dos refugiados sejam observados.

Palavras-chave: Migração. Refugiados. Direitos Humanos Internacional.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Migrações em grande escala ocorreram em diferentes épocas por motivos semelhantes: invasões, conflitos, mudanças sazonais e assim por diante. A perseguição, que pode ser de natureza étnica, religiosa, cultural ou política, é outro fator que causa a migração. Nesse cenário, emergem os refugiados, distinguindo-se dos demais migrantes ao serem obrigados a fugir de suas terras de origem.

A análise desta pesquisa justifica-se, pois as migrações e o grande número de refugiados influenciaram a sociedade, e com isso, mostrou-se a necessidade de regulamentação dos direitos humanos dos refugiados e migrantes, pois os cidadãos não tinham seus direitos protegidos por Estados soberanos quando adentravam em um determinado território, havendo a necessidade de regular todos os aspectos do processo, seja no âmbito jurídico, político ou econômico. A necessidade de proteção internacional

---

[1] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[3] Professora do Curso de Direito da Setrem.

surgiu de violações de direitos humanos, como resultado de uma variedade de fatores como perseguições, maus-tratos e mortes o qual se deu na Segunda Guerra Mundial.

O trabalho tem como objetivo geral demosntrar como a migração influenciou a regulação dos direitos humanos, evidenciando seu processo de internacionalização e a regulamentação internacional específica para os refugiados. Como objetivo específico é demonstrar a evolução e desenvolvimento na criação de normas regulamentadoras no contexto em que as medidas tomadas no âmbito internacional e as consequências dessa política afetam no sistema brasileiro.

Como problemática, apresenta-se neste contexto se o país vem desenvolvendo um tratamento de qualidade perante aos refugiados e em consonância às recomendações internacionais de proporcionar que os direitos humanos dos refugiados sejam observados.

O método utilizado no presente estudo foi de abordagem qualitativa de caráter exploratório com foco em produzir informações aprofundadas através de bibliografia, artigos e legislação pertinente ao temo proposto. O método de procedimento foi o dedutivo, que utiliza o raciocínio lógico para chegar a conclusões mais particulares, a partir de princípios e proposições gerais.

Portanto, resta clarividente a importância deste estudo para abarcar a trajetória da proteção dos direitos humanos dos refugiados a fim de responder às necessidades das vítimas da perseguição e da intolerância, através de normativas que prezem pela dignidade do refugiado no país em que se encontra.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Internacionalização Dos Direitos Humanos

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) no século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos ganharam reconhecimento e proteção internacional. No entanto, como todos sabem, o conceito de direitos humanos é muito mais antigo, tendo sido transmitido de geração em geração por meio de leis e costumes. (BARRETO, 2010).

A data exata do surgimento de legislação específica de direitos humanos é desconhecida, mas um dos precedentes históricos mais antigo é o Código de Hamurábi (aproximadamente de 1700 a.C.), que incluía leis de proteção aos fracos e contenção da autoridade. A presença dos direitos humanos também foi notada, apesar de séculos de separação entre normas, quando Ciro, o Grande, o primeiro rei da antiga Pérsia,

conquistou a cidade da Babilônia e decidiu libertar os escravos, declarando que todos tinham o direito de escolher sua própria religião e estabelecer um novo Estado. (DELGADO, 2007).

Na Grécia, no século V d.C., os cidadãos receberam o direito de regular as ações do Estado (Polis), uma vez que o limite do poder é estabelecido pelo direito que os cidadãos têm ao participar dos assuntos públicos (democracia). Nesse cenário, os gregos estabeleceram o conceito de liberdade como expressão máxima da dignidade humana, baseado na ideia de igualdade. Em outra época e cenário, iluministas e burgueses revolucionam as ideias sagradas da Idade Medieval, afirmando a dignidade humana e a fé na razão, e estabelecendo a noção de que o homem é detentor de direitos sagrados e inalienáveis (DELGADO, 2007).

Outros documentos se seguiram na Inglaterra, incluindo a Carta Magna (1215) assinada pelo Rei João, que limitava o poder do monarca; a Petição de Direitos (1628), que foi imposta ao monarca pelo Parlamento; e a Lei de Habeas Corpus (1679), que concedia anistia aos acusados de crimes. Na Inglaterra, outro instrumento constitucional, o *Bill of Rights*, de 1689, fortificou e definiu os poderes legislativos do Parlamento diante do Coroa, e proclamou a liberdade de eleição parlamentar, fornecendo certas garantias individuais. (OLIVEIRA, 2016).

Os Estados Unidos da América foram fundados no século XIX, e em sua Declaração de Independência das 13 colônias britânicas na América, dizia que todos os homens foram criados iguais, garantindo todos os seus direitos fundamentais à vida e à liberdade.(OLIVEIRA, 2016).

Outro marco significativo no campo dos avanços dos direitos humanos foi a Revolução Francesa, que inspirou um direito que serve como elemento fundacional do constitucionalismo moderno: a Declaração dos Direitos Humanos e dos Direitos Civis, que incluiu os já famosos dizeres: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Apesar dos avanços alcançados, acredita-se que a evolução dos direitos humanos ocorreu de forma gradual e ao longo do tempo, iniciando-se como medida de abrangência restrita à esfera interna do país que regulamentava a matéria e evoluindo para um sistema de proteção mundial (BARRETO, 2010).

A internacionalização, por outro lado, ocorreu principalmente por meio da declaração de direitos em instrumentos específicos, que surgiram em resposta a situações extremas que exigem soluções imediatas, dando lugar ao estabelecimento de instituições

e mecanismos para garantir a eficácia de tais medidas. A internacionalização da proteção dos direitos humanos é um fenômeno relativamente novo (MAZZUOLI, 2021).

A Convenção de Genebra, de 1864, estabeleceu uma das primeiras normas mundiais de direitos humanos, com o objetivo de minimizar a dor e o sofrimento de prisioneiros de guerra, doentes e feridos em situações de conflito armado. Entende-se que a aplicação das normas adotadas pela Convenção não se limitou a um único país, mas sim àqueles que viviam em áreas devastadas pela guerra, embora no contexto europeu. (BRASIL, 2016).

2.2 Direito internacional humanitário e direito internacional dos refugiados

O critério para definir refugiados mudou com o tempo, de modo que quando o tema surgiu na década de 1920, os refugiados eram definidos com base em um critério de grupo. O fato de uma pessoa pertencer a um determinado grupo definia um refugiado. Isso aconteceu principalmente quando grupos de russos fugiram do país sob o regime bolchevique. Os primeiros instrumentos desenvolvidos na época desses eventos levaram em conta esse critério para definir um refugiado. Um ponto que vale a pena mencionar em relação a esta primeira classificação é que uma pessoa deve estar fora de seu próprio país para ser classificada como refugiada (FARENA, 2012).

O termo "Direitos Humanos" está indissociavelmente ligado ao termo "Direito Público Internacional", que se refere à proteção que o direito internacional confere aos direitos humanos. Lyliana Lira Jubilut, conecta as seguintes instituições (2007, p. 60),

> Desse modo, tem-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados apresentam o mesmo objeto - a proteção da pessoa humana na ordem internacional; o mesmo método - regras internacionais a fim de assegurar essa proteção; os mesmos sujeitos - o ser humano enquanto beneficiário e o Estado enquanto destinatário e obrigado principal das regras; os mesmos princípios e finalidades - a dignidade da pessoa humana [...], a garantia do respeito a esta e, consequentemente, a não-discriminação, diferindo apenas no conteúdo de suas regras, em função de seu âmbito de aplicação. Por essa razão, pode-se defender a tese de que se trata de ramos assemelhados do direito, sendo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por ter uma maior aplicabilidade e um escopo de proteção mais alargado, engloba as garantias mais específicas do Direito Internacional dos Refugiados.

Portanto, a proteção internacional dos refugiados é uma espécie da qual o direito humanitário internacional é um gênero. É mais fácil compreender a relação entre as duas instituições quando se percebe que os refugiados só adquirem essa condição quando seus

direitos humanos são violados, ou, dito de outra forma, quando os direitos humanos de um indivíduo são violados por meio de qualquer tipo de perseguição. (JUBILUT, 2007).

2.3 Convenção de 1951

A Convenção de 1951 estabeleceu um marco histórico na luta pelos refugiados, pois foi o primeiro instrumento universal de proteção, diferentemente dos documentos anteriores, que se limitavam a um grupo específico. A Convenção é considerada "de ponta" devido ao seu pioneirismo na abordagem de diversos temas. Entre esses critérios está a impossibilidade de devolver um refugiado ao seu país de origem, a não ser que as circunstâncias que o levaram a fugir de sua terra natal tenham cessado. Esta cláusula refere-se ao chamado princípio de *non-refoulement*, que estabelece que nenhum país deve deportar ou "devolver" um refugiado contra a sua vontade, sob nenhuma circunstância. (ACNUR, 1951).

No entanto, ao ser adotada, a Convenção limitou a aplicação do conceito de refugiado àqueles que haviam sido perseguidos ou realocados como resultado de eventos ocorridos na Europa antes de 1º de janeiro de 1951, resultando na criação de refugiados temporários e geográficos. (RAMOS, 2021).

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, entende que se teve surgimento para sanar o interesse dos Estados de que a chegada e presença dos refugiados não se torne uma força desestabilizante, e ainda se mantem a pedra angular do direito internacional dos refugiados, restaurando um compromisso anterior de codificar os direitos juridicamente vinculativos para os refugiados. (RAMOS, 2021).

2.4 Protocolo de 1967

Com o passar do tempo e a dinâmica dos eventos sociais ocorridos nesse contexto histórico, cresceu a necessidade de dispositivos que colocassem novos fluxos de refugiados sob a proteção das disposições da Convenção de 1951, e em 1967, alguns dos signatários da Convenção ratificaram um Protocolo, qual o conceito aplicado aos refugiados foi codificado.

Já em seu preâmbulo, o protocolo de 1967 aduz, *in verbis:*

> Considerando que a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados assinada em Genebra, em 28 de julho de 1951 (daqui em diante referida como a Convenção), só se aplica às pessoas que se tornaram refugiados em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951; Considerando que, desde que a Convenção foi adotada, surgiram novas categorias de

> refugiados e que os refugiados em causa podem não cair no âmbito da Convenção; Considerando que é desejável que todos os refugiados abrangidos na definição da Convenção, independentemente do prazo de 1 de Janeiro de 1951, possam gozar de igual estatuto.

Note-se que apesar de sua conexão com a Convenção, o Protocolo é um documento independente cuja ratificação não se limita aos signatários da Convenção de 1951, no Brasil foi internalizado a partir do Decreto nº 70.946/1972. (BRASIL, 1972).

2.5 Declaração de Cartagena – 1984

O continente latino-americano passou por um período de insegurança política em decorrência de profundos conflitos socioeconômicos desencadeados por um movimento revolucionário, que teve início com a revolução cubana e influenciou a formação de movimentos socialistas em outros países da região, sendo que uma pessoa que havia fugido de seu país em busca de melhores condições de vida, foi incluído como refugiado. (JUBILUT, 2007).

Essa ampliação da definição de refugiado, que incluiu deslocamentos internos, levou à cunhagem da expressão "esprito de Cartagena", que demonstrava a primazia das normas humanitárias em um estado democrático, criando a Declaração de Cartagena de 1984, o qual é pontuada como principal fonte doutrinária, corresponde as medidas relevantes da supracitada Declaração: a ampliação da definição de refugiado e a institucionalização de normas de cooperação entre a OEA e o ACNUR. (JUBILUT, 2007).

Desde o início da fase de universalização dessa instituição, no início da década de 1950, o Brasil tem se comprometido com as normas de proteção aos refugiados, ratificando e recebendo tanto a Convenção de 1951 quanto o Protocolo de 67, além de atuar no Comitê Executivo da Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) desde 1958. Apesar de ter ratificado esses tratados internacionais, essa atitude não passou no teste de teoria. Na prática, poucas medidas impostas por diretrizes internacionais foram aceitas pelo governo brasileiro. (RIBEIRO, 2012).

2.6 Tratamento dispensado ao refugiado no Brasil

Não havia restrições formais à entrada de imigrantes no Brasil até as duas últimas décadas do século XIX. No entanto, no final do século, havia um preconceito contra os imigrantes europeus. O governo do Brasil adotou uma estratégia populista, dando

prioridade aos imigrantes europeus e impondo normas rígidas aos demais imigrantes que não se enquadravam nesse perfil. (RIBEIRO, 2012).

Uma mudança sensata e progressiva na política migratória ocorreu no governo Dutra (1946-1950), com foco no desenvolvimento dos setores agrícola e industrial do país e na busca por mão de obra qualificada. Durante seu governo, grupos de refugiados fugitivos da guerra foram oficialmente aceitos com base em critérios predeterminados. (SALES, 2010).

Durante o segundo mandato de Vargas (1951-1954), foi ratificada a Convenção de Genebra de 1951. No entanto, esse tratado internacional só foi internalizado em 1960, sob a administração de Jânio Quadros, pelo Decreto Legislativo 11, promulgado pelo Decreto nº 50.215/61. (DELGADO, 2007).

Em 1997, foi editada a Lei brasileira nº 9.474, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, o qual se destina a proteger uma pessoa que deixa o país de residência habitual porque é perseguida ou tem um fundado temor de ser perseguida por motivos odiosos. (RAMOS, 2021).

De acordo com o artigo 1º da Lei, um refugiado é qualquer indivíduo que deixa o país de sua nacionalidade por causa de fundados temores de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. (BRASIL, 1997).

Para isso, devemos lembrar que o direito dos refugiados é parte integrante do direito internacional dos direitos humanos, pois se destina a proteger os seres humanos, em circunstâncias específicas. E é no Direito Internacional dos Direitos Humanos que será encontrada a definição de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. (RAMOS, 2021).

A Lei brasileira foi elaborada em colaboração com o ACNUR e a sociedade civil, levando em conta todas as disposições internacionais de proteção aos refugiados e criou um órgão nacional, o Conselho Nacional de Refugiados (Conare), para formular políticas públicas de refúgio e decidir sobre as solicitações de refúgio apresentadas no Brasil. (BARRETO, 2010).

2.7 Aplicação da Lei da Migração Lei n. 13.445/2017

A nova Lei de migração n. 13.445, de 24 de maio de 2017, regularizou a migração no Brasil e estabeleceu princípios e diretrizes às políticas públicas para o imigrante. E com isso substituindo a Lei n. 818/49 (que regulava a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade e a perda dos direitos políticos), e a Lei n. 8.615/80 (Estatuto do

Estrangeiro), que tratava do não nacional como uma ameaça aos brasileiros e a imigração como uma questão de segurança nacional. (MAZZUOLI, 2021).

A Lei se mostrou em consonância com compromissos humanitários internacionais assumidos pelo Brasil, e traz como objetivos redefinir as diretrizes da política migratória brasileira, a qual torna mais fácil o ingresso e permanência do estrangeiro em solo nacional e expande o rol de proteção aos indivíduos em situação de risco humanitário, como os refugiados, devendo ser aplicada juntamente com a Lei nº 9.474/97 em situações que envolverem refugiados e solicitantes de refúgio. (MAZZUOLI, 2021).

O art. 30, II, da Lei n. 13.445/2017 diz que a residência no país poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que seja beneficiário de refúgio. Ademais, o § 4º do art. 31 se refere ao solicitante de refúgio, o qual fará jus à autorização provisória de residência até a obtenção de resposta ao seu pedido, além do que a lei prevê a reunião familiar, ou seja, também serão concedidos visto ou autorização de residência ao cônjuge, filho, ascendente, descendente e irmão do beneficiário de autorização de residência para preservar a união familiar (BRASIL, 2007).

Outro ponto que merece destaque previsto na nova Lei de Migração, é a proibição de aplicação da medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio. Isto quer dizer que o art. 49, § 4º, garante que o refugiado não será alvo da medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade nem de medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa. (BRASIL, 2007).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde que o homem passou a viver em sociedade e a buscar melhores condições de vida, esse dilema societário tornou-se realidade em diversos cenários. Os direitos individuais não eram garantidos nos primórdios da humanidade, pois não havia leis escritas ou mesmo costumes para orientá-los sobre o assunto. A necessidade de criação de normas de salvaguarda surgiu como resultado da evolução da sociedade, fazendo com que os direitos humanos surgissem, ainda que lenta e gradualmente, e por consequência a proteção aos refugiados.

O passo mais essencial no Brasil para garantir a proteção nacional aos refugiados foi a criação de uma lei específica que rege o tema da repatriação. O Programa Nacional de Direitos Humanos (Decreto 1904/1996), que surgiu a Lei 9.474/97, e foi desenvolvido em colaboração com o Congresso Nacional, bem como a Comissão de Direitos Humanos

da Câmara, buscando abranger todos os aspectos inerentes aos solicitantes de refugiado, sendo uma das primeiras leis específicas a regular a matéria em todo o mundo. Nesse sentido, o Brasil é considerado um país pioneiro.

O Brasil está em compromisso com recomendações internacionais, e busca cumprir com as normativas a fim de colaborar com a problemática que muitos refugiados enfrentam ao buscar um novo espaço para viver. Já em 2017, o Brasil consolidou a Lei n. 13.445/17 a qual disciplina a migração no Brasil, podendo ser aplicada aos refugiados juntamente com a Lei 9.474/97, devendo seguir uma organização adequada para todos viverem em condições de vida apropriada com a família e a sociedade, harmonizando dessa forma os direitos humanos.

Ainda que o Direito Internacional dos Refugiados, tenha inicio no séculko XX e de ter sido positiviado internacionalmente na década de 50 do mesmo século, podemos dizer que é um dos ramos do direito internacional que mais se desenvolveu recentemente, demonstrando a sua relevância bem como a consciência da comunidade internacional. Podemos dizer que mesmo que tenha uma grande evolução a temática dos refugiados ainda é extremamente dependente da vontade política dos Estados, o qual será através destes que ocorrerá a efetivação da proteção por meio de ratificação dos documentos internacionais.

Diante dos problemas enfrentados pelos Estados atualmente, e que são agravados pelo fenômeno da globalização, surgindo alguns entraves que necessitam de informações acerca da situação dramática que os refugiados vivem, buscando dessa forma a proteção minima aos refugiados, e com isso buscando fortalecer o sistema internacional de proteção aos direitos humanos com o intuito de evitar as causas que produzem os refugiados. Assim verifica-se que os sistemas naiconais e internacionais de proteção dos refugiados estão em constante evolução.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). **Refúgio no Brasil:** a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Cap. 4. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 maio 2022.

_____. **Decreto Nº 70.946 de 7 de agosto de 1972**. Promulga o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

_____. **Lei Nº 9.474, de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

_____. **Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

CONVENÇÃO DE 1951 RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. **Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429** (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Série Tratados da ONU, n. 189, n. 2545, abr., 1954. p. 137. Disponível em: <www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022.

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES. **Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários**. Cartagena, Colômbia, 1984. Disponível em: <www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

FARENA, Maritza Natalia Ferreti Cisneros. **Direitos humanos dos migrantes**: ordem jurídica internacional e brasileira. Curitiba: Juriá, 2012.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional dos Refugiados**. São Paulo: Expressa, 2021.

RIBEIRO, Bruno Quiquinato. **Dignidade humana em Kant.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3223, abr. 2012. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/21605>. Acesso em: 15 maio 2022.

SALES, Dom Eugenio de Araújo. **Tomamos o partido do ser humano.** In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Cap. 4. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A CORRENTE DOUTRINÁRIA QUE ASSOLA O DIREITO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

LUCAS GUILHERME SKLAR KLIPSTEIN[1]
MARCELE SCAPIN ROGERIO[2]

Resumo: O artigo trata-se de uma pesquisa documental e bibliográfica de abordagem qualitativa, fazendo uso do método dedutivo. No campo do Direito diversas são as correntes e teorias doutrinárias desenvolvidas e discutidas. No tardar da metade do século passado, uma teoria, aqui denominada de neoconstitucionalismo, mas podendo ser encontrada também com outros nomes, assume especial relevância e importância no cenária jurídico. Abstendo-se de uma visão clássica da Teoria da Separação dos Três Poderes, no neoconstitucionalismo o Poder Judiciário, em especial na figura dos juízes, classe com poder de decisão, assume um papel principal de partícipe do jogo político. Do mesmo modo, também atua diretamente nas transformações sociais, papéis que antes não desempenhava. Ainda, diante de uma suposta função contramajoritária inerente à atividade judicial, opera como um patrono dos direitos das minorias, interpretando as Leis de regem o Estado brasileiro à luz dos direitos daqueles. Portanto, entender esse fenômeno se faz necessário, a fim de compreender suas implicações no mundo real, inclusive no Brasil.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Poder Judiciário. Justiça contramajoritária.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo foi desenvolvido a partir de retirada de trecho do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito deste que subscreve, com orientação da Prof. Dra. Marcele Scapin Rogerio. Como o objetivo principal desse projeto são as transformações no Direito nos últimos 100 anos, esse breve artigo buscará introduzir o leitor ao modelo de reflexão que, quase por completo, apoderou-se do pensamento jurídico.

Como é consabido, no Direito diversas são as correntes doutrinárias discutidas, sendo que algumas dominam o debate e influenciam os pensamentos da classe de juristas no geral. E, dentre essas diversas correntes, atualmente, uma se destaca e vem pautando o debate jurídico: o neoconstituionalismo.

Aflorando como uma ruptura ao sistema preestabelecido, o neoconstitucionalismo, consubstanciado nessa ideia do Estado Moderno social, surge justamente visando deixar - com perdão do pleonasmo - o passado no passado, ao mesmo

---

[1] Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professora do Curso de Direito da Setrem.

tempo que, no decorrer do percurso, tenta se opor ao pensamento positivista, este com alicerce na Teoria Pura do Direito de Kelsen.

Para tanto, tratando-se de uma pesquisa documental e bibliográfica de abordagem qualitativa, de método dedutivo, o presente artigo buscará compreender o fenômeno do neoconstitucionalismo e suas devidas implicações no mundo real. Para esse propósito, dividiu-se em três assuntos que se completam. Em um primeiro momento, o surgimento da corrente neoconstitucionalista e, em seguida, a atividade do juiz como sendo ou não própria de um intelectual, finalizando com uma abordagem da justiça contramajoritária.

2 DESENVOLVIMENTO

Pode-se dizer que o fim da Segunda Guerra Mundial marcou o advento do período denominado como pós-modernismo, sendo proveniente de uma "visão de mundo proposta [...] a partir do abandono da razão" (FREYSLEBEN, 2021, p, 80-1).

Para Márcio Luis Chila Freysleben, o pós modernismo:

> [...] é antirrealista porque acredita que não seja possível falar sobre uma realidade com existência independente, ou seja, nega à razão a capacidade de adquirir conhecimento objetivo de realidade, porque não acredita na noção de realidade com existência em si. Em vez disso, o pós-modernismo propõe a descrição construcionista e sociolinguística da realidade, Na Pós-Modernidade, ao contrário da Modernidade, a ciência perde importância. A pós-modernidade substitui a realidade por constructos sociolinguísticos, enfatiza a subjetividade, a convencionalidade e a incomensurabilidade dos constructos (FREYSLEBEN, 2021, p, 81).

Nesse contexto, "[...] avançou uma corrente doutrinária denominada neocostitucionalismo, cujo ideário é difuso, mas evidentemente focado na prevalência dos princípios sobre as regras, em busca da efetivação de uma 'sociedade justa' [...]", a qual enxerga na Constituição "[...] um 'programa constitucional' obrigatório, a ser cumprido pelo governo de plantão" (BRAGA, 2021, p. 44), sendo que ao admitir essa "força normativa de princípios [...], como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral" (SARMENTO, 2009, p. 04).

Para Ricardo Peake Braga tal "corrente radicaliza a ideia de supremacia da Constituição", resultando na "constitucionalização do Direito e esvazia o campo da discricionaridade e decisão dos Poderes legislativo e executivo", possuindo "característica racionalista-utópica" (BRAGA, 2021, p. 44), uma vez que se torna "uma

fé racional que ajuda a acreditar no bem e na justiça, ainda que não estejam ao alcance dos olhos" (BRAGA *apud* BAROSSO, 2021, p.44).

O embasamento teórico dessa corrente vem a partir do:

> [...] pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dorkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa (SARMENTO, 2009, p. 01-02).

Manoel Goncalves Ferreira Filho, ao analisar o estudo "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil", de autoria do, até o presente momento, Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, destaca que a partir do referido estudo é possível verificar que a corrente doutrinária apresenta três marcos, quais sejam: histórico, filosófico e teórico. Explica ele:

> O marco histórico, ou seja, a vinculação do direito constitucional à democracia, com a Lei Fundamental de Bonn em 1949 e a instalação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. [...]. O marco filosófico é o pós-positivismo ('um conjunto difuso e abrangente de idéias') que marca a volta da ética e dos valores para o Direito. Mas, vai além da legalidade estrita e inclui a 'atribuição da normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras'. Enfim, o marco teórico: a força normativa da Constituição ('a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica'), mais 'a expansão da jurisdição constitucional', e chega mais longe à 'constitucionalização do direito' (FERREIRA FILHO, 2010, p. 9).

Trazendo essa realidade para o contexto brasileiro, o autor fala que, inicialmente, é necessário observar o modo como a doutrina é apresentada, qual seja: "como uma verdade consagrada e indiscutida"; em relação a qual "[...] somente se opõem alguns renitentes e ultrapassados 'operadores do direito', todos apontados como 'positivistas' (e este termo assume a conotação de uma injúria)" (FERREIRA FILHO, 2010, p. 7).

De modo geral, os Tribunais, dentro dos sistemas que permitem o controle difuso de constitucionalidade, partindo da premissa que a Constituição é suprema, aquele que

possui em suas mãos o poder de decidir e definir seu alcance e sentido, supremo também o será. Tal visão, primordialmente, foi apropriada pelas cortes constitucionais (BRAGA, 2021).

De acordo com Márcio Luis Chila Freysleben, o "neoconstitucionalismo surgiu como reação ao positivismo de Hans Kelsen, ou seja, como reação a uma Ciência Jurídica pura". Em virtude disso, "[...] implicou um retorno a uma fase pré-kelseniana, [...] em que vigoravam teorias sociológicas que, oriundas das concepções de Augusto Comte e de Émile Durkheim, compreendiam o Direito como um capítulo da sociologia [...]", sendo, dessa forma, "um retorno à Sociologia Jurídica e, portanto, seria mais bem definido como neopositivismo". Entretanto, destoa-se da "sociologia jurídica do século XIX", pelo fato de que "[...] a constituição passa para o centro do ordenamento jurídico para ocupar o lugar que, na modernidade, pertenceu aos códigos" (FREYSLEBEN, 2021, p. 82-3). Além disso:

> "[...] a constituição ganhou força normativa, a jurisdição constitucional expandiu-se enormemente, criou-se uma nova dogmática interpretativa do direito (o principiologismo), em que a hierarquia das normas não é apenas formal, mas também axiológica (valores), e inaugurou a fase da judicialização das questões sociais e políticas (FREYSLEBEN, 2021, p. 83).

No neoconstitucionalismo, alegar uma aparente crise de legitimidade no Poder legislativo e executivo, tendo como fim difundir e defender esse aumento do papel principal do Judiciário, torna-se corriqueiro (BRAGA, 2021). Em razão disso, "[...] advém, desde logo, a desmistificação da 'vontade geral' que abalou a primazia da lei e abriu caminho, em contrapartida, ao juiz, especialmente o constitucional, para tornar-se 'ator', a parte inteira, do jogo político" (FERRERA FILHO, 2010, p.5). Ocorre que, da mesma forma, o Poder Judiciário "[...] passa por uma crise de legitimidade, decorrente tanto de sua recorrente e natural morosidade como, principalmente, da percepção de sua crescente politização" (BRAGA, 2021, p. 46).

Portanto, o Judiciário, na figura de seus magistrados e, em especial, por cortes constitucionais, passa, frequentemente, a decidir acerca de questões de caráter "polêmicas e relevantes para sociedade". Vale destacar que tais decisões, em diversas situações, se dão em razão de ações judiciais ajuizadas por partidos políticos ou grupos sociais que saíram por vencidos em eleições, ou seja, na "arena legislativa" (SARMENTO, 2009, p. 3).

A dificuldade mais visível está no fato de que, por mais que seja disponibilizado espaço de discussão para todos os envolvidos, ainda assim, acontecerá no âmbito de um tribunal, ou seja, indivíduos não eleitos pelo sistema representativo democrático, passarão a deliberar sobre questões que envolvem particularidade de cunho individual e social. Nesse sentido, "o sistema de freios e contrapesos [...] fica desmontado, os outros Poderes, especialmente o Legislativo, bastante esvaziados, e o Judiciário, por definição não-democrático, transforma-se em um superpoder" (BRAGA, 2021, p. 48).

Ainda, na visão neoconstitucionalista:

> [...] a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência (SARMENTO, 2009, p. 04).

No livro "A Democracia na América", Alexis Tocqueville, ao comentar sobre Poder Judiciário nos Estados Unidos, fala que "se o juiz pudesse combater as leis de maneira teórica e geral, se pudesse tomar a iniciativa e censurar o legislador, ele entraria com estrondo na cena política" [...]. A partir dessa premissa, o juiz assumiria o papel de "[...] campeão ou o adversário de um partido, convocaria todas as paixões que dividem o país a tomar parte na luta" (TOCQUEVILLE, 2019, p. 114).

Em se tratando de Brasil, Márcio Luis Chila Freysleben nos diz que "[...] os ventos do constitucionalismo moderno sopraram depois da Constituição de 1988 [...]", momento em que importou "[...] um constitucionalismo que havia avançado em sua escala evolutiva, em grande parte por força dos influxos do Pós-Positivismo", pretexto pelo qual, "[...] tenta-se abandonar a tradicional doutrina romano-germânica [...], dando vez a uma concepção que confere normatividade aos princípios constitucionais, independentemente da existência de lei que os regulamentasse [...]" (FREYSLEBEN, 2020, p. 208-9).

Segundo o autor, esse constitucionalismo moderno é fruto da "Teoria Crítica da Escola de Frankfurt", sendo que se materializou no Brasil através da estratégia gramscista, do ideólogo italiano Antonio Gramsci (FREYSLEBEN, 2020), a qual, em

poucas palavras, propõe a revolução através da hegemonia cultural, com a infiltração dos revolucionários em todos os meandros sociais (CARVALHO, 2014). Para o autor, "o Judiciário, consciente ou inconscientemente, aderiu à militância formal da estratégia gramsciana, empenhado agora em subverter o pensamento jurídico nacional [...]", dando "[...] passo derradeiro para definitiva implantação da hegemonia na ordem jurídica: a modificação da ordem jurídica vigente" (FREYSLEBEN, 2020, p. 213).

Fazendo ou não parte desse movimento revolucionário, o fato é de que o Poder Judiciário brasileiro, coexistentemente, define políticas públicas e cria leis, ao mesmo tempo que julga particulares de acordo com as leis por ele criadas, da mesma forma, pela política pública por ele definida. E "ninguém (ou só meia dúzia de 'radicais retrógrados') achava isso errado até pouco tempo", sendo "[...] tudo isso feito dentro das possibilidades dadas pela nossa Constituição de 1988" (NETO, 2021, p. 116).

De acordo com Cleber Braga Neto:

> A nossa Constituição é o que se chama de uma constituição principiológica. Princípios, diferentemente das regras, são abertos, fluídos, feitos para serem preenchidos de conteúdo por quem for interpretá-los. Regras nos dizem o que deve ser feito para que sejam cumpridas. Por exemplo, está na Constituição que 'não há crime sem lei anterior que o defina'. Portanto, para cumprir essa norma (direito fundamental, aliás), basta não criar um crime por qualquer modo que não seja por lei (NETO, 2021, p. 216-7).

Por sua vez, [...] os princípios são tão etéreos a ponto de servirem de fundamento para as decisões mais díspares. O que significa 'princípio da dignidade da pessoa humana'?". A partir desse princípio é possível "[...] defender tanto o criminoso quanto a vítima: ambos possuem dignidade, mas qual será mais 'digno' de proteção no caso concreto?" (NETO, 2021, p. 117).

No constitucionalismo moderno, os princípios adquirem tamanha relevância que:

> [...] mesmo regras constitucionais sucumbem perante duvidosas interpretações de princípios. Não que os princípios sejam normas superiores. Os constitucionalistas afirmam categoricamente que não há hierarquia entre normas constitucionais. Logo em seguida, esses mesmos constitucionalistas explicam que os princípios, são, sim, o eixo interpretativo da Constituição e que ela inteira deve ser 'interpretada' à luz deles. Como os princípios muitas vezes não possuem uma substância bem definida, acaba que o eixo interpretativo é aquilo que o intérprete (juiz) disser que é (BRAGA, 2021, p. 117).

Humberto Ávila, ao analisar extensamente essa questão de primazia de princípios sobre normas ou vice-versa, à luz da Constituição Federal de 1988 e da corrente

neoconstitucionalista, visando uma resposta ao fato de ser uma Constituição Principiológica ou Regulatória, conclui que:

> [...] as [...] mudanças fundamentais da teorização e aplicação do Direito Constitucional, preconizadas pelo movimento do neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não encontram suporte no ordenamento constitucional brasileiro. Não se pode, em primeiro lugar, asseverar que o tipo normativo prevalente adotado pela Constituição Brasileira de 1988 seja o princiológico: embora não se possa afirmar que a Constituição tenha adotado um modelo exclusivo de princípios, nem um arquétipo único de regras, se um qualificativo tiver de ser escolhido para representar a sua espécie normativa típica, esse qualificativo deverá ser o de "Constituição regulatória". Não é exato declarar, pois, que se passou das regras para os princípios, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de uma espécie para outra. O que se pode afirmar é, tão-só, que a Constituição é um complexo de regras e princípios com funções e eficácias diferentes e complementares (ÀVILA, 2009, p.17).

Ávila continua seu raciocínio informando que:

> Não é correto, em quarto lugar, asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar se passou do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de um para outro (ÀVILA, 2009, p. 18-9).

Ainda nessa questão de intepretação judicial, com viés de ativista, Sandres Spanholz (2021, p. 59-0), nos diz que os "agentes do Poder Judiciário no geral", declaram abertamente "[...] que no pleno exercício da atividade intelectual, o juiz, além de não ter compromisso de acompanhar a opinião pública, está autorizado a mudá-la ou corrigi-la, pois todo julgador é um intelectual".

Ocorre que o magistrado, na figura de interpretador da lei, não exerce atividade intelectual. Isso porque, a "atividade judicial" consiste "em um exercício do poder de decisão". O juiz assume o papel de "encontrar a resposta plenamente justificável", sendo ela previamente existente "no ordenamento, advindo da interpretação e aplicação das normas vigentes no sistema jurídico". Essa resposta deverá ser encontrada através das intituladas "fontes do Direito", as quais foram "previamente extraídas do contexto social em que foram amadurecidas, a partir da realidade de cada sociedade". Por sua vez, esse

processo de construção das fontes “não necessariamente é pacífico”, muito pelo contrário, ele resulta “de uma tensão de forças de convencimento”, sendo que é dentre essas forças que “devemos encontrar o legítimo intelectual” (SPANHOLZ, 2021, p. 60-61).

Cabe ao intelectual “corrigir a opinião pública e trazer os homens do erro que estão para a verdade que precisam” (SPANHOLZ *apud* ORTEGA Y GASSET, 2021, p. 61), razão pela qual está predestinado à impopularidade perante a opinião pública. E essa verdade não é obtida com base na opinião pessoal do intelectual, mas, sim, por evidências. Ainda, naturalmente, que tal função é cercada de dúvidas, motivo pelo qual nem sempre o intelectual consegue “reverter o plano das ideias ou valores já concebidos desde longa data” (SPANHOLZ, 2021, p. 61).

Dentro dessa perspectiva, o juiz não pode ser considerado um intelectual, por motivos óbvios: “o processo, como palco por excelência da prova, não é um campo para demonstrações, mas sim para que o conjunto probatório seja ‘mostrado’ à luz da verdade”, e o julgador, em contrapartida, deve “ter a maturidade de contentar-se em ser o responsável por mostrá-lo à coletividade no cumprimento de seu dever”. Portanto, desse modo, não existe lugar no “processo para experimentação em torno de novas opiniões, muito menos para exprimir vaidades intelectuais” (SPANHOLZ, 2021, p. 62).

Importante deixar claro que não é coibida a atuação no juiz como intelectual. Entretanto, deve ser exercida exteriormente ao processo, ou seja, no meio acadêmico. Ocorre que, parcela dos magistrados no Brasil, utiliza-se do processo para atuar como intelectual, “na contramão da opinião pública consagrada pelas fontes do Direito”. Isto posto, aliado ao ativismo judicial, tem-se a perfeita “falsa justificativa de que a decisão judicial é o palco para o exercício da intelectualidade pelo julgador, [...] propício para a instalação da ‘justiça contramajoritária’” (SPANHOLZ, 2021, p. 62-3).

A justiça contramajoritária advém da teoria da função contramajoritária. Essa teoria parte da premissa de que a sociedade ou o sistema vigente teria como fim a “manutenção da *status quo* das classes dominantes”, ao mesmo tempo em que sonega “os direitos fundamentais das classes dominadas: minorias”. Tendo em Konrad Hesse um dos principais expoentes, o qual foi “[...] precursor da ideia de que seria necessário dotar as Constituição de efetiva força normativa para que seus preceitos tivessem carácter vinculante e obrigatório [...]”, tal qual “[...] todas as normas jurídicas, cuja inobservância põe em movimento mecanismos de coerção” (FREYESLEBEN, 2021, p. 77).

Com isso em vista, caberia às cortes supremas, através do “controle constitucional concentrando”, assumir para si o “lugar-tenente” da defesa dos princípios constitucionais

e do “controle dos atos dos demais poderes”, almejando “conter a vontade da maioria e assegurar os interesses das minorias”. Por meio da contínua interpretação do texto constitucional, busca-se “[...] ajustá-lo à evolução histórica e, assim, permitir extração de novos significados e adequação de um texto do passado à realidade presente” (FREYESLEBEN, 2021, p. 77). Por seu turno, “o Poder Legislativo, influenciado por valores e sentimento prevalentes na sociedade, seria infenso *à necessidade* de adequação do ordenamento jurídico às práticas e costumes de grupos minoritários [...]” (FREYESLEBEN, 2020, p. 177).

Nas palavras do norte-americano Thomas Sowell “não pode haver qualquer estrutura judiciária confiável toda vez que juízes forem livres o suficiente para impor, como lei, suas próprias noções individuais sobre o que é justo, caridoso ou está mais de acordo com a justiça social”. Independentemente dos “[...] méritos ou os deméritos das concepções particulares de alguns juízes em relação a esses termos, não é possível [...] se configuram como lei no sentido completo do termo [...]”. Em que pese os “[...] juízes terem conhecimento e habilidades especializadas para determinar em que ponto a lei limita a liberdade de ação do indivíduo [...]”, o fato de “[...] termos juízes dando palpites sobre como indivíduos legalmente responsáveis devem exercer a liberdade de ação que lhes é devida dentro dos limites da lei” é algo completamente diferente (SOWELL, 2011, p. 247).

Enfim, fato é que está em curso uma mudança na atuação do Poder Judiciário, sendo evidente na atuação de juízes, isto é, aqueles como poderes de decisão. Com alicerce na ideologia acima exposta, o Judiciário, que antes exercia o papel de coadjuvante no cenário político, tenta roubar a cena e assumir o papel de ator principal nas transformações políticas e sociais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, buscou-se apresentar aos leitores que desconhecem o assunto essa nova forma de enxergar o Direito e, em especial, o papel do Poder Judiciário sob a lógica da Teoria da Separação dos Poderes no Estado Moderno, de atuação muito maior ao se comparar com períodos anteriores.

Nessa perspectiva, assumindo o judiciário a dianteira das transformações sociais, tornam-se seus operadores como verdadeiros atores do poder político, influenciando

diretamente em questões que antes eram tratadas estritamente como de natureza legislativa ou executiva.

No Brasil, esse movimento se torna bastante visível e palpável na Corte máxima do Judiciário no país: o Supremo Tribunal Federal. O Supremo, na figura de seus Ministros, dentre os quais vários beberam dessa fonte neoconstitucionalista, em maior ou menor escala, nos últimos anos vem assumido um papel enérgico de atuação antes jamais vista no campo político. Agindo como verdadeiros atores políticos em um campo que exige, ao menos em países democráticos, algum nível de votação pelos cidadãos, sem de fato terem sido escolhidos de nenhuma maneira.

Sob essa ótica, a fim de fundamentar seu tipo de atuação, os Juristas que assim o entendem, vislumbram no Judiciário o caminho para a resolução das mazelas sociais e políticas ante a ineficiência dos demais Poderes em fazê-lo. Imbuído desse espírito virtuoso, há por trás um movimento de transformação social, ou seja, revolucionário, por meio do Judiciário. Os resultados disso, sejam eles positivos ou negativos, somente a história contará.

Portanto, ao fim desse breve artigo, espera-se que aqueles que o leiam possam compreender de forma breve esse fenômeno relativamente atual que assola o pensamento jurídico brasileiro, sendo evidente, em particular, na figura dos juízes – ou seja, aqueles com o poder de decisão – e que, ao que tudo indica, não há indícios de que esse cenário possa mudar em um futuro tão próximo.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÀVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência"**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17, 2009, Salvador/Bahia.

CARVALHO, Olavo de. **A Nova Era e a Revolução Cultural -Frijot Capra & Antonio Gramsi**. 4ª edição. Campinas: Vide Editorial, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Notas sobre o Direito Constitucional pós-moderno, em particular sobre certo Neoconstitucionalismo à brasileira**. Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas, v. 2, n. 1, p.101-118, 2010.

FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **GLOBALISMO E ATIVISMO JUDICIAL – O Ministério Público Agente De Subversão Social**. 1ª edição. Londrina: Editora E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

LIMA, Henrique Cunha de; *et al*, organização PIOVEZAN; Cláudia R. de Morais. **SEREIS COMO DEUSES – O STF e a subversão da Justiça**. 1ª edição. Londrina: Editora E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.

PEAKE, Ricardo. **JURISTOCRACIA E O FIM DA DEMOCRACIA – como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder**. 1ª edição. Londrina: Editora E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3 n. 9, p. 95-131, jan./mar. 2009.

SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade**. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Traduzido por Julia da Rosa Simões. 1ª edição. São Paulo: Edipro, 2019.

O ACESSO À JUSTIÇA: TRANSFORMAÇÕES E DESAFIOS

João Victor Magalhães Mousquer [1]
Thaís Simon [2]

Resumo: O acesso à justiça tem passado cada vez mais por inúmeras transformações para beneficiar a sociedade como um todo. Deste modo, o objetivo principal desta obra é mostrar como se deu o surgimento do acesso à justiça ao longo dos anos, trazendo um breve apanhado histórico, além de demonstrar os desafios que perduram até os dias atuais para uma efetivação do uso desse acesso pela sociedade. Para chegar à solução da questão, analisaram-se diversas obras e leis, abordando minuciosamente como o acesso à justiça era difícil nos tempos passados, além de analisar o que ainda torna difícil o acesso nos das de hoje. Assim, do tema analisado, apesar de já existirem muitos estudos, muitos autores e muitas normas reguladoras, o problema ainda está longe de ser solucionado.

Palavras-chave: Acesso. Justiça. Estado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A figura do Estado sempre esteve presente na história da evolução humana. Em verdade, sendo o Estado o produto da sociedade, natural que quando essa se desenvolva, aquele também perpasse por mudanças. Especialmente mudanças, essas, que advém da necessária atuação Estatal para consagrar o uso e gozo de direitos à sociedade. Isso porque desde as primeiras civilizações, o homem entendeu que diante das adversidades impostas pela natureza e pelos próprios instintos humanos, a coletividade era a chave para a sobrevivência.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITO E SURGIMENTO

Da cooperação dos indivíduos, as comunidades primitivas perceberam interesses recíprocos e a necessidade de normatizar a convivência social para evitar que houvesse a lei natural na sociedade. Tendo a união social como algo quase natural, o poder existente dessa união geraria interesses individuais. Isso sendo, entendeu-se por necessário que houvesse um fator de controle e organização. Esse fator foi a Lei. A partir dessa, o Estado - a ficção jurídica que deteria o controle do poder - passa a ser limitado e a usa-la. Em que pese a finalidade seja a de concretizar o interesse social, essa representatividade passou por diversas mudanças ao longo da história.

---

[1] Professor do Curso de Direito da Setrem.
[2] Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Setrem.

Na pré-história, por exemplo, a administração das comunidades era feita pelos anciões. Na Idade Antiga, o poder pertencia aos imperadores. Na Idade Média, a Igreja exerceu quase todas as esferas de poder. Na Idade Moderna, a Monarquia ascendeu à centralização desse poder. Por fim, na Idade Contemporânea, a representatividade política deu-se, via de regra, de forma democrática. Assim, usando dos limites e liberdade que a lei estabelecia, o uso do poder de controle e organização social foi distribuído dessa forma, no contexto da evolução social/estatal.

Importante destacar que independentemente do período que se for analisar, a relação de representante x representado se dá de uma mesma forma. Pela delegação de liberdades individuais e do exercício da autotutela em favor de uma entidade imparcial e justa, que em contraprestação, garantirá à nação o bem-estar social.

O surgimento desse contrato tácito, indissolúvel e inderrogável entre a comunidade e o Estado é a base da Teoria Contratualista, surgida na Idade Moderna. Segundo os contratualistas, o Estado é fruto da liberalidade humana em optar pela coletividade e pelo regramento social. (RIBEIRO, 2017)

Segundo Ribeiro (2017) são três os elementos constitutivos de um Estado: a obrigação política, o povo e o território. A primeira consubstanciada na entidade fundada no monopólio do poder coercitivo e na representação dos anseios sociais. O segundo, detentor de direitos. O terceiro, a limitação geográfica dessas prerrogativas.

Com escopo de atender as finalidades a que foi criado, o Estado faz uso de mecanismos de promoção de direitos e garantia à nação por meio de ferramentas conhecidas como políticas públicas.

Sob duas visões distintas e complementares, é possível estabelecer conceitos para o termo “políticas públicas”. Na primeira, o interesse de classes e grupos sociais é o elemento de maior destaque, enquanto na segunda, tem-se uma óptica burocrática e procedimental da elaboração e implementação as políticas públicas.

Eduarda Machado (2013), entende que as políticas públicas surgem como mecanismo governamental de proteção e atendimento das demandas sociais, visando, em sua essência, a efetivação de direitos fundamentais através da implantação de metas a serem buscadas pela administração pública.

Alessandro Sanches (2017) vai além. Ao citar os estudos de Thomas Hobbes estabelece que o homem deve promover esforços em busca da paz e para isso, os indivíduos devem renunciar a seu direito de liberdade em prol do bem comum.

> Ora, é com plena vontade e consciência desses postulados que o homem celebra com seus pares o contrato, abrindo mão de sua liberdade irrestrita, criando limites. Há, portanto, uma cessão dos direitos de liberdade a um poder maior. Obvio que Hobbes previa a possibilidade de que, em virtude desta vida em sociedade, ainda haveria, fatalmente, conflitos de interesse em razão do egoísmo que ainda ecoaria no espírito humano. Assim, seria fundamental a existência de um poder invisível que garantisse o respeito aos limites estabelecidos pela (com)vivencia. Eis, aqui, o estado absolutista, o Leviatã̃ (metáfora referente a ao monstro bíblico que possuía um coração de pedra e que era extremamente poderoso), pois tem o condão de assegurar os direitos essenciais do cidadão (SANCHES, 2017, p.33).

À medida em que a sociedade atua como financiadora do Estado, este se apresenta como ente detentor do interesse popular, sendo responsável por amenizar as desigualdades sociais existentes no âmago de sua nação. (BIANCHI, 2014)

De fato, a essência do ente estatal é formar um conjunto de regras para proteger e atender a vontade geral. Sendo detentor do ordenamento jurídico e criador de suas normas, o Estado é dotado de poder coercitivo da força. "Nessa macro instituição denominada Estado, concentra-se a soma de interesses e claros poderes, os quais, em uma sociedade democrática, viabilizarão sua auto regulação, os freios e os contrapesos" (SILVA, 2017, p.29)

A segunda perspectiva é político-administrativa. Segundo Liberati (2013), quando o Estado assume para si a responsabilidade pelo desenvolvimento da sua sociedade, instrumentaliza esse crescimento através de mecanismos conhecidos como políticas públicas.

É que a convivência social requer a proteção de direitos que visem a promoção da convivência harmoniosa entre os indivíduos. Com efeito, o Estado se estrutura sob o fundamento de possibilitar à sociedade a chance de alcançar o Bem-Estar-Social.

> As políticas públicas têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infra-legais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo. (BUCCI, 2006, p. 11)

Em conformidade, Dupont (2015) entende as políticas públicas como um conjunto de ações articuladas pelos governantes para promover a integração entre Estado e sociedade objetivando o desenvolvimento econômico-social.

Por outro lado, Silva (2017) defende que as políticas públicas "são desenhadas a partir do relacionamento e dos interesses existentes entre várias camadas da sociedade" (SILVA, 2017, p.26)

Percebe-se certa divergência sobre o conceito trazido pelos autores ao passo que parte da doutrina atribui às políticas públicas um certo princípio do interesse coletivo enquanto outros atribuem os interesses de apenas determinadas classes representadas pelos governantes.

A construção lógica é de que a sociedade reclama a efetividade das garantias constitucionais ao Estado, que por sua vez, promove estudos, análises e debates acerca da necessidade e finalidade da implementação.

Conforme menciona BIRKLAND, 2001 apud MEIRA, 2013, são cinco os elementos que devem ser considerados pela Administração Pública quando da formulação de políticas públicas, quais sejam (1) os objetivos da política, (2) o modelo causal, (3) as ferramentas da política (4), as metas da política e (5) a implantação da política.

De fato, nem sempre é fácil elaborar uma política pública. Isso porque no decorrer do processo de elaboração os agentes políticos levam em consideração suas raízes ideológicas, interesses partidários e/ou os anseios das classes a que representa em detrimento do interesse da coletividade.

2.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA APRECIAÇÃO JUDICIAL E OS DESAFIOS DE SUA EFETIVAÇÃO

Conforme a já mencionada Teoria Contratualista, quando os indivíduos abdicaram de sua liberdade e do exercício da autotutela em favor do bem-comum, depositaram no ente estatal a função/obrigação de tutelar e amparar o direito dos cidadãos através normas e da imposição do poder coercitivo.

Com efeito, o Estado é responsável pela promoção da convivência harmônica e próspera da sociedade. O direito ao acesso à justiça é prerrogativa reconhecida em Declarações, Convenções e Tratados Internacionais, adentrando à jurisdição brasileira como garantia constitucional.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto São José da Costa Rica, é reconhecido o direito de que:

> "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." (BRASIL, 1992).

No Brasil, o acesso à justiça surgiu como garantia fundamental, pela primeira vez na Constituição de 1946, em seu artigo 141, §4º, que dispunha, *in verbis*:

> "Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual." (BRASIL, 1946).

Segundo Mattos (2011), após a Segunda Guerra Mundial a Constituição Federal contemplou um rol de direitos e garantias individuais e sociais, elencando raízes principiológicas com os pressupostos de inafastabilidade do Poder Judiciário. Todavia, tais garantias não foram eficazes tendo em vista que parte da legislação complementar prevista sequer foi editada.

Durante o regime militar a garantia do acesso à justiça permaneceu suspensa logo após a edição do Ato Institucional nº 5. A ausência de previsão legal e a impossibilidade de recorrer ao poder judiciário para refutar práticas ilícitas, deu combustível a prática de atos autoritários por parte do Estado.

Foi apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã que o direito fundamental de acesso à justiça passou da mera previsão legal para uma aplicação concreta. Previsto expressamente no art. 5°, XXXV da Constituição Federal, o constituinte colocou sob tutela da atividade jurisdicional tanto a lesão, já prevista na Constituição de 1946, como a ameaça a direito.

"Esse mandamento constitucional implica a possibilidade de que todos, sem distinção, possam recorrer à justiça, e tem como consequência atuar no sentido de construir uma sociedade mais igualitária e republicana." (SADECK, 2014, p.57)

Desse modo, o Estado brasileiro se tornou garantidor do acesso do cidadão natural ou estrangeiro residente no país ao Judiciário, tendo em vista que vedou em princípio a autodefesa, reservando para si a função de solucionar os conflitos sociais.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.8):

> A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos."

Para efetivação do Estado Democrático de Direito instituído no preâmbulo da Carta Maior, o constituinte elencou ainda uma série de direitos que visam assegurar o tratamento isonômico dos litigantes perante o Poder Judiciário.

Na busca pela efetivação dessa igualdade, João Batista Lazzari (2013) diz que o Estado elegeu uma série de princípios processuais, tais como o princípio do devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, inadmissibilidade de provas ilícitas, princípio do juiz natural, inafastabilidade de apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito e a duração razoável do processo.

Fato é que elevação desses princípios processuais e a inscrição de diversos instrumentos de ordem constitucional revelam políticas de Estado voltadas a promoção e busca por uma atividade jurisdicional justa.

Para o autor, o direito constitucional do acesso à justiça pode ser relativizado para duas hipóteses, sendo a primeira, o direito de petição, ou seja, o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado. A segunda, o julgamento em tempo razoável, de forma justa e exequível.

Todavia, é possível perceber que o acesso à Justiça é algo complexo e que não pode ser minimizado para o direito de ação e de duração razoável. Isso porque o Estado deve proporcionar meio de garantir o acesso a uma ordem justa, sendo o processo apenas um meio para a efetiva tutela jurisdicional.

"Ter acesso à justiça é garantir o mais básico dos direitos humanos, não podendo ser apenas superficial, no sentido de somente ser declarado, mas sim efetivamente aplicado, de modo que qualquer cidadão possa recorrer ao Poder Judiciário quando se sentir lesado." (SEIXAS; SOUZA, 2013. p.70)

Érica Marcelina Cruz (2012, p.155) apud Seixas e Souza (2013. p. 72) menciona que:

> "quando o direito de ação é compreendido como direito às técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito material, ele se aproxima do direito à duração razoável do processo. Isto porque, quando se considera o direito à obtenção da tutela do direito material se torna em conta a sua 'efetividade', que também reclama 'tempestividade'. Ao se deixar de lado a concepção clássica de direito de ação, atribui-se a ele o significado de direito à tutela jurisdicional efetiva, inserindo-se, no direito de ação, o direito à tempestividade da prestação jurisdicional." (CRUZ, 2012, p.155)

Com efeito, o acesso à justiça por vezes se confunde com a efetividade do processo judicial, afinal, a instrumentalização ou melhor, o caminho para se chegar à tutela

jurisdicional pretendida é o processo. Todavia, são constantes as barreiras que inviabilizam o acesso à justiça efetivo.

Em que pese existam diversas políticas de efetivação do acesso à justiça, tais como a criação de Juizados Especiais para processos de menor complexidade e maior celeridade, a assistência judiciária gratuita por meio da Defensoria Pública, a efetivação da justiça para em alguns obstáculos que permanecem existentes.

Conforme menciona Sadeck (2014), a demanda por direitos e pela solução de conflitos, provém de setores privilegiados da sociedade. Em consequência, dado o volume de processos e o perfil dos que postulam judicialmente, a instituição sofre de inchaço, cuja dilatação, além de dificultar sua atuação, contribui para a construção de uma imagem negativa junto à população.

Isso porque a alto custo dos litígios, principalmente aqueles de maior complexidade, inviabilizam o direito de ação das classes menos favorecidas. É que o alto custo dos honorários periciais e advocatícios, bem como das custas processuais somados a incerteza de sucesso da demanda com a possibilidade de condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais afastam a direito de ação.

Em contraponto a obstacularização do acesso à justiça pelo alto custo, tem-se a figura da Defensoria Pública como entidade detentora da assistência judiciária gratuita. Contudo, a falta de efetivo inviabiliza a concretização das demandas que não se restringem ao ajuizamento de ações, mas também a educação em direitos.

Noutro ponto Cappeletti e Garth (1988), mencionam que a flexibilização e relativização das decisões judiciais atribuídas à constante mudança de paradigmas e entendimentos das Cortes e dos Tribunais aumentam a incerteza quanto a segurança jurídica e a obtenção da tutela jurisdicional.

A falta de pessoal para o excessivo número de demandas em pequenas comarcas, a interposição de inúmeros recursos para um mesmo feito, a lenta adoção de mecanismos de informatização para propiciar um célere andamento dos feitos, e o excesso de formalismo contido na necessidade do impulso processual se dar sempre mediante manifestação do magistrado são alguns dos fatores que tornam a conclusão do processo morosa.

Além disso, “o excesso de formalismo somado à linguagem hermética, prolixa, ostentando cultura e erudição, também são apontados como causas da morosidade, provocando o retardamento das decisões” (SADECK. 2014, p.61), o que afasta a compreensão dos atos processuais pela comunidade em geral.

Não obstante ao problemas estruturais e organizacionais do judiciária, a complexa organização interna, juntamente como o caráter intimidatório das salas de audiências e de seus respectivos juízes são fatores psicológicos que afastam as pessoas de obterem acesso ao Judiciário (OLIVEIRA, 2017).

Para o autor, a cultura de corrupção inviabiliza a crença de um resultado justo do processo, particularmente se um dos litigantes puder arcar com propinas e até mesmo influenciar diretamente no resultado da decisão do próprio juiz. Além disso, a exigência de certos tipos de vestuário para ingresso em fóruns e tribunais confirma à população de baixo conhecimento jurídico que aquele espaço onde mora a Justiça não será nunca o lugar em que ele obterá seus direitos com a desenvoltura necessária.

Apesar dos impedimentos mencionados afastarem parcela da população do acesso à justiça, o volume de processos no Judiciário segue aumentando, em evidente desequilíbrio caracterizado pela distinção entre os litigantes habituais, os que conhecem seus direitos e, os litigantes eventuais, que sequer conhecem ou não buscam seus direitos.

Nesse sentido, Sadeck (2014) menciona que "os mais frequentes usuários do Judiciário são: a Caixa Econômica Federal, a União, o INSS, os bancos, as empresas de telefonia, os municípios. O setor público é responsável por 51% das demandas judiciais em tramitação no país." (SADECK, 2014. p.60)

Diante dos dados apresentados pela autora, é possível concluir que a solução de conflitos sociais por parte do Poder Judiciário fica em segundo plano, afinal, mais da metade das demandas do país possuem entes estatais, autarquias ou empresas públicas em um dos polos.

Em consequência, o exercício do direito de ação para o reconhecimento de um direito previamente negado em via administrativa tem se tornado cada vez mais recorrente. É que não obstante a reconhecida cultura e a proficiência com que tais entidades se desincumbem da função de analisar o caso concreto, a falha na prestação do serviço evidencia também a ineficiência das políticas públicas promovidas pelas instituições.

Assim, o processo de formulação de políticas públicas para o atendimento às necessidades sociais e promoção dos direitos fundamentais se mostra insuficiente diante do espantoso número de demandas em desfavor dos órgãos estatais.

A consequência fática decorrente dessa problemática é a propositura de inúmeras ações promovidas em razão da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário,

ocasionando o inchaço do Poder Judiciário e a morosidade processual em um movimento cultural chamado de popularização do Poder Judiciário.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo central discorrer sobre o desenvolvimento do acesso à justiça e os seus desafios enfrentados até na atualidade. Conforme demonstrado, para compreender toda essa evolução, foi necessário discorrer sobre diversos fatores que acabaram por tornar esse direito ao acesso à justiça um direito de todos e um dever do Estado.

Sabido que ainda são inúmeras as dificuldades existentes até que esse acesso à justiça se torne cada vez mais rápido e eficaz, cabe ao Estado formular políticas públicas para abranger todas as necessidade e garantia dos direitos fundamentais da sociedade como um todo, fornecendo de maneira eficaz aquilo que se é de direito.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHI, Álvaro**. O conceito de Estado em Max Weber**. São Paulo: Lua Nova, n. 92, 2014.

BRASIL. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 29 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 29 de meio de 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis, 1988.

DUPONT, Fabiano Rodrigo; *et al*. **Políticas públicas e extrafiscalidade: direitos fundamentais da juventude brasileira**. Fortaleza: Revista Opinião Jurídica, v. 13, n. 17, 2015.

LAZZARI, João Batista. **Princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo: uma análise da efetivação dessas garantias no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis**. Itajaí: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós

Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 29 de maio de 2022.
LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, Eduarda Fontana e Oliveira. **O controle judicial de políticas públicas: A busca pela efetivação dos direitos sociais fundamentais**. Disponível em: http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/11-O-controle-judicial-de-poli%CC%81ticas-pu%CC%81blicas-Eduarda-Machado.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2022.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação**. Curitiba: Juruá, 2011.

MEIRA, Leonardo Herszon. **Políticas públicas de mobilidade sustentável no Brasil: barreiras e desafios**. Repositório Digital da Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/12903. Acesso em: 29 de maio de 2022.

OLIVEIRA, Lairton Ribeiro de. **A eficácia social das políticas públicas fundamentais: um desafio (principiológico) da boa administração pública. XIV Seminário Internacional: Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea**. 2017. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/17697/4571. Acesso em: 29 de maio de 2022.

RIBEIRO, Josuel Stenio Da Paixão. **Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau**. São Paulo: Prisma Jurídico, vol. 16, núm. 1, 2017, p.3-24. Universidade Nove de Julho.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. São Paulo: Revista USP, n. 101, 2014.

SANCHEZ, Alessandro Rodrigo Urbano; *et al*. **SABERES DO DIREITO 62-TEORIA GERAL DO ESTADO**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. **Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras**. Direito e Democracia, Canoas, v. 14, n. 1, 2013.

SILVA, Allan Gustavo Freire da; ARAÚJO e MOTA, Leonardo de; DORNELAS, Carina Seixas Maia; LACERDA, Alecksandra Vieira de. et al. **A relação entre Estado e políticas públicas: uma análise teórica sobre o caso brasileiro**. Revista Debates, Porto Alegre, v. 11, n. 1, p. 25-42, 2017. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/viewFile/ 72132/41081. Acesso em: 27 de maio de 2022.

O DESENVOLVIMENTO DE CIDADES SUSTENTÁVEIS COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO AMBIENTAL PARA PRESERVAÇÃO HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL

Eduarda Tainá Kloeckner[1]
Marcele Rogério[2]

Resumo: O presente estudo tem por objetivo discorrer sobre sustentabilidade e problemas socioambientais no âmbito do Estado Democrático de Direito Ambiental. Tendo como referência as cidades sustentáveis e o grande fluxo populacional que vem causando degradação ambiental, como fator preponderante para a garantia da dignidade e qualidade de vida da pessoa humana. Desta forma buscou-se efetuar um breve levantamento das causas da crise ambiental, com base em uma análise da sociedade atual, regida pela forma como a racionalidade econômica, se porta frente aos recursos ambientais, tendo como busca uma sustentabilidade ativa em relação ao Estado Democrático de Direito Ambiental, associada a uma consciência transformadora, onde o meio ambiente passe a ser visto como um bem esgotável e limitado e que, uma vez degradado, não se recupera, gerando consequências catastróficas para a sociedade que prima pelo capitalismo. A coexistência equilibrada destes direitos dependem diretamente da existência de ambiente sócio jurídico aberto para essa realidade. A proteção ambiental tem se tornado uma tarefa inevitável ao Estado Democrático de Direito Ambiental, que deve criar condições para a preservação e fruição de bens ambientais, associado a um (re)significar da racionalidade ambiental. Num cenário em que a população urbana é a maior parte no planeta Terra e também no Brasil, torna-se indispensável que todas as cidades realizem o seu planejamento urbano mediante leis que organizem a utilização dos espaços e propriedades públicas e privadas. A justificativa do tema se dá em razão de que necessitamos sistematizar nossas leis, que desde os primórdios existem e, mesmo com toda evolução, continuam conflitantes, impedindo de se alcançar uma boa qualidade de vida, educação e desenvolvimento sustentável. Diante destas constatações, buscou-se os ensinamentos de vários autores, como Enrique Leff - que é um dos principais intelectual no âmbito da problemática ambiental. E traz, consigo, a educação e a ética ambiental como pressupostos de um saber ambiental voltado para a construção de novos conceitos e valores que tragam uma (re)significação do papel do homem frente a uma natureza com recursos esgotáveis.

Palavras-chave: Ambiental. Estado. Sustentável.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante de um cenário de contínuo crescimento populacional, e em consequência o aumento da degradação ambiental, surgem tais questões: Quais medidas podem ser plausíveis e eficientes no que concerne à minimização dos impactos ambientais? Qual o papel dos instrumentos normativos em relação à promoção da sustentabilidade

---

[1] Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professor de Direito Ambiental do Curso de Direito da Setrem.

ambiental? Será possível vislumbrarmos um contexto de sustentabilidade social e ambiental para um futuro próximo?

Perante estes questionamentos, a degradação ambiental, juntamente com o esgotamento ecológico e o desequilíbrio ocasionado pelo avanço do mundo contemporâneo trazem consigo o conceito de sustentabilidade, sendo de suma importância para a humanidade, visto que ao se compreender a sustentabilidade, em seus aspectos ambientais e sociais, poderá ter uma nova visão de mundo.

O tema do presente trabalho partiu da constatação de que os recursos naturais, no século passado pareciam inesgotáveis estão chegando a um limite crítico, uma vez que a sociedade moderna busca a satisfação insaciável das necessidades de consumo, está degradando a natureza sem qualquer preocupação com as consequências que, se antes parecia distante, hoje estão muito mais próximas do que se pode imaginar.

Tal situação levou o Estado Democrático de Direito Ambiental a passar por uma reestruturação de seu papel junto à sociedade nas questões voltadas ao meio ambiente, o Estado é constitucionalmente responsável pela garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para que isso seja possível, a participação da sociedade como sujeitos ativos desta transformação é imprescindível, conjuntamente com a criação de um novo paradigma de desenvolvimento sustentável.

2 DESENVOLVIMENTO

A evolução histórica do direito ambiental no Brasil se remota às Ordenações Filipinas, na qual já se estabeleciam normas de controle da exploração vegetal, mas tais legislações ainda abordam questões econômicas do que propriamente ambientais, pois o patrimônio natural era considerado como propriedade privada. (MORAIS, 1996).

A importância do meio ambiente é algo que evoluiu através dos séculos, de um modo que passou-se a ter muita importância para os seres vivos, atualmente. No início, defendia-se a forma antropocentrista, que o ser humano era o centro do universo e o meio ambiente não era prestada a devida importância, tudo era extraído e utilizado como se fossem recursos ilimitados. (LEVAI, 2010, p. 124).

Com a necessidade da preservação ambiental e de toda fauna, flora e seres humanos que compõem o meio, surgiu o biocentrismo, que dá uma importância maior e todos os seres possuem iguais valores, valorizando todas as formas de vida. O biocentrismo dá ao meio ambiente “importância jurídica própria”, pois há a inclusão dos

animais nas preocupações morais, em razão de serem o que são, da existência e por "estarem no mundo". (LEVAI, 2010, p. 129).

No Brasil, apenas com a Constituição Federal de 1988 o meio ambiente ganhou capítulo próprio como se observa do Capítulo VI que consta em seu artigo 225, as bases constitucionais, bem como a definição do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O Artigo 5º, § 1º, da mesma, destaca a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal, modificou drasticamente o cenário centralizador e fragmentado da tutela ambiental a partir do momento em que reduziu o poder exclusivo do Estado dando um enfoque social na abordagem de temas como o meio ambiente, o qual passou a ser reconhecido como um bem jurídico independente e caracterizado como um direito fundamental do homem, como enfatiza os juristas:

> Esse conjunto de inovações constitucionais, substantivas e formais, mais cedo ou mais tarde haverá de levar, no plano mais amplo da Teoria Geral do Direito, uma nova estrutura jurídica de regência das pessoas e dos bens. Da autonomia jurídica do meio ambiente decorre um regime próprio de tutela, já não centrado nos componentes do meio ambiente como coisas; muito ao contrário, trata-se de um conjunto aberto de direitos e obrigações, de caráter relacional, que, como acima referido, é a verdadeira ordem pública ambiental, nascida em berço constitucional. (CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 105).

O meio ambiente, juridicamente, também está conceituado no art. 3º, I, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do meio ambiente, que entendemos por "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". (BRASIL, 1981, *online*).

O meio ambiente configura-se como um direito fundamental de terceira dimensão, caracterizando-se como direito de todos e, sendo "bem de uso comum", cabe ao Poder Público e a sociedade o dever de defendê-lo e preservá-lo, Segundo Bonavides, é o valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2010).

Publicistas e juristas destacam o "caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade", com intenção de preservar a vida de todos os seres. É indispensável o princípio da solidariedade para o

desenvolvimento e reconhecimento dos direitos humanos enquanto valores essenciais, para os direitos de terceira dimensão. (BONAVIDES, 2010).

Denise Garcia ressalta que, desde a época em que Brasil era colônia de Portugal, já havia regulamentação a respeito, pois se encontravam regras de direito ambiental nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, considerando-se, desta forma, a fase colonial brasileira como período embrionário do nosso atual direito ambiental. (GARCIA, 2017).

São inúmeras as divergências quanto ao marco inicial do direito ambiental. Contudo é pacífico o entendimento de que somente após a constatação de que apenas globalmente em ações conjuntas é que se poderia evitar a continuidade da degradação que começaram a surgir, os maiores debates acerca do tema intensificaram-se a partir dos anos 60. (OLIVEIRA, 2007).

Mas o que importa são as características desse novo ramo do direito, o qual passou a ter uma autonomia e uma flexibilidade com regulamentações de âmbito internacional e com isso "[...] passa a prevalecer um entendimento de que o Direito Ambiental do século 21 não deve ser confundido com a mera proteção dos bens naturais". (OLIVEIRA, 2007, p. 114).

A real preocupação com o direito ambiental brasileiro é algo bastante recente, por isso, muitos estudiosos consideram como uma "nova ciência", apesar dos objetivos serem velhos. Foi no século XX, que começou a se desenvolver um olhar para o meio ambiente como algo que está interligado à existência dos seres. Até então o homem não tinha se dado conta dos danos e ameaças ao equilíbrio natural que sua ação desenfreada estava causando. (RODRIGUES, 2016, p. 59).

Edson Carvalho assegura que o aproveitamento dos direitos humanos é sempre dependente do ambiente, porque o homem necessita dele. Pois o fato de não conseguir sobreviver sem respirar, beber água, alimentar-se, sendo a terra o único local propício para a realização destes atos essenciais, podemos observar claramente a ligação entre o ambiente e o direito à vida e a saúde. (CARVALHO, 2011, p. 152).

Dito isso, podemos notar que a fala de Paulo Antunes, dizendo que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado o mais importante do direito ambiental. A legislação ambiental brasileira prevê o uso sustentável dos recursos naturais, possibilitando, assim, a coexistência do desenvolvimento socioeconômico e a tão desejada sustentabilidade; deve-se saber aplicá-la ao caso concreto. (ANTUNES, 2015, p.19).

O princípio 1 da Declaração de Estocolmo, reafirmada pela Declaração do Rio, dispõe: “Princípio 1 – Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente.” (1992, *online*).

Os princípios são instrumentos que o Estado Democrático de Direito Ambiental, se utiliza para garantir à sociedade seja protegida contra os interesses particulares e até mesmo públicos que possam lhes trazer prejuízos. No âmbito do Direito Ambiental, a implementação de princípios é a base sobre a qual se solidifica a efetivação das medidas de proteção a um bem de interesse coletivo, como enfatiza Granziera:

> O Direito Ambiental, traduzido em uma política pública, rege-se por princípios que conferem fundamento a sua autonomia e estabelecem uma base lógica em relação ao conteúdo das normas. Quando a norma incorpora, direta ou indiretamente, certo princípio, fica formalmente explicitada a direção tomada pelo legislador na formulação da regra jurídica. (GRANZIERA, 2011, p. 54).

Na busca por um ambiente sustentável deve estar de acordo com o desenvolvimento econômico, sem impedir a economia, mas preservando o exercício da atividade econômica respeitando o meio ambiente saudável, sendo responsabilidade de todos, deve-se conviver harmoniosamente.

A partir da “intergeracionalidade e inserção dependente do homem”, foi necessária a incrementação da instituição da proteção jurídica ambiental, em razão de ser um bem de uso comum do povo, a fim de garantir a preservação da espécie humana no planeta. Desse modo, vira um "círculo vicioso entre a dependência de gerações humanas e a preservação ambiental”. O ponto principal, para poder ser alcançado um ambiente sustentável, é poder aplicar a lei ambiental de forma clara no caso concreto, seguido de ter consciência de que a prevenção e a precaução são as melhores armas para alcançar mencionado objetivo. (PAULA, 2015, p. 33).

A ideia de sustentabilidade se deu mundialmente com a realização da Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, no ano de 1972, ocasião em que restaram fixadas as bases para a nova agenda ambiental do Sistema das Nações Unidas. Foi o primeiro encontro mundial promovido com o fim de discutir assuntos relacionados ao meio ambiente e soluções para a preservação da humanidade, e com ele, o conceito de sustentabilidade passou a ter uma maior importância. (BOFF, 2014, p. 34).

Dez anos após a Conferência, o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA), promovem a criação da Comissão Mundial sobre o Meio

Ambiente e Desenvolvimento, instituída em 1983, a qual tinha por finalidade reexaminar os problemas ambientais e apresentar novas propostas de solução, gerando após anos de trabalho, o Relatório Brundthald. E foi neste relatório que apareceu pela primeira vez a expressão "desenvolvimento sustentável". (SILVA, 2002).

> Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas. (Relatório Nosso Futuro Comum). (CMMAD, 1988, p. 49)

Para que o desenvolvimento possa ser caracterizado como sustentável é importante que além dos aspectos ecológicos, a igualdade no âmbito social, econômico, político e cultural do próprio desenvolvimento. O fundamento primordial de tal princípio pressupõe que "[...] o desenvolvimento sustentável significa que a soma dos recursos naturais e dos criados pelo homem não deve diminuir de uma geração a outra". (SILVA, 2002, p.49).

A Organização Catalisa define desenvolvimento sustentável como:

> [...] um modelo econômico, político, social, cultural e ambiental equilibrado, que satisfaça as necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades. Esta concepção começa a se formar e difundir junto com o questionamento do estilo de desenvolvimento adotado, quando se constata que este é ecologicamente predatório na utilização dos recursos naturais, socialmente perverso com geração de pobreza e extrema desigualdade social, politicamente injusto com concentração e abuso de poder, culturalmente alienado em relação aos seus próprios valores e eticamente censurável no respeito aos direitos humanos e aos das demais espécies. (CATALISA, *online*).

No Brasil, a sustentabilidade passou a ser de extrema importância, quando realizada a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), no Rio de Janeiro, no ano de 1992. De acordo com a Carta da Terra, a sustentabilidade há de ser tratada como caso de "vida ou morte", pois nunca foi tão grande o risco que estamos sofrendo e que ameaça o futuro de todos, não devendo a ignorância e o descuido tomar conta e pôr tudo a perder. (BOFF, 2014, p. 14).

Para Latouche, vivemos em uma sociedade, onde o consumo passou a ser insustentável, pois "a capacidade de regeneração da Terra não acompanha a procura: o

homem transforma os seus recursos em lixo mais rapidamente do que a natureza pode transformar lixo em novos recursos". (LATOUCHE, 2012, p. 38).

Quando ocorre um dano ambiental, os direitos humanos são expostos ao perigo. O fato é que não há como deixar o meio ambiente se deteriorar de tal modo que alcance à violação do direito à vida, à saúde e ao bem-estar, à família, à vida privada, à propriedade e outros direitos humanos. (BOSSELLMANN, 2015, p. 147).

Segundo Leonardo Boff:

> A sustentabilidade não acontece mecanicamente. Ela é fruto de um processo e educação pela qual o ser humano redefine o feixe de relações que entretém com o universo, com a Terra, com a natureza, com a sociedade e consigo mesmo dentro dos critérios assinalados de equilíbrio ecológico, de respeito e amor à Terra e à comunidade de vida, de solidariedade para com as gerações futuras e da construção de uma democracia sociecológica. (BOFF, 2013, p. 149).

O crescimento da população, tanto brasileira como mundial, fez com que, cada pessoa buscasse na natureza satisfazer suas necessidades, e na grande parte das vezes de uma forma errada, fazendo com que, mesmo, até os recursos renováveis viessem a se esgotar. Dessa forma, o crescimento populacional acelerado gerou o desenvolvimento desestruturado e desorganizado do ambiente urbano. (FOLADORI, 2001).

Assim, o crescimento econômico fez com que a busca pela satisfação econômica desconsiderasse os danos que poderiam e podem causar ao meio ambiente, principalmente nas questões voltadas a um consumismo desenfreado e irresponsável. (FOLADORI, 2001).

O Estado Democrático de Direito Ambiental, pressupõem a interação dos indivíduos na concretização de políticas públicas que visem resguardar os bens naturais. A declaração do Rio traçou objetivos de criação de políticas públicas que incentivam o desenvolvimento sustentável, na qual precisa ter a participação ativa da sociedade em todos os contextos.

Para a política do Estado Demcorático de Direito no âmbito ambiental ter efetividade, precisa-se de toda fundamentação legal que dê amparo e suporte. A concepção do estado onde a participação democrática não é suficiente por si só para garantir um desenvolvimento sustentável. (LEFF, 2009).

Nessa nova concepção de cidadania, é importante que tanto a sociedade como o Estado estejam cientes da realidade fática das questões ambientais, no caso em tela a crise que aflige o meio ambiente, mas também ter conhecimento dos reais conceitos de

desenvolvimento e de sustentabilidade. Pois, sem toda essa unificação, não será possível a efetivação dos preceitos constitucionais e legais de proteção ambiental. (LEFF, 2009).

O desenvolvimento sustentável preconiza um modo de consumo que tem por finalidade garantir as necessidades das atuais e futuras gerações. Segundo Carrera:

> Desenvolvimento sustentável não significa somente a conservação dos nossos recursos naturais, mas sobretudo um planejamento territorial, das áreas urbanas e rurais, um gerenciamento dos recursos naturais, um controle e estímulo às práticas culturais, à saúde, alimentação e sobretudo qualidade de vida, com distribuição justa de renda per capita. (CARRERA, 2005, p.7)

Segundo Gadotti, o "[...] desenvolvimento sustentável deve ser economicamente factível, ecologicamente apropriado, socialmente justo e culturalmente equitativo, sem discriminação". Define como uma forma bastante plausível de como deve ocorrer o desenvolvimento sustentável, para atingir as suas finalidades. (GADOTTI, 2000, p. 53).

Desta forma, o desenvolvimento sustentável que se busca é aquele que é viável no âmbito econômico, sem deixar de ser adequado no contexto ambiental, e para isso é necessário remodelar a relação do homem com a natureza, passando a preservação ambiental a ser o elemento regulador do desenvolvimento sustentável. Por isso, é de extrema importância o uso de políticas públicas, para que tenham o indivíduo como principal sujeito e ator interativo, onde o desenvolvimento social, econômico e político sejam componentes plenamente identificáveis do desenvolvimento sustentável. (LEFF, 2009).

Com o avanço rápido da população, surgiu a necessidade de criação de um novo modelo de desenvolvimento que apresentasse políticas de qualidade ambiental, abrangendo tanto a qualidade do meio ambiente natural quanto urbano, passando-se a falar em desenvolvimento sustentável, estendendo-se para um desenvolvimento urbano sustentável. O qual deverá atender as necessidades presentes e futuras.

Segundo Leff "[...] a construção da sustentabilidade estará guiada por uma ressignificação e valorização social da natureza que haverá de conduzir até a apropriação cultural dos processos ecológicos." (LEFF, 2006, p. 208).

Assim, os valores ecológicos e os direitos culturais trazidos pela nova concepção de racionalidade, qual seja, a racionalidade ambiental, muitas vezes confrontam-se com valores culturais tradicionais que defendem acirradamente a racionalidade econômica na forma vigente nos dias atuais. Somente desta maneira é

possível se chegar a uma qualidade de vida que ultrapasse as diferenças e possibilite a reapropriação da natureza.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, pode-se observar diversos fatores que resultaram no contexto social vivido atualmente, dentre eles, o forte crescimento econômico, representado pela produção industrial em massa, o consumo exacerbado bem como o crescimento populacional de forma indefinida.

As questões que envolvem o meio ambiente, a sustentabilidade e a possibilidade de um desenvolvimento sustentável, com a intervenção direta de todos os atores envolvidos, especialmente o Estado Democrático de Direito Ambiental desenvolvendo seu papel, ainda estão em fases muito latentes.

Diante disso, chega-se em consonância do entendimento de que o meio ambiente é parte integrante da nossa vida e do qual necessitamos primordialmente, e desta forma o crescimento econômico é um desafio ao meio-ambiente, uma vez que existem deficiências referentes à capacidade do meio em suportar as imposições exercidas pelas atividades humanas, de modo que a implantação dos conceitos de sustentabilidade faz-se necessário, pois pressupõem o uso consciente dos recursos naturais necessários à vida humana, fundamentais para garantia das presentes e futuras gerações.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVA, Eduardo Neiva. **Metrópoles (in) sustentáveis**. Rio de Janeiro: Relume Damará, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

BURSZTYN, Marcelo. **Ciência**, ética e sustentabilidade. 2ª ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor,1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentário ao Estatuto da Cidade**: Lei 10.257, de 10.7.2001. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. **Direito da cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERNANDES, Edésio. **Direito do urbanismo**: entre a "cidade legal" e a "cidade ilegal". Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
FREITAS. Juarez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. 3ª. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

LASSALLE, Fernando. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stronner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito urbanístico**: condições e possibilidades da Constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEFF, Enrique. **A Complexidade Ambiental**. São Paulo: Cortez, 2003.

LEFF, Enrique. **A Racionalidade Ambiental**, a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2006.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MACCLOSKEY,apud CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecologia**: de las razones a los derechos. Granada: Comares, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Édis. Processo Coletivo Ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Dano Ambiental**: Reparação, prevenção e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Millennium, 2001. p. XXII.

NASCIMENTO. Luis Felipe. **Gestão Ambiental e Sustentabilidade**. Florianópolis, 2012.

NASH, Roderick. **The Rights of Nature**: A History of Environmental Ethics, 1989.

SARMENTO,Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. SILVA, Carlos Henrique Dantas da. Plano diretor: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **Sustentabilidade meio ambiente e sociedade**: reflexões e perspectivas. 2015.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. **Tradução**: João Dell'Anna. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

O DIREITO DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DAS MUDANÇAS SOCIAIS PELA REFORMA PSIQUIÁTRICA NA LUTA ANTIMANICOMIAL

Eliana Luísa Marx[1]
Odir Eloi Marx[2]
Danielli Scarantti[3]

Resumo: O artigo faz uma análise histórica do direito à saúde no Brasil, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e finalmente da Constituição Federal de 1988, e leis extravagantes. A pesquisa é voltada ao processo da reforma psiquiátrica, abordando sobre o direito das pessoas com transtornos mentais, por meio de uma revisão histórica do contexto por elas vivenciado, e evolução do conceito de loucura. O estudo visa explanar sobre a luta antimanicomial, em vista dos métodos de tortura implantados nos hospitais psiquiátricos do século XX, em prol da desinstitucionalização dos portadores de distúrbios psíquicos. Discorre-se, sobre a importância do SUS na reforma psiquiátrica e dos centros de saúde comunitários, e das políticas públicas promovidas pelo Ministério da Saúde. Ainda, traz uma abordagem do retrocesso vivenciado nos últimos anos pela extinção dos direitos conquistados desde a reforma psiquiátrica, a partir da Política Nacional de Saúde, que reformula o previsto nas legislações anteriores.

Palavras-chave: Transtornos mentais. Reforma psiquiátrica. SUS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Historicamente os transtornos mentais foram tratados pelas civilizações pelo remédio da exclusão social, com a separação de tudo aquilo que não se relacionava com o 'normal', e se classificava como 'patológico'. A loucura sempre ameaçou a estabilidade social, colocando em risco os conceitos da normalidade conservada.

O objetivo foi analisar as conquistas dos direitos em prol da saúde mental e a luta antimanicomial no Brasil. O problema que moveu o estudo diz respeito à forma como os distúrbios psíquicos são tratados no país, a sua evolução histórica e a luta pelos direitos das pessoas com transtornos mentais.

O desenvolvimento do projeto, abrange acerca do direito à saúde no Brasil, pelas legislações vigentes, o processo de reforma psiquiátrica concomitante com a reforma sanitária, e a forma como a loucura foi retratada através da história. Ainda, se debruça nos avanços políticos em prol das pessoas com transtornos mentais no país, e os atuais desmontes dessas conquistas a partir de 2016.

---

[1] Acadêmica do 7º semestre do curso de Direito pela Sociedade Educacional Três de Maio-SETREM. e-mail: elianaluisamarx@gmail.com
[2] Acadêmico do 1º semestre do curso de Direito pela Sociedade Educacional Três de Maio-SETREM. e-mail: odirmarx@gmail.com
[3] Professora do curso de Direito da Sociedade Educacional Três de Maio-SETREM

Quanto à abordagem, as pesquisas são de modo qualitativo, pois se trata de uma abordagem descritiva da situação do problema, expresso através da realização de pesquisas que visam alcançar informações sobre o assunto

.

2 DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento da pesquisa trata desde o direito à saúde no Brasil de forma genérica, até as políticas públicas para o direito das pessoas com transtornos mentais.

2.1 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A CRIAÇÃO DO SUS

É contundente que se passe à análise do conceito de saúde, e neste sentido as suas variações através da história. É datado de 1946, a declaração pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que define saúde como: "um estado de completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença". Essa declaração revolucionou o entendimento advindo da antiguidade, inspirado no pensamento do filósofo Descartes, de que saúde seria a ausência de doença. (DALLARI, 1988, p. 4).

Destarte, esse conceito amplo e ousado da OMS, pode ser considerado até mesmo utópico, por idealizar um estado quase inalcançável socialmente pelas massas mundiais, em detrimento dos diversos contextos que enfrentam.

O direito à saúde sofreu diversas transformações ao longo do tempo, e os institutos jurídicos passaram a constituí-lo como um bem jurídico de extrema importância social. Assim, dado que o conceito de saúde sofreu modificações e ampliações doutrinárias, a aplicação do direito à saúde sofreu mudanças na sua cobertura na mesma proporção. Muito mais do que apenas estar seguro de ser tratado de suas enfermidades, o Estado deve conceder ao indivíduo, o bem estar de seu corpo, mente, e convívio social. (DALLARI, 1988, p. 8).

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH, 1948, p. 5), traz a previsão do direito à saúde em seu artigo 25:

> Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Conforme Zouein, (2019, p. 1) a saúde é prevista como um direito humano de segunda dimensão, por ser um direito social que exige a atuação do Estado para ser efetivado, sendo de titularidade coletiva e com caráter positivo.

Conforme seu preâmbulo, (1948, p. 1) a DUDH foi concebida pós segunda guerra mundial, e tem como preceito definir os direitos mais intrínsecos à sociedade, dos quais nenhum cidadão deveria ser tolhido, sendo o básico pré existente para a configuração de uma sociedade democrática de direito. Porém, por ser uma carta aberta às nações, não possui o poder vinculante que garante obrigatoriedade jurídica perante o estado.

Diante disso, a título internacional, a partir da DUDH (1992, p. 4), foi criado em 1976 o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que abarca sobre o direito à saúde. Por ter natureza jurídica de tratado internacional, ao ser ratificado pelos países passa a ter natureza obrigatória e vinculante pelo Estado soberano diante de seus cidadãos. Esse veio a ser ratificado pelo Brasil pelo decreto nº 591 de 1992, e traz em seu artigo 12 a seguinte previsão: "Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental".

Finalmente, o suprassumo da concretização do direito à saúde veio a se realizar em 1988 pela nova Constituição Federal, baseada em uma humanização social e na democracia. Vinda em um contexto pós ditadura, a carta magna estabeleceu direitos fundamentais a serem respeitados. O art. 6º da CF, traz a saúde como direito social "São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL, 1988, p. 6, grifo nosso).

O art. 196 da CF define a saúde como um dever do Estado "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (BRASIL, 1988, p. 108).

A partir da Constituição Federal de 1988, nasce o Sistema Único de Saúde (SUS), que passa a oferecer acesso universal à saúde, integral e gratuito. Criado pela lei 8.080 de 1990, veio para substituir o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social de 1977, que atendia apenas aqueles que contribuíam para a assistência social.

2.2 REFORMA PSIQUIÁTRICA

Historicamente às doenças mentais foram tratadas com elevada opressão, e seus detentores pelo remédio da exclusão social, sendo exilados da sociedade em detrimento da manutenção da normalidade. Para Paul-Michel Foucault (1961, IV, apud NETO, 1998, p. 3), filósofo francês, a loucura era uma desordem social, que ocasionava por este motivo a repulsão do indivíduo pela sociedade. Em seus estudos, revolucionou o entendimento, ao ver

a loucura não como uma doença ou algo da natureza, mas um fato de cultura. Dessa forma, acreditava que a maneira como o homem se relacionava com a loucura se modificou ao longo do tempo.

Após o renascimento, com o retorno da filosofia, a centralização dos estudos no homem e sua importância, e o fortalecimento do racionalismo como linha filosófica por Descartes, a loucura passou a ser vista como algo falso, através da separação do racional daquilo que é errôneo. Por consequência, fez-se com a loucura o mesmo que com a lepra, e suprimiram da sociedade tudo aquilo que era 'errado' e contrariava a razão, internando *ad aeternum* os taxados como loucos. (FARINHA, BRAGA, 2018, p. 2).

Cria-se assim, um diapasão entre o homem normal e o homem doente- louco, distante da realidade racional. Ao final da idade clássica, com o crescimento da visão da loucura como uma doença, ocorreu a liberação dos loucos para serem tratados pela medicina na condição de doentes. Com essa mudança cultural, ocasionada pelas novas correntes filosóficas do século XVII, a medicina pôde se aproximar da loucura, mostrando que seu tratamento dependia muito mais de um aspecto de cultura do que científico. (NETO, 1998, p. 3).

> A constituição da loucura como doença mental, no fim do século XVIII, atesta um diálogo rompido, dá a separação como fato consumado, e enterra no esquecimento todas estas palavras imperfeitas, sem sintaxe fixa, um pouco balbuciantes, na qual se dava a troca da loucura e da razão. A linguagem da psiquiatria, que é o monólogo da razão sobre a loucura, só se pode estabelecer sobre tal silêncio (FOUCAULT, 1961, chapitre IV, apud NETO, 1998, p. 3).

No século XX muitos países buscaram mudanças acerca da assistência prestada às pessoas com doenças mentais, e teve origem o processo de reforma psiquiátrica. No Brasil, esse movimento começou após a década de 1970, configurando uma atuação social, política e jurídica, ensejando na atuação do Estado em ações públicas. Foi baseada na reforma sanitária, movimento que buscava melhorias no setor da saúde, em um contexto de luta contra a ditadura, que resultou na universalização do direito à saúde pela criação do SUS através da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2005, p. 6).

O ano de 1978 é considerado o marco inicial do movimento pelos direitos dos pacientes psiquiátricos. Os movimentos em prol da reforma vieram fundamentados nos horrores praticados contra os portadores de doenças mentais, pela institucionalização da loucura, e os tratamentos médicos bárbaros e desumanos. (BRASIL, 2005, p. 7).

O documentário "Em Nome da Razão" pelo diretor Helvécio Ratton de 1979, mostra a realidade sofrida pelos internados no Hospital Colônia de Barbacena. Dessarte, através dos muros do hospital separa-se a loucura da razão, da enfadonha normalidade. E assim como a

loucura é considerada uma doença, e institucionalizada, todas as características aprazíveis pelas massas são unidas à loucura e excluídas pelas barreiras dos manicômios.

Conforme o documentário, dentro dos hospitais psiquiátricos da época, haviam esquizofrênicos, portadores de distúrbios mentais, homossexuais, alcoólicos, usuários de tóxicos, os causadores de desordem, e qualquer um que causasse problemas à sociedade. Dentre as crianças e os idosos, todos aqueles que foram largados pelas famílias ou recolhidos pelo Estado, se viam presos em celas frias e insalubres sem condição de retorno ao convívio social. E mesmo após a cessação da incapacidade que ensejou seu exílio, eles permaneciam esquecidos e abandonados, deixados para morrer dentro da instituição.

Conhecido como o holocausto brasileiro (ARBEX, 2013, p. 32), os pacientes psiquiátricos sofreram os horrores da guerra dentro de uma sociedade civil em situação de paz. Tratados como os inimigos da nação, foram taxados como ‘os outros’ e excluídos da sociedade, presos e controlados. Através de uma medicina de 'frankenstein', foram eletrocutados, lobotomizados, segurados em camisas de força, e medicados para serem imobilizados. Desprovidos de qualquer direito humano, os taxados como doentes mentais sofreram o significado mais desumano da perda da liberdade em um contrato social.

Diante disso, surge o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM) construindo uma crítica ao modelo hospitalocêntrico, inspirado pela experiência italiana de desinstitucionalização da psiquiatria, baseado na possibilidade de rompimento deste sistema. Em 1987, o II Congresso Nacional do MTSM adota o lema “por uma sociedade sem manicômios”, e acontece a I Conferência Nacional de Saúde Mental. Nasce o primeiro CAPS no Brasil em São Paulo, e em 1989 se inicia o processo de intervenção na casa de saúde de Anchieta. São implantados Núcleos de Atenção Psicossocial (NAPS) no município de Santos, que passa a ser um marco na reforma psiquiátrica. Ainda neste ano, o projeto de lei que propõe a regulamentação dos direitos da pessoa com transtornos mentais e a extinção progressiva dos manicômios no país, entra no Congresso Nacional. (BRASIL, 2005. p. 7).

2.3 A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTOS DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88

É no final da década de 1980 que o movimento pela reforma psiquiátrica se distancia da reforma sanitária, que apesar de ter se originado dela, passa a voltar-se para a desinstitucionalização da loucura. Há a necessidade de mudança de diversos paradigmas sedimentados pela medicina tradicional, como a nova consideração de “muitos corpos”, pelos quais somos formados, sejam dimensões psicológicas, sociais, materiais, culturais, biológicas,

que devem ser considerados de forma una. (BASAGLIA, 2010, apud FARINHA, BRAGA, 2018, p. 7).

Em 1990, o Brasil assina a Declaração de Caracas, documento em prol da saúde mental pan-americana, e em 1992 ocorre a II Conferência Nacional de Saúde Mental, que marca a potencialização da reforma psiquiátrica. Temos como protagonistas desse processo o SUS, o CAPS, os trabalhadores em saúde, usuários desses serviços e seus familiares. Embora tenha sido nessa época que esses serviços foram criados, vemos na década de 90 uma contradição entre as diretrizes previstas e o que foi efetivado. (BRASIL, 2005, p. 8).

Por pressão do setor privado, o governo federal ainda repassava a maioria de seus recursos do Ministério da Saúde aos hospitais psiquiátricos, e as normas de fiscalização não previam mecanismos sistemáticos para a redução de leitos. (BRASIL, 2005, p. 8).

É neste contexto que, doutrinariamente, houveram avanços. O termo “doença mental” deixa de ser usado. A palavra doença foi trazida para configurar a loucura, quando esta era vista culturalmente como uma parte estragada da sociedade. Doença, na etimologia da palavra, vem do latim *dolentia*, que pode ser traduzido como ‘dor’, e é trazido pelo dicionário como uma alteração biológica do estado de saúde de um ser, enfermidade, mal, moléstia, (OXFORD LANGUAGES, c2022), significando qualquer desvio do estado normal. Ainda, há críticas para o termo ‘mental’, pois, para Farinha e Braga (2018, p. 7), os termos saúde mental/doença mental:

> promovem a separação entre corpo e mente, como se o surto dissesse respeito apenas à "mente", seja ela compreendida como consciência ou mera atividade cerebral. Tais termos tendem a desconsiderar o fenômeno multidimensional implicado na loucura, excluindo elementos sociais e mesmo psicológicos.

Mudanças mais significativas são vistas apenas no século XXI. A lei 10.216 de 2001 dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, e redirecionou o modelo assistencial em saúde mental. Sancionada após 12 anos tramitando no Congresso Nacional, prevendo a criação de oficinas de trabalho protegidas e projetos de reinserção social. Apesar de ser um novo impulso para a reforma, ela não institui mecanismos claros para o processo de extinção dos manicômios. Neste mesmo ano ocorre a III Conferência Nacional de Saúde Mental, através da qual a política de saúde mental pelo governo federal passa a ganhar visibilidade. (BRASIL, 2005, p. 8-9).

O programa “De Volta Para Casa" impulsiona o processo de desinstitucionalização das pessoas internadas. Trata-se de uma política proposta pelo Ministério da Saúde em 2003, de reintegração social das pessoas acometidas por transtornos mentais, egressas de longas

internações, a partir de critérios pela lei 10.708/03, e portaria GM 106/2000, instituindo residências terapêuticas. Esse programa visava reverter o modelo concentrado na referência à internações em hospitais especializados, por um modelo de base comunitária, através de uma rede ampla e diversificada de recursos assistenciais e de cuidado, pelo exercício pleno dos direitos civis, políticos e de cidadania. (BRASIL, 2003, p. 17).

Em 2004, ocorreu o primeiro Congresso Brasileiro de Centros de Atenção Psicossocial, em São Paulo, reunindo os membros do CAPS. Os Centros de Atenção Psicossocial, são serviços de saúde comunitários que atendem pessoas com sofrimento psíquico, juntamente com usuários de álcool e outras drogas. Apesar de seu surgimento ter possibilitado a construção de uma rede de cuidados que substituísse os hospitais psiquiátricos, seu processo de expansão foi desde logo prejudicado, e as normatizações pelo Ministério da Saúde não previam uma linha de financiamento. (BRASIL, 2005, p. 31).

2.4 A REFORMA PSIQUIÁTRICA NA ATUALIDADE E O DESMONTE DAS POLÍTICAS ANTIMANICOMIAIS EM RETROCESSO SOCIAL

A partir do século XXI, iniciou-se um processo de desinstitucionalização dos com transtornos psíquicos através da redução de leitos em hospitais psiquiátricos. Ocorre que, após mais de 30 anos de luta por uma sociedade sem manicômios, por um tratamento humanizado, um processo de “volta para casa”, fim das torturas e internações, através do fortalecimento de uma base comunitária, vemos um processo de desmonte de todos esses avanços conquistados com a reforma psiquiátrica. (CRUZ et al. 2020, p. 2).

Lançada em 2019, a nota técnica 11/2019-CGMAD/DAPES/SAS/MS, intitulada de ‘nova política nacional de saúde mental”, vem a transformar toda a realidade alcançada pela comunidade psiquiátrica. A nova lei, promove a separação do tratamento dos usuários de álcool e drogas, que deverão ser regulados por lei própria. A nova política trata sobre o processo de internação das pessoas com transtornos mentais, incluindo crianças e jovens, arguindo pela juridicidade desse ato. Versa sobre a existência dos ambulatórios, de forma que o Ministério da Saúde não deve fechá-los, mas influenciar o seu aumento, sob o argumento que estes não concorrem com o CAPS. (CRUZ, em al. 2020, p. 3).

As novas políticas citadas, contrariam as leis 8.080/90, 8.142/90 e 10.216/2001, a Constituição Federal e o pacto internacional de direitos civis e políticos, as recomendações do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho Nacional de Direitos Humanos. Neste sentido, é notável a ação civil pública impetrada pela Defensoria Pública. (Brasil, 2019).

Nesta ação, a Defensoria alegou que a nova lei é um incentivo aos hospitais psiquiátricos, e que tal medida é um retrocesso para a sociedade. Traz a nota de repúdio do MPF, que sustenta a contradição do dever do Estado de garantir a ampliação da rede extra-hospitalar e inclusão, pela possibilidade de práticas violadoras dos direitos das pessoas com transtornos mentais. Assim determina: "Para a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, é ilegal tanto a ampliação do financiamento desses estabelecimentos quanto o corte de investimentos nos chamados serviços extra-hospitalares". (2019, p. 3). Nos pedidos, a defensoria pugna pela nulidade, por terem vícios insanáveis, das resoluções: CIT n.º 32/ 2017; CONAD n.º 1/ 2018; CIT n.º 35/2018; CIT n.º 36/2018. E das portarias: GM/MS nº 3.588/2017; Interministerial n.º 2/2017; GM/MS n.º 2663/2017; GM/MS n.º 1315/2018; SAS/MS 544/2018; GM/MS n.º 2.434/2018.

3 CONCLUSÃO

Segundo a teoria do sociólogo Émile Durkheim (1895), a sociedade é formada por fatos sociais, e tudo aquilo que contradiz esses fatos sofre coerção. Seguindo uma linha de raciocínio através da filosofia, a partir do racionalismo de Descartes (1596-1650), houve a separação entre o que é considerado normal (fato social) e loucura, logo, a loucura é oprimida pela coerção social, e tratada com o remédio da exclusão. (FARINHA, BRAGA, 2018, p. 2).

Analogicamente, podemos perceber essa premissa de divisão da sociedade normal daquilo que é considerado errado, pelo direito penal do inimigo de Günther Jakobs (1985), jurista alemão, que pela teoria da imputação objetiva, existiriam alguns criminosos que não fariam parte da sociedade, e sim seriam inimigos do estado, e deveriam ser tratados pela exclusão.

É possível afirmar, que a medicina ainda é embrionária no que tange ao estudo dos transtornos mentais, e isso ocorre, conforme Foucault (1961, IV), por uma questão de cultura da sociedade, que exclui aquilo que considera errado. Através disso, se depreende o entendimento de que a sociedade aspira por uma realidade autônoma e singular, onde seja possível viver sob o manto do desconhecimento, pela felicidade ignorante, e não seja preciso reconhecer as problemáticas sociais e lidar com elas.

Alguns transtornos, como a esquizofrenia, são extremamente recentes, e não existe material científico suficiente para um tratamento adequado, e muito menos uma relação jurídica efetiva para seus portadores. Por mais que a medicina tenha avançado com a reforma psiquiátrica, e venha a ter se debruçado sobre as questões da mente, o objetivo ainda continua

errôneo. Pois veja, aqueles que possuem sofrimento psíquico ainda são vistos socialmente como “os outros”, e a ciência e a jurisdição, não são estabelecidas em prol destes, pelo contrário, são feitas para proteger o resto da sociedade deles, em razão da sua “periculosidade”. (TILIO, 2007, p. 8).

Neste sentido, os medicamentos, as medidas, as instituições, por mais que estejam plantadas pela reinserção social, o objetivo finalístico é sempre em benefício da normalidade. Dessa forma, os remédios não são para curar/tratar, ou buscar qualidade de vida aos com transtornos mentais, mas para segurá-los, contê-los, e manter a sociedade a salvo. E mesmo que os métodos tenham mudado, e estejam hoje em conformidade com os direitos humanos, o núcleo finalístico continua o mesmo. (TILIO, 2007, p. 6-7).

Outrossim, as novas políticas de saúde mental se configuram como um total retrocesso a todas as conquistas expostas nesta pesquisa, e se traduzem como um completo perigo jurídico às pessoas com transtornos mentais. É inadmissível, que na sociedade atual volte a legalidade os hospitais psiquiátricos, e a internação progressiva de crianças, e jovens, em manicômios. Essa política vai contra tudo que a Constituição Federal, pactos internacionais, e leis extravagantes conquistaram. (CRUZ et al. 2020, p. 11).

O marco inicial dessa política, foi a resolução 32 da CIT, estabelecendo novas diretrizes para a RAPS, trazendo pela primeira vez o hospital psiquiátrico como parte integrante da rede comunitária, e prevendo um financiamento maior a ele. Essa nova orientação retrocede aos paradigmas anteriores à reforma, com características hospitalar/asilar. (CRUZ et al 2020, p. 7).

Manipulada pela carapuça de benefício, o CAPSad IV (centro de atendimento psicossocial, álcool e outras drogas) se configura como um pequeno hospital psiquiátrico, com a presença de leitos, voltado à internação forçada por meio do recolhimento compulsório dessas pessoas. Despendendo um enorme gasto público, essa medida coloca até mesmo em risco o funcionamento do SUS. (CRUZ, et al, 2020, p. 9).

É evidente o perigo iminente, que vem se configurando nos últimos anos acerca das novas políticas de saúde mental, e notável se faz as propostas do Ministério da Saúde para o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), de revogação de portarias editadas de 1991 a 2014. O governo de Jair Bolsonaro, em 2020, durante a pandemia do Covid-19 e recesso do Congresso Nacional, preparou um “revogaço” de mais de 100 portarias, ameaçando diversos programas e serviços de saúde. Os senadores, demais parlamentares, e sociedade civil, criticam veemente essa proposta. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020, p. 1).

A revogação encerraria com (i) as equipes de consultório de rua; (ii) o serviço residencial terapêutico; (iii) o programa de volta para casa; programas que fazem parte da reestruturação da assistência psiquiátrica hospitalar no SUS. Assim como, afetaria os CAPS, que apenas fariam reabilitação e não mais o atendimento psiquiátrico, e extinguiria o CAPS voltado a usuários de álcool e outras drogas. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020, p. 1).

Erika Kokay, (2020, p. 1), representante da frente parlamentar afirma, em suas redes sociais, que:

> o governo açoita a Constituição, usurpa o papel do Congresso e desconstrói a legislação brasileira, além de trazer de volta o holocausto dos hospícios e manicômios. O Ministério da Saúde agora financia choques elétricos e leitos psiquiátricos, hospício cronifica a doença e priva o paciente do convívio com as pessoas. A liberdade é terapêutica.

Portanto, apesar de todos os avanços, é possível afirmar que os direitos humanos sempre estarão em risco diante de maiorias eventuais e novos paradigmas. Não é aceitável que a sociedade venha retroagir acerca dos direitos de saúde mental, conquistados diante dos horrores praticados com as pessoas com transtornos psíquicos. Cabe ao mundo jurídico garantir a existência do direito material, sua efetivação processual, e possibilitar políticas públicas que permitam avanço científico dos transtornos mentais, e viabilizar a inserção social desses indivíduos, garantindo-lhes uma experiência de vida humana e confortável. Pois, conforme Tilio (2007, p. 12), "só dessa maneira os acometidos poderão ser vistos não como estigmatizados e deficitários, mas como portadores de subjetividade e direitos inalienáveis."

4 REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU, 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 217, III, Paris. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº591, de 1992. **Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais**.1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994 /d0591.htm>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil**. 1988. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 maio 2022.

EM NOME DA RAZÃO. Direção: Helvécio Ratton. Produção do Grupo Novo de Cinema e TV. Brasil, 1979. YouTube.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito à saúde**. ScieloBrasil,1988.Disponível em: <https: //www.scielo.br/j/rsp/a/jSj9cfJhsNcjyBfG3xDbyfN/?lang=pt>. Acesso em: 17 maio 2022.

FOUCAULT, M. **Folie et Déraison. Histoire de la Folie ŕ l'âge Classique.** Paris: Plon.1961

BASAGLIA, F. (2010). **Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica**. Organização: Paulo Amarante. (J. A. d'Á. Melo Trad.). Rio de Janeiro: Garamond.

NETO, André de Farias Pereira. **Foucault, Derrida, e a História da Loucura: notas sobre uma polêmica**. Scielo Brasil, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/PFxVJ5WygQNFfyY59DntSDJ/?lang=pt>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. 2005. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf>. Acesso em: 19 maio 2022.

FARINHA, Marciana G. BRAGA, Tatiana B. M.. **Sistema único de saúde e a reforma psiquiátrica: desafios e perspectivas**. 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-68672018000300009>. Acesso em: 19 maio 2022.

ZOUEIN, Luís H. L. **Em que consistem e quais as gerações dos direitos fundamentais**. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 19 maio 2022.

TILIO, Rafael de. **A querela dos direitos: loucos, doentes mentais e portadores de transtornos e sofrimentos mentais.** 2007. Disponível em:<https://www.scielo.br /j/paidei/a/sTG9pzZ4kwGpj6W3XkdS59x/?lang=pt>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **de volta para casa manual do programa**. 2003. Disponível em:<https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Manual_PVC.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

Doença, in:**OXFORD LANGUAGES**, 2022. Disponível em: <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Defensoria Pública da União de 2ª Categoria no Distrito Federal /DF. **Ação civil pública em face da união**. Disponível em: <https://sei.dpu.def.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=8133&cv=2341243&crc=C329C6B9>. Acesso em: 22 maio 2022.

CRUZ, Nelson F.. GONÇALVES, Renata W. DELGADO, Pedro G. **Retrocesso da reforma psiquiátrica: o desmonte da política nacional de saúde mental brasileira de 2016 a 2019**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/j6rLVysBzMQYyFxZ6hgQqBH/?lang=pt>. Acesso em: 22 maio 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão de Direitos Humanos e Minorias**. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/nao-e-fake-news-parlamentares-e-sociedade-civil-criticam-201crevogaco201d-de-portarias-da-politica-de-saude-mental-do-ministerio-da-saude>. Acesso em: 23 maio 2022.

DURKHEIN, EMILE. **As Regras do Método Sociológico**. 3. ed. Traduzido por Paulo Neves. SãoPaulo: Martin Fontes, 2007.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (orgs.). Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. 1.ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

O DIREITO TRABALHISTA E OS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS NO BRASIL

Eduarda Tainá Kloeckner[1]
Thiago Peres Licker[2]
Marcele Rogério[3]

Resumo: O tema dos imigrantes indocumentados tem como objetivo defender a concessão de direitos trabalhistas à relação empregatícia da qual faz parte um imigrante em situação irregular no Brasil. Esses indivíduos, muitas vezes, celebram vínculos empregatícios em que são submetidos a exaustivas jornadas de trabalho, a condições desumanas, e recebem baixíssimos salários. Em face da situação migratória, os direitos trabalhistas não são conferidos. Assim sendo, serão analisados os principais dispositivos jurídicos, tanto internacionais como nacionais, que versam sobre direitos de imigrantes, mormente no que toca aos indocumentados e ao trabalho por eles prestado. Após, será feita uma breve explanação do contexto histórico sobre o aumento da imigração indocumentada e o direito do trabalho. O trabalho foi desenvolvido mediante método dedutivo, com procedimento de pesquisas bibliográficas, através de livros, artigos acadêmicos e documentos específicos sobre a temática das imigrações e do tratamento jurídico conferido ao trabalho prestado por imigrante irregular no Brasil.

Palavras-chave: Indocumentados. Imigração. Trabalho.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não há de se falar em história humana sem falar de movimentos migratórios. É um fenômeno que apesar de tão antigo, o tema das migrações é, ao mesmo tempo, atual. Muito antes de que os Estados fossem contornados por suas fronteiras territoriais, o homem já se deslocava procurando melhores condições de vida e, ainda, está em contínuo crescimento.

Vive-se hoje num mundo globalizado e tecnológico, porém ele também é desigual. Isto é, as legislações nacionais migratórias se caracterizam pela seletividade, abrem as suas fronteiras apenas para os estrangeiros com qualificação profissional, ou seja, que se adequam aos interesses do país.

Por isso, a fuga das situações de pobreza que assolam determinadas regiões direcionam os fluxos migratórios para os países desenvolvidos ou em desenvolvimento, onde há maiores oportunidades de trabalho e condições dignas de vida. Entretanto, esse

---

[1] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[3] Professor de Direito Internacional Privado do Curso de Direito da Setrem.

tipo de migração é realizada por pessoas que não se enquadram nas exigências migratórias dos países.

No Brasil, como disposto na Lei 13.445/2017, regula os direitos e deveres do migrante no Brasil, onde, em específico, no Capítulo I, seção II, trata dos princípios e garantias. Ainda nesta referida lei, a luz do art. 3º, XI dipõe que:

> Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: [...] XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; (BRASIL, 2017).

Como vislumbrado acima, onde um Estado que dá tantas garantias ao migrante, que tem um cenário igualitário no tocante à moradia e ao trabalho, por exemplo, há uma certa preferência do migrante escolher onde desejar migrar.

Neste artigo, apresenta-se um panorama da questão migratória em âmbito global. Após, analisa-se especificamente a imigração no Brasil. Nesse propósito, foi realizada uma breve evolução histórica, destacando-se os trabalhadores imigrantes.

Dessa forma, o presente estudo tem como finalidade demonstrar que, em face dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, não se pode conceber que a situação imigratória irregular se sobreponha à condição humana do imigrante indocumentado, é imprescindível que lhes seja conferida proteção justrabalhista.

A pesquisa por ora explanada, foi realizada através de leis, estudos bibliográficos para o melhor entendimento sobre o referido assunto, onde o método de abordagem é o dedutivo e hipotético.

2 DESENVOLVIMENTO

Podemos ver a importância dos imigrantes quando olhamos para a formação da população brasileira. Várias fisionomias marcadas por traços de diferentes povos, de diferentes costumes e de diversos lugares do mundo que aqui chegaram com o intuito de uma vida nova. Nos termos de Lopes, “a história do Brasil pode ser contada a partir das migrações”. (LOPES, 2009, p. 275).

Por outro lado, a burocracia imperial, preocupada com o retrato social e cultural do país, pretendia utilizar a imigração como um mecanismo para formar uma civilização, o que seria alcançado com o "branqueamento" da população. Lacerda Werneck afirma que nós construímos um povo, uma nacionalidade, cujo futuro dependerá das raças que lhe serão incorporadas, da natureza da civilização que o influenciará. (WERNECK, 1865).

Assim sendo, vê-se que além da supressão da falta da mão de obra nas lavouras de café, como uma alternativa à pretensão da burocracia imperial e aliada à intenção de branquear a população brasileira, na Europa também havia um fator que motivava a emigração: a crise agrícola decorrente dos novos processos de industrialização, e a consequente pobreza dos excluídos.

Dessa forma, em meados do século XIX, por pressão inglesa, a qual queria o fim da escravidão, quando a primeira grande leva de imigrantes chegaram ao território brasileiro foi promulgada a Lei Eusébio de Queiros, que estabelecia medidas para a repressão do tráfico de africanos no Império. (COSTA; MELLO, 2006)

Os africanos que já viviam em terras brasileiras ainda eram escravizados, no entanto, em pleno auge da produção cafeeira, o fim do comércio internacional de escravos resultou na escassez da mão de obra nas lavouras e, assim, a solução para essa carência apoiou-se no incentivo à imigração. (COSTA; MELLO, 2006).

Contudo, a questão que se debatia na época era de onde viriam os imigrantes. Para os fazendeiros, decididos em solidificar a grande propriedade e o negócio cafeeiro, o que importava era a chegada de trabalhadores, de qualquer lugar do mundo, para substituir os escravos. (ALENCASTRO; RENAUX, 2002).

Dessa forma, incentivos foram concedidos aos europeus para que viessem morar no Brasil. Em meados do século XIX, milhares de estrangeiros chegaram ao país para trabalhar nas lavouras cafeeiras. Mais tarde, já no início do século XX, devido ao processo de urbanização e industrialização, os imigrantes também passaram a trabalhar nas fábricas dos grandes centros. (COSTA, 2006).

Nas primeiras décadas do século XX, houve uma política imigratória incentivadora de fluxos, que ocorreu com a chegada de europeus no Brasil. Eram concedidos benefícios aos imigrantes para atraí-los. Sem contar que o governo pagava prêmios aos proprietários de terra, os quais se comprometiam a doar os lotes reservados para a moradia, bem como se responsabilizavam pela subsistência dos imigrantes nos primeiros nove meses de estada no país. (LOPES, 2009).

Além disso, destaca-se que, apesar de existirem políticas voltadas ao estímulo da imigração europeia, houve uma precariedade da recepção e da inserção dos imigrantes no Brasil, sem mencionar as recorrentes situações de superexploração do trabalho. (NICOLI, 2011, p. 75). Diante disso, percebe-se que as propagandas que sustentavam que os europeus encontrariam trabalho e oportunidades, não passaram de meras promessas.

No decorrer do século XX, começou-se uma modificação no tratamento dos imigrantes, isso porque começou-se o processo de urbanização e industrialização, nascendo um novo cenário caracterizado pela presença de indivíduos a sustentar as exigências de produção do capitalismo industrial. (NICOLI, 2011).

Trabalhadores imigrantes, agora empregados nas fábricas dos centros urbanos, tornavam-se cada vez mais numerosos. Diante dessa conjuntura social, a relação entre capital industrial e proletariado começa a desencadear sinais de fragilidade e divergência e, em consequência, despontam, os movimentos operários por melhores condições de trabalho. (DELGADO, 2011).

E, por conta da expressiva mão de obra de imigrantes europeus nas indústrias da época, a efervescência reivindicatória era por eles semeada. Através das ideias do velho mundo, multiplicavam-se as lutas do operariado no Brasil. (DELGADO, 2012).

Assim afirma que:

> [...] formou-se, no período, uma imprensa operária ativa, que foi fator fundamental para a difusão das ideias que agregavam os trabalhadores urbanos, em grande medida orquestrados por imigrantes europeus. E, apesar dos inúmeros percalços, é certo que ali se esboçava uma cultura operária que viria a cimentar o associativismo e a solidariedade de classe, que marcariam o futuro do sindicalismo brasileiro. (NICOLI, 2011, p.76).

Através dos movimentos reivindicatórios, dessa forma, torna-se notória a importância dos imigrantes na institucionalização do trabalho brasileiro. É através dessa coletividade de trabalhadores que surgem, mesmo que de forma assistemática, algumas normas justrabalhistas, as quais tratavam de regulamentações como a criação de sindicatos e a concessão de certos benefícios aos trabalhadores. (DELGADO, 2012).

Em meados de 1930, Getúlio Vargas chegou à presidência da República e promulgou dispositivos em defesa do trabalhador nacional, pois, para ele, os trabalhadores brasileiros deveriam ser protegidos. (MARTINS, 2014). Isso ficou como

uma forma de repressão à chegada de novos imigrantes, pois foram criadas medidas para beneficiar apenas o trabalho pátrio.

Além das ideias revolucionárias dos imigrantes operários, o receio de instabilidades internas também catalisou o endurecimento da questão migratória no país. A Constituição Federal de 1934 trouxe novos regulamentos para limitar a entrada de imigrantes. Isso porque os governantes começaram a sentir medo de que núcleos de imigrantes pudessem originar economia, cultura e política próprias paralelas às do governo nacional. (LOPES, 2009).

Nesse sentido, o artigo 121, §6º e §7º, da Constituição Federal de 1934 preceitua que:

> Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. [...] § 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos. § 7º - É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena. (BRASIL, 1934).

Da mesma forma, o Decreto Lei 406 de 1938, conhecido como o primeiro Estatuto do Estrangeiro, trouxe também dispositivos restritivos ao trabalho e à fixação de imigrantes. Como exemplo, ressaltam-se os seguintes artigos:

> Art. 39. Nenhum núcleo colonial, centro agrícola ou Colônia, será constituído por estrangeiro de uma só nacionalidade. [...] Art. 41. Nos núcleos, centros ou colônias, quaisquer escalas, oficiais ou particulares, serão sempre regidas por brasileiros natos. Art. 42. Nenhum núcleo, centro ou colônia, ou estabelecimento de comércio ou indústria ou associação neles existentes, poderá ter denominação em idioma estrangeiro. Assim, percebe-se o enrijecimento da política brasileira para as imigrações. As facilidades concedidas pelo governo para que os europeus fossem atraídos para o país foram substituídas por medidas limitativas. (1938, *online*).

Após a Segunda Guerra Mundial, o Brasil voltou a estimular a imigração, mas, novamente, a de europeus. (LOPES, 2009). O que pode ser demonstrado no artigo 2º do Decreto nº 7.967 de 1945, que veio a ser o segundo Estatuto do Estrangeiro: "atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia, assim como a defesa do trabalhador nacional". (1945, *online*).

Contudo, esse foi o último período de significativo movimento migratório do país. O atual Estatuto do Estrangeiro foi promulgado, isto porque o Brasil estava vivenciando a ditadura militar. A imigração estava em baixa, porque diante da conjuntura bipolar mundial o fluxo de pessoas não era muito incentivado por receio de ideologias políticas divergentes. (LOPES, 2009).

O seu texto normativo refletiu a conjuntura política do momento em que foi editado, já que é caracterizado pelo cunho restritivo e pela ausência de tutela aos Direitos Humanos. Ademais, trata-se de norma seletiva, uma vez que os vistos para o trabalho devem ser preferencialmente concedidos àqueles que possuem qualificação profissional. (DELGADO, 2011).

Assim, a imigração foi reprimida e os índices de estrangeiros que chegavam caíram consideravelmente. Aliás, o Brasil passou a ser, inclusive, um país de emigração. Havia mais brasileiros que saiam em direção a outros lugares, do que imigrantes que entravam no Brasil. (COSTA, 2006).

Contudo, em face da estabilidade econômica conquistada no início do século XXI, esse panorama começou a mudar e, mais uma vez em sua história, o Brasil se tornou um país de imigração. Mas, o ciclo de imigrantes que se destinam ao país é bastante diferente. Todavia, sublinha-se que há uma peculiaridade no fluxo de imigrantes que aqui se estabelecem, pois:

> [...] diferentemente dos fluxos imigratórios do século XIX e princípios do século XX, em que os imigrantes originários do norte global eram incentivados e financiados pelo governo brasileiro porque tinham a função de ―ocupar‖ territórios e de ―branquear‖ o país, na atualidade o mercado de trabalho brasileiro vem recebendo também imigrantes provenientes do hemisfério sul. (CAVALCANTI, 2015, p. 37).

Assim, a motivação dessa nova fase migratória vincula-se ao desenvolvimento social e econômico do país e seu posicionamento geopolítico, principalmente pelo fato de que a crise econômica mundial de 2007 não afetou de maneira tão prejudicial os países emergentes, se comparado aos efeitos que ocasionou àqueles já desenvolvidos. (CAVALCANTI, 2015).

Além disso, com o temor de que italianos, russos ou estrangeiros de outra nacionalidade trouxessem pensamentos comunistas, os militares não faziam questão da chegada de novos imigrantes ao país. O país passou a ser visto como fechado para os

fluxos migratórios, a partir da revelação pela soberania da desconstitucionalização da questão imigratória. (LOPES, 2009).

Nesse encalço, destaca-se que nos últimos anos cresceu o fluxo de estrangeiros com vínculo formal de trabalho no Brasil, aumentou em 50,9% (cinquenta vírgula nove por cento) no país até 2019. Isto deu-se em vista da lei de migração, que proporcionou uma maior facilidade para o migrante, tendo em vista os direitos e deveres elencados no art. 3º da Lei 13.445/2017. Em 2021 o governo federal publicou uma portaria que restringe a entrada de estrangeiros no Brasil. A medida visa frear a disseminação do coronavírus e suas novas variantes, diminuindo, novamente, o fluxo de imigrantes. (OBMigra, 2020).

Diante disso, as oportunidades de ingressar no país de forma legal para trabalhar só se torna possível para um pequeno grupo de pessoas, visto que os fluxos imigratórios que se destinam ao Brasil são de pessoas provenientes de países ainda menos desenvolvidos marcados pela pobreza. (FAZITO, 2008).

Por isso, segundo Fazito, diante de uma rígida e seletiva política imigratória, a consequência imediata é ampliação do fosso de desigualdades e a proliferação dos movimentos clandestinos . Assim, a imigração irregular emerge como uma possibilidade de se entrar e se estabelecer no país. (FAZITO, 2008).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, diante das dificuldades de se ingressar no país regularmente, a consequência imediata é a proliferação dos movimentos clandestinos. A imigração irregular ocorre, na maioria das vezes, na região norte do país, onde há dificuldade de fiscalização, devido à extensão e a densidade da floresta Amazônica.

Após entrarem no território brasileiro, os imigrantes se dirigem às grandes cidades à procura de emprego, ou são levados, quando vítimas de tráfico de pessoas, para trabalhar em lugares já determinados por aliciadores.

No entanto, enquanto uma nova legislação não é aprovada, permanece o desamparo normativo quanto à tutela dos direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados.

O desempenho de atividade laboral por imigrante em situação irregular no Brasil é vedada por lei, uma vez que só podem estabelecer vínculo empregatício no país os estrangeiros que tiverem o visto que lhe permitam tal exercício, sendo, portanto,

trabalho proibido. Nesse sentido, a condição migratória não macula o objeto do contrato empregatício com ilicitude penal, mas apenas com irregularidade formal.

Contudo, a invisibilidade pública decorrente da situação migratória irregular é fator propício para a exploração laboral desses indivíduos, por isso, muitas vezes, são submetidos a condições de trabalho insalubres, inseguras e indignas, incluindo jornadas exaustivas, além de receberem baixíssimos salários.

Dessa forma, pode-se observar que a proteção justrabalhista ao imigrante não documentado, embora não seja unânime, é a orientação que deve prevalecer, uma vez que é o entendimento que guarda sintonia com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Até mesmo porque, se não for reconhecida a obrigação de empregadores em cumprir com os deveres trabalhistas decorrentes de relação de emprego na qual faz parte um imigrante irregular, estar-se-ia diante de uma medida incentivadora de movimentos migratórios clandestinos e trabalhos irregulares.

Isso porque, ao se limitar a obrigação ao pagamento de mera compensação remuneratória, a contratação de imigrantes indocumentados representa um negócio lucrativo ao empregador

Dessa forma, conclui-se que reconhecer o vínculo empregatício e conceder aos imigrantes indocumentados direitos trabalhistas decorrentes da atividade desempenhada surge como o mais adequado modo de garantir os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, bem como à fundamental vocação do Direito do Trabalho.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de; RENAUX, Maria Luiza. **Caras e modos dos migrantes e imigrantes**. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe de (Org.). História da vida privada no Brasil 2: Império: a corte e a modernidade nacional. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 291-335.

BATISTA, Vanessa Oliveira. **O fluxo migratório mundial e o paradigma contemporâneo de segurança migratória**. Revista Versus, v. 3, p.67-78, jan. 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil**. Portaria n° 2.162/2013 25 de julho de 2013 Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/documentos/anteprojeto.pdf. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional De Imigração**. Resolução Normativa nº 80, de 16 de outubro de 2008. Disciplina a concessão de autorização de trabalho para obtenção de visto temporário a estrangeiro com vínculo empregatício no Brasil. Disponível em: http://www.usp.br/drh/novo/legislacao/dou2008/mteresnormativa802008.html. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 406**, de 04 de maio de 1938. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-406-4-maio-1938-348724-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 7.967,** de 18 de setembro de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7967.htm. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.445,** de 24 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 581**, de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM581.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

CÂMARA, Átila Rabelo Tavares da. **Fluxos migratórios para o Brasil no início do século XXI**: respostas institucionais brasileiras. 2014. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

CAVALCANTI, Leonardo. **Imigração e mercado de trabalho no Brasil**: Características e tendências. Cadernos Obmigra, v.1, n.2, Brasília, p.35-47, 2015.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; FURTADO, A; DICK, P; QUINTINO, F; MACEDO, M. **Acompanhamento de fluxo e empregabilidade dos imigrantes no Brasil**: Relatório Mensal do OBMigra Ano 1, Número 4, abril de 2020/ Observatório das Migrações Internacionais; Brasília, DF: OBMigra, 2020.

COSTA, Luís Cesar Amad. **História do Brasil**. 11. ed. São Paulo: Scipione, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 1, n. 2, p.11-39, jul. 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direitos humanos dos trabalhadores**: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. Revista Tst, Brasília, v. 77, n. 3, p.59-76, jul. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012. 1488 p.

FAZITO, D. & RIOS-NETO, E.L.G., "**Emigração internacional de brasileiros para os Estados Unidos**: as redes sociais e o papel de intermediação nos deslocamentos exercido pelas agências de turismo". In: R. bras. Est. Pop., São Paulo, v. 25, n. 2, pp. 305-323, jul./dez. 2008.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de Imigração**: O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. 680 p.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **O direito a não discriminação dos estrangeiros**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, v. 11, n. 37, p.37-61, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 305 p.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante do direito brasileiro**. São Paulo: Ltr, 2011a. 173 p.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **As sanções do Estatuto do Estrangeiro brasileiro e a abordagem baseada em direitos da OIT**. Revista de Direito Brasileira, v. 1, n. 1, p.363- 381, jul. 2011b.

WERNECK, Luís Peixoto de Lacerda. **Princípios Gerais que Regem a População**. 2. ed. Rio de Janeiro: Casa dos Editores, 1865.

OS REFLEXOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nathália Fin[1]
Marcele Scapin Rogerio[2]

Resumo: O presente artigo aborda uma breve explicação sobre a evolução do conceito de refugiado. Para isso, foram observados instrumentos internacionais e nacionais acerca da temática, como também, as políticas públicas de um modo genérico, a fim de verificar a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, foram observadas algumas informações importantes ao que diz respeito à Lei dos Refugiados no Brasil e a criação do CONARE, verificando a atuação do governo brasileiro junto ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). Considerando que a temática tem sido amplamente debatida nas mídias mundiais, e, que se trata de vidas humanas, assunto complexo e de muita importância, surgiu o interesse pelo tema. Sendo assim, a pesquisa se sustenta no método bibliográfico, utilizando-se de leis e doutrinas.

Palavras-chave: Refugiados. Historicidade. Condição Jurídica.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A mobilidade humana é um fato histórico, desde os primórdios os seres costumavam se deslocar livremente em busca de alimento, por conta do clima, ou quando os recursos do local em que se encontravam ficavam escassos.

Porém, o desenvolvimento da temática de proteção aos Refugiados ganhou notoriedade somente a partir da Primeira Guerra Mundial, momento no qual as pessoas estavam horrorizadas com as situações vivenciadas e se viram obrigadas a fugir do local onde residiam por receio de perder a própria vida.

Diante desse cenário, tornou-se necessária a criação de instrumentos que pudessem amparar estes indivíduos que tiveram de realizar um deslocamento forçado. Foi então que surgiu o Direito Internacional dos Refugiados, instrumento que propiciou proteção às pessoas que foram obrigadas a fugirem do local onde residiam com temor de perder a própria vida, a segurança, e a liberdade em decorrência de guerras, perseguições, discriminações, intolerâncias políticas de seu país de origem.

Considerando que a temática tem sido amplamente debatida nas mídias mundiais, e, que se trata de vidas humanas, assunto complexo e de muita importância, surgiu o interesse pelo tema. Sendo assim, o presente artigo aborda uma breve

---

[1] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Professora do Curso de Direito da Setrem.

explicação sobre a evolução do conceito de refugiado. À vista disso, a pesquisa se sustenta no método bibliográfico, utilizando-se de leis e doutrinas.

2. CONCEITO DE REFUGIADO: um breve apanhado histórico

A evolução do conceito de refugiado advém de razões históricas, sociológicas e políticas. Portanto, para entender o conceito jurídico de refugiado, é necessário compreender os diferentes marcos históricos em que ele se fundou (CONRADO, 2021).

Para Louise Enriconi (2017, online), "os séculos XIV e XV foram decisivos para uma mudança no padrão migratório: foi a época das "grandes descobertas" pelos países europeus", ou seja, as Américas, a África e partes da Ásia foram tomadas por migrantes em busca de povoar essas regiões e, consequentemente, conquistá-las.

Nesse contexto de deslocamento, podem ser citados diversos fatores que serviram de motivação para a prática, tais como, guerras, perseguições religiosas e conflitos dos mais variados tipos.

Nesse sentido, diante da necessidade de proteção, o homem acabava por se deslocar em busca de abrigo e acolhimento, o que na época originou o termo "asilo". Em sua obra Emerson Malheiro, afirma que,

> O asilo político é caracterizado pela recepção de estrangeiro em território nacional, a seu requerimento, sem a exigência das condições regulares para a sua entrada, para impedir a aplicação de sanção ou perseguição no seu Estado de origem em face da sua prática de crime de caráter político ou de natureza ideológica (MALHEIRO, 2022, p. 81).

O termo "asilo" passou por diversas fases no decorrer da história. Foi originado na Grécia Antiga Clássica, chamado de asilo religioso, posteriormente, nasceu o asilo criminal, e depois, o asilo político, o qual foi convencionado na Revolução Francesa em 1789. Somente na segunda metade do Século XX que surge o asilo econômico/social (SANCHES, 2013).

Todavia, apesar de ambos serem institutos com propósitos voltados à proteção de pessoas que sofrem perseguição, o termo "asilo" difere do termo "refúgio". O direito latino-americano entende que o asilo pode ser territorial, quando o indivíduo solicita ao Estado em que se encontra; ou asilo diplomático, concedido pelo Embaixador, permitindo que o asilado saia do país em que se encontra de forma temporária (DOLINGER et al., 2020).

E o status de refugiado, nas palavras de Jacob Dolinger et al.:

> [...] é concedido em razão de efetiva perseguição ou de simples temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, enquanto a condição de asilado exige a efetiva perseguição – não bastando o temor – por crenças, opiniões e filiação política ou delitos políticos. Assim, o conceito de refugiado é mais amplo do que o de asilado (DOLINGER et al., 2020, p. 205).

Nesse sentido, Regina Conrado (2021) entende que foi com o fim da Primeira Guerra Mundial que as bases territoriais da Europa foram alteradas, resultando na migração de muitas pessoas. Esta migração foi quem impulsionou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, juntamente com a Liga das Nações, a pensarem na criação do Alto Comissariado para os Refugiados Russos (ACRR).

Nesta ocasião, o termo "refugiado" já era conhecido e, portanto, conceituado como um indivíduo perseguido em seu estado de origem. No entanto, foi apenas a partir da Segunda Guerra Mundial que o termo passou a ser interpretado de uma forma mais ampla (CONRADO, 2021).

Isso porque as pessoas estavam devastadas com os horrores vivenciados pela guerra, e, a partir destas circunstâncias, a Europa passou a receber um número muito alto de refugiados, sendo necessária, inclusive, a criação de campos de assentamento (CONRADO, 2021).

Em vista disso, Liliana Lyra Jubilut expõe que:

> Foi em face dessa catástrofe humanitária e sob os auspícios da recém fundada Organização das Nações Unidas [ONU] que se estabeleceu uma entidade genuinamente universal para cuidar dos refugiados. Em 1950 instituiu-se o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados [ACNUR], o qual, assim como os organismos que o antecederam, trazia em seu instrumento constitutivo a previsão de uma data para o término de suas atividades, mas que, contrariando tal determinação, perdura como o órgão responsável pela proteção internacional dos refugiados, diante da existência constante – constância percebida pela comunidade internacional – de situações que estimulam, ainda hoje, o surgimento de refugiados, justificando, assim, a sua existência (JUBILUT, 2007, p. 26).

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados tinha como principal objetivo a proteção dos refugiados e, com isso, trabalhou em buscar soluções permanentes e efetivas para eles. Sendo assim, em 1951, criou a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (CONRADO, 2021).

A Convenção de 1951, também conhecida como Convenção de Genebra, foi um marco histórico para o desenvolvimento da temática de refúgio pois foi o primeiro

documento internacional que definiu o conceito de refugiado e estabeleceu seus direitos no mundo, no entanto, possuía uma "limitação temporal", ou seja, só poderia ser aplicada aos refugiados decorrentes de antes de 1951 (RAMOS, 2021).

Com o passar do tempo e a consequente evolução da sociedade, foram surgindo novos conflitos, sendo necessária a criação de novos meios de solução. Diante de tal necessidade, a ONU publica o Protocolo de 1967, o qual extinguiu a limitação temporal estipulada na Convenção de 1951 (SILVA et al., 2021).

Mesmo estando relacionado com a Convenção, o Protocolo é uma ferramenta independente, de forma que a ratificação não é restrita aos Estados signatários da Convenção de 1951. Dessa forma, a Agência da ONU para Refugiados (2022, online), estipula que a Convenção e o Protocolo, "são os meios através dos quais é assegurado que qualquer pessoa, em caso de necessidade, possa exercer o direito de procurar e receber refúgio em outro país.".

Em 1984, com o intuito de aumentar a abrangência de proteção também para países em situações de grave descumprimento de direitos humanos, foi criada a Declaração de Cartagena. Segundo Barreto et al., a Declaração de Cartagena é importante porque "inclui elementos que ligam as três correntes de proteção internacional – direito humanitário, direitos humanos e direitos dos refugiados - na legislação, interpretação e operação (BARRETO et al., 2010, p. 01).

É notório que a Declaração de Cartagena assegurou soluções permanentes aos refugiados, contudo, em 1990, surgiu a concepção de que os refugiados não poderiam viver em uma condição transitória.

Sendo assim, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 45/158, e nas palavras de Regina Conrado:

> Essa política centrava-se nos países de origem e na criação de mecanismos impeditivos da violação aos direitos das populações locais evitando que se tornassem refugiadas. A responsabilidade recaía sobre os países de origem – responsáveis pela eclosão dos deslocados, pelas condições de retorno e repatriação voluntária e ausência de medidas impeditivas de fuga – e a repatriação passou a ser vista como uma solução permanente, eximindo a comunidade internacional da proteção dos deslocados (CONRADO, 2021, online).

Pode-se dizer que a referida política se concentra em entender as causas que motivaram os fluxos de refugiados e, com base nisso, buscou garantir direito ao trabalho e à segurança social aos migrantes regulares (SILVA et al., 2021).

Em vista disso, a Agência da ONU para Refugiados, tratou de conceituar refugiados como:

> São pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados (ACNUR, 2022, online).

Portanto, compreende-se que os refugiados são homens, mulheres e crianças que são obrigados a abandonar o local em que vivem por motivos de extrema necessidade. Na maioria das vezes eles se encontram em circunstâncias de limite, de modo que, se não fugirem daquele local, podem não sobreviver (PORFÍRIO, 2022).

Diante do exposto, entende-se a importância de os Estados estabelecerem uma regulamentação adequada à situação, para que, quando adentrarem aos países, estas pessoas se sintam acolhidas e protegidas. Para isso, os tratados de direitos humanos determinam a obrigação de promover o direito à igualdade, bem como, garantir direitos como acesso à justiça e o devido processo legal (RAMOS, 2021).

3. REFUGIADOS NO BRASIL: acolhimento e condição jurídica

Em vista disso, o Brasil ratificou os preceitos estipulados na Convenção de 1951, a qual foi o primeiro documento a definir o conceito de refugiado e estabelecer seus direitos no mundo. O fez por meio do Decreto n. 50.215, de 28 de janeiro de 1961 (RAMOS, 2021).

De acordo com o entendimento de Barreto, “nos anos de 1970, o Brasil e quase toda a América do Sul vivenciavam uma sequência de regimes de exceção, com ditaduras que forçavam a saída de milhares de cidadãos para o exterior” (BARRETO, 2010, p. 17).

Na época, o Brasil recebeu muitas pessoas que vinham com o intuito de resguardar suas vidas, tendo em vista que saíam perseguidas dos locais de origem, sem documentação e sem dinheiro para se manter economicamente estáveis (BARRETO, 2010).

Ocorre que o Brasil, ao tornar-se signatário da Convenção de 1951, o fez com a cláusula da reserva geográfica ou “limitação geográfica”, que consiste em somente receber refugiados vindos do continente europeu. E, nesse sentido, Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto expressa:

> Com o processo de redemocratização no país, um fluxo maior de refugiados se dirige ao Brasil no início dos anos 1980. Chegam ao país milhares de angolanos em razão da guerra civil em Angola. Em 1982, a presença do Acnur foi oficialmente aceita no país. Porém, como o Brasil, ao aderir à Convenção de 1951, assumiu o dispositivo da reserva geográfica, considerava como refugiados apenas os refugiados europeus. O Acnur, então, inicia diálogo com o governo brasileiro no sentido de buscar a suspensão dessa reserva geográfica, permitindo que todos os refugiados de qualquer parte do mundo fossem assim recebidos (BARRETO, 2010, p. 18).

A primeira tentativa aconteceu em 1986, quando o Brasil recebeu 50 famílias iranianas. Vinham refugiadas pois sua crença religiosa não era aceita em seu país de origem e, desta forma, sofriam limitações em seus direitos. A segunda tentativa se deu no ano seguinte, em 1987, quando foi editada a Resolução nº 17 e o Brasil recebeu como estrangeiros temporários cidadãos paraguaios, chilenos e argentinos, também vítimas de perseguição de um governo opressor (BARRETO, 2010).

Com a boa experiência vivenciada, ficou evidente que a reserva geográfica não deveria mais continuar em vigor. Dessa forma, em 1989, a partir do Decreto nº 98.602, o Brasil levanta a reserva geográfica, aderindo de forma integral à Declaração de Cartagena, o que permitiu o recebimento de um fluxo mais abrangente de refugiados, sem importar a sua origem (BARRETO, 2010).

Outro grande marco foi a instalação permanente do ACNUR no Brasil, em 1977, pois, além de desempenhar papel fundamental na instalação das convenções internacionais sobre refugiados, incentivou e deu apoio técnico na elaboração de uma lei interna específica, a lei 9.474 de 1997 (RAMOS, 2021).

O número de refugiados adentrando no Brasil só aumentava e cada vez mais se percebia a necessidade de uma regulamentação mais específica, ou seja, uma legislação interna que definisse o conceito que a palavra refugiado levaria dentro do país (BARRETO, 2010).

Nessa linha de pensamento segue o entendimento de que:

> [...] o Brasil foi o primeiro país do cone sul a ratificar a Convenção de 1951 e a sancionar uma lei nacional que tratasse do tema – a Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997, que define os mecanismos de implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências, como a criação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) – um órgão de deliberação colegiada e tripartite responsável, em primeira instância, pela elegibilidade do refúgio no país (WALDELY et al., 2014, p. 04).

De acordo com o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis (2022, online), o estatuto é conceituado como um "conjunto de leis que formalizam os princípios que norteiam a organização de um Estado, sociedade ou associação". Portanto, o Estatuto dos Refugiados nada mais é do que um conjunto de leis com o propósito de nortear os direitos e deveres relacionados aos refugiados.

Sendo assim, a Lei brasileira n. 9.474 de 1997 regula o Estatuto dos Refugiados no Brasil, de modo que em seu artigo 1º, identifica as possibilidades de reconhecimento e caracterização de cada indivíduo como refugiado.

Logo, o Brasil foi o primeiro país da América Latina a elaborar uma lei específica sobre refugiados, a qual foi modificada, a fim de acolher, também como refugiados, os indivíduos que devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, são obrigados a deixarem seus países de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BARRETO, 2010).

A lei em questão adotou uma definição mais abrangente para refugiado, defendida na Declaração de Cartagena de 1951, motivo pelo qual recebeu muitos refugiados, de diferentes países, sob amparo desse instrumento legal (RAMOS, 2021).

De acordo com entendimento de Barreto, a lei 9.474/97 "é considerada hoje pela própria ONU como uma das leis mais modernas, mais abrangentes e mais generosas do mundo". Isso porque, além de ser ampla e observar os mecanismos de proteção estipulados na Convenção de 1951, desenvolveu um órgão especializado para tratar a questão, o Comitê Nacional para os Refugiados, o CONARE (BARRETO, 2010, p. 19).

O Comitê Nacional para Refugiados – CONARE, é um instrumento de propriedade do Ministério da Justiça, de deliberação coletiva, formado por sete membros, de composição predominantemente governamental (RAMOS, 2021).

Em sua obra, André de Carvalho Ramos, expõe que:

> São membros natos do CONARE: um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá; um representante do Ministério das Relações Exteriores; um representante do Ministério do Trabalho; um representante do Ministério da Saúde; um representante do Ministério da Educação e do Desporto; um representante do Departamento de Polícia Federal; um representante de organização não governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País. Nada impede o convite a representantes de outros entes para que participem da reunião, com direito a voz. Esse caráter governamental do Comitê é ainda acentuado com a possibilidade de recurso de revisão ao Ministro da Justiça, no caso de indeferimento do refúgio (RAMOS, 2021, p. 12).

O CONARE é o órgão responsável por receber, entender e decidir sobre os casos que se apresentam no país, de forma a harmonizar os entendimentos da Constituição Federal brasileira, da Convenção de 1951, do Protocolo de 1967 e demais fontes do direito internacional, sempre respeitando os preceitos estipulados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (WALDELY et al., 2014).

Pode-se dizer que o Comitê Nacional para os Refugiados é uma realidade institucional consolidada pois, além de se dedicar à elegibilidade do refúgio no país, ele se propõe a orientar e coordenar as ações necessárias para garantir a efetividade da proteção, da assistência e do apoio jurídico aos refugiados que estão no país (JUBILUT, 2007).

Sendo assim, compreende-se que, apesar de a Lei Brasileira de Refúgio ser considerada como uma das leis mais abrangentes no cenário mundial, ela ainda é pouco conhecida pela sociedade civil como um todo (BARRETO, 2010).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que, atualmente, o Brasil é conhecido mundialmente como um dos países mais solidários em relação ao acolhimento dos Refugiados, de modo que, foi o primeiro país da América Latina a desenvolver uma legislação interna própria.

Nesse sentido, o marco principal no tocante à efetivação da proteção do Refugiado no país foi a criação da Lei 9.474 de 1997, a qual desenvolveu um conceito mais abrangente ao termo, estabelecendo direitos e deveres. Além disso, elaborou um órgão especializado para o julgamento de pedidos de refúgio no país, o Comitê Nacional para Refugiados – CONARE.

Sendo assim, no que tange ao tema de Refugiados no Brasil, a evolução dos últimos 100 anos foi fundamental para o desenvolvimento de um ordenamento jurídico brasileiro bem-sucedido, visto que desencadeou a elaboração de uma lei específica, de forma harmônica com a Declaração de 1951 e com o Protocolo de 1967, a qual beneficiou inúmeras pessoas que se encontravam em situações de vulnerabilidade.

Outrossim, percebe-se que na prática ainda existe muito a ser feito. O tema ainda é pouco conhecido pela sociedade em geral, o que acaba por aumentar as barreiras sociais. Tendo em vista o exposto, entende-se por necessária a educação da sociedade, de modo que a vinda para um novo país seja a mais acolhedora possível.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. **Convenção de 1951**. Brasil. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>. Acesso em: 17 mai. 2022.

ACNUR. **Refugiados**. Brasil. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/#:~:text=S%C3%A3o%20pessoas%20que%20est%C3%A3o%20fora,direitos%20humanos%20e%20conflitos%20armados.>. Acesso em: 17 maio 2022.

AYDOS, Mariana; et al. **Condições de Vida da População Refugiada no Brasil:** trajetórias migratórias e arranjos familiares. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/wp-content/uploads/2008/09/condicoesvidarefugiada-1.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Refúgio no Brasil:** a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BARRETO. Luiz Paulo Teles Ferreira; et al. O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena. **Forced Migration**. 5f. ed. 35, 2010.

CONRADO, Regina. **Como o conceito de refugiado evoluiu ao longo da história**. Disponível em: <https://migramundo.com/como-o-conceito-de-refugiado-evoluiu-ao-longo-da-historia/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

DOLINGER, Jacob; et al. **Direito Internacional Privado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ENRICONI, Louise. **A história mundial é uma história de migrações**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/migracoes-historia-mundial/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ESTATUTO. In: Michaelis. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Editora Melhoramentos Ltda. 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=estatuto>. Acesso em: 21 maio 2022.

FRAIA, Isabella. **Refugiados no Brasil:** conceito e historicidade. Disponível em: <https://isabellafraia.jusbrasil.com.br/artigos/376266355/refugiados-no-brasil-conceito-e-historicidade>. Acesso em: 18 maio 2022.

JUBILIT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

MARTINS, Clara Egler. **O regime internacional de acolhimento aos refugiados e seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro**. 84f. Trabalho de Conclusão de Curso - Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, 2019.

MALHEIRO, Emerson. **Direito Internacional Privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2022.

PORFÍRIO, Francisco. **Crise dos Refugiados**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/crise-dos-refugiados.htm>. Acesso em: 21 maio 2022.

PORFÍRIO, Francisco. **O que é refugiado?**. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/o-que-e-sociologia/o-que-e-refugiado.htm>. Acesso em: 23 maio 2022.

RAMOS, André de Carvalho; et al. **60 anos de ACNUR:** Perspectivas de futuro. São Paulo: Editora CLA Cultural Ltda, 2011.

RAMOS, André de Carvalho; et al. **Direito Internacional dos Refugiados**. São Paulo: Editora Expressa, 2021.

RODRIGUES, Noronha. **A história do direito de asilo no Direito Internacional**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-50/a-historia-do-direito-de-asilo-no-direito-internacional/#:~:text=No%20Direito%20Romano%20concedia%2Dse,injustamente%20perseguidas%20pelo%20poder%20p%C3%BAblico.>. Acesso em: 16 maio 2022.

SANCHES, Luciana Taynã. **As origens históricas do direito de asilo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25448/as-origens-historicas-do-direito-de-asilo>. Acesso em: 16 maio 2022.

SILVA, Bárbara Correia Florêncio; et al. **A história dos direitos dos refugiados e migrantes**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/historia-dos-direitos-dos-refugiados-e-migrantes/>. Acesso em: 18 maio 2022.

WALDELY, Aryadne Bittencourt; et al. **Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil**. Disponível em:<https://www.scielo.br/j/remhu/a/dJY8QkxWRD7VfNZ7LjzFPpS/?format=pdf&lang=pt.>. Acesso em: 17 maio 2022.

SURGIMENTO DO SINDICATO, EVOLUÇÃO E PRERROGATIVAS DIANTE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Eliana Luísa Marx[1]
Maurício Parode[2]
Cibele Bonoto[3]

Resumo: Este artigo pretende analisar o princípio da liberdade sindical, como prerrogativa de uma sociedade democrática de direito. Neste sentido, o estudo se debruça à pesquisa do contexto trabalhista histórico até o surgimento das entidades sindicais, suas características, e prerrogativas atuais. Urge abranger sobre as lutas de classe diante da opressão capitalista pela revolução industrial no século XVIII, e as buscas por direitos trabalhistas diante de uma consciência coletiva. É da solidariedade originada entre os trabalhadores que nasce o sindicato, fonte de uma imensurável fusão de forças respaldadas nos mesmos anseios. Ainda, foi objeto da pesquisa, a evolução do sindicalismo no Brasil, desenvolvimento histórico, e o seu contexto perante a Constituição Federal de 1988. Dessa forma, o Brasil não aderiu à convenção internacional 87 da OIT, por não abranger a lógica principiológica da liberdade sindical plena em sua carta magna.

Palavras-chave: Liberdade sindical. Revolução industrial. Direitos trabalhistas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É possível afirmar que os indivíduos tenham uma espécie de consciência coletiva, e lhes seja inerente o ato de associar-se mediante características semelhantes. Neste sentido, é prerrogativa de uma democracia, o direito dos trabalhadores agruparem-se mediante identificação de semelhanças no ofício e profissão. O objetivo do trabalho é analisar o contexto do surgimento do sindicato, e sua evolução no Brasil. O problema que moveu o estudo diz respeito ao fundamento das lutas de classe diante da sociedade capitalista que deu origem ao sindicalismo, quais as suas prerrogativas principiológicas, e de que forma a Constituição Federal se posiciona em relação a ele.

No desenvolvimento, foi abrangido sobre a evolução das relações de trabalho ao longo da história, primeiras corporações de ofício até o surgimento das entidades sindicais na Inglaterra, e o seu estabelecimento no Brasil. Outrossim, é analisado os preceitos do princípio da liberdade sindical, e a forma como este é abrangido pela Constituição federal de 1988.

Quanto à abordagem, as pesquisas são de modo qualitativo, pois se trata de uma abordagem descritiva da situação do problema. O desenvolvimento do projeto é expresso através da realização de pesquisas que visam alcançar informações sobre o assunto. Projeto com pesquisa de natureza básica, que idealiza conhecer e descrever o tema.

---

[1] Acadêmica do curso de Direito pela Sociedade Educacional Três de Maio-SETREM. email: elianaluisamarx@gmail.com
[2] Acadêmico do curso de Direito pela Sociedade Educacional Três de Maio-SETREM. email: mauricio.parode66@gmail.com
[3] Professora de Direito na Sociedade Educacional Três de Maio-SETREM.

2 DESENVOLVIMENTO

Corresponde ao corpo de pesquisa, a análise desde as primeiras lutas de classe e consciência coletiva de trabalhadores, até a verbalização do direito sindical pela Constituição Federal no Brasil.

2.1 SURGIMENTO DAS ENTIDADES SINDICAIS

Os sindicatos representam o surgimento de uma noção de garantias trabalhistas, através da revolução industrial no século XVIII. Historicamente o trabalho modificou-se, e consequentemente a forma de vida das pessoas foi afetada. É possível afirmar que a regulamentação do trabalho é um conceito crescente ao longo do tempo, pela necessidade de defesa dos interesses dos trabalhadores. (SILVA, c2022, p. 2)

Na idade média, ainda pelo sistema de produção feudalista, começaram a surgir os burgos e um processo de urbanização social. Neste sentido, as atividades mercantis tiveram crescimento pela atuação dos comerciantes e artesãos. As atividades desempenhadas pelos profissionais 'artesãos' e comerciantes, marcaram essa época, e com isso surgiu a necessidade de sua regulamentação. Surgem as corporações de ofício, entidades que reuniam os interesses de profissionais especializados em uma mesma atividade comercial, como alfaiates, ferreiros, carpinteiros, construtores, etc. (SENA, 2021, p. 1)

Essas associações regulamentavam o mercado, pela fixação dos preços dos produtos, estabelecimento da qualidade, quantidade e margem de lucro, por exemplo. A corporação era também o núcleo de formação de novos trabalhadores, que na condição de aprendizes seguiam o ofício e obedeciam o sistema de hierarquia. Como aprendiz, o trabalhador não recebia remuneração, e apenas após muitos anos de experiência se tornava oficial. Como oficiais, os trabalhadores exerciam sua atividade de forma remunerada, e poderiam vir a se tornarem mestres. (SENA, 2021, p. 2-3)

Os mestres das corporações de ofício, eram os donos dos meios de produção, proprietários das oficinas, ferramentas e matéria prima. Possuíam vasta experiência no ofício, titulares de grande prestígio social, e detinham a função de transmitir seu conhecimento aos hierarquicamente inferiores. (SENA, 2021, p. 2)

Com o fim da idade média, e início da idade moderna, ocorreu o renascimento, um período de reconstrução histórica, que modificou as bases políticas, religiosas, científicas, e

trabalhistas. O renascimento deu um enfoque maior no homem e suas capacidades, a filosofia renasceu, e os métodos de trabalho evoluíram. Foi nesse processo que o trabalho foi valorizado, e a burguesia cresceu. (TODA MATÉRIA, c2022, p. 1)

O processo de desenvolvimento do trabalho pela burguesia, visando o lucro, veio a transformar o sistema de ofício em uma produção sistematizada. Houve o aumento da urbanização, criação de novas rotas marítimas, e crescimento do capitalismo. (TODA MATÉRIA, c2022, p. 2)

Finalmente, no século XVIII aconteceu a revolução industrial. Oriunda de um grande desenvolvimento tecnológico, no seio da Inglaterra, deu surgimento às indústrias e consolidou o capitalismo. A manufatura foi superada pelas máquinas, e o trabalho especializado dos artesãos passou a ser feito por máquinas guiadas por trabalhadores comuns. Com a desvalorização do ofício, a remuneração diminuiu, e a carga de trabalho aumentou. (SILVA, c2022, p. 5)

A revolução industrial foi marcada por uma jornada de trabalho extensa, que chegava até 16 horas diárias, um ambiente de trabalho insalubre, com péssimas condições, nenhuma segurança, envolvendo homens, mulheres, e crianças. Foi neste contexto, que os empregados se reuniram e formaram grupos para reivindicar direitos de seus patrões, e inicialmente conseguiram algumas conquistas unilaterais, mas as perdiam nas mesmas medidas. (SILVA, c2022, p. 6)

Foi neste sentido de solidariedade trabalhista que nasceu o sindicato, uma entidade que protegesse e lutasse pelos direitos dos trabalhadores nas indústrias, conquistando melhores condições, remuneração, segurança e garantias. Tratava-se de uma consciência de classe contra a exploração capitalista pela organização operária. (SILVA, c2022, p. 6)

Porém, a liberdade de se sindicalizar não foi reconhecida desde o início, e só foi permitida legalmente sem repressão em 1824, pelo parlamento inglês. Anteriormente, o sindicato funcionava de forma clandestina, movimentado pelas tensões individuais dos trabalhadores descontentes. (FREITAS, 2021, p. 87)

Ainda no século XVIII, surgiu o ‘luddismo’, decorrente do operário têxtil de Londres, Ned Ludd, que refletindo o espírito de revolta dos artesãos, destruiu totalmente os teares mecânicos da fábrica que trabalhava. Este ato foi imitado por outros diversos operários, e em 1812 o parlamento inglês aprovou uma lei que punia com a morte os “quebradores de máquinas”. (BORGES, 2006, p. 4).

Os sindicatos passaram por diversas lutas até ter o reconhecimento do seu direito de existir. Inicialmente, foram proibidos e criminalizados na Inglaterra pelo Combination Act de

1799, que proibia os “trade-unions” (sindicatos) e negociações coletivas de trabalhadores. Como exposto, apenas em 1824 a Inglaterra descriminalizou, e permitiu a liberdade de associação de trabalhadores. (FREITAS, 2021, p. 87).

Através dos estudos do sociólogo Karl Marx (1818-1883), é possível afirmar que o modo de produção de uma sociedade, as relações de trabalho, são determinantes no contexto de vida de uma sociedade, de forma que impõem as suas relações políticas e ideológicas. Assim, o contexto político que existia na idade média era diretamente ligado ao seu sistema de produção feudal, assim como a sociedade capitalista na Inglaterra estava moldada pelos preceitos da burguesia em razão dos meios de produção industriais. Em conclusão, não são as ideologias sociais que definem o trabalho, mas são as relações de trabalho e econômicas, que definem as ideologias e contextos sociais. É dessa forma que preceitua o professor de filosofia, Jostein Gaarder (1995, p. 425-427):

> As tais relações materiais , econômicas e sociais de uma sociedade Marx chamou de *bases* dessa sociedade. A maneira como as pessoas se inserem nela, as instituições políticas que ela possui, as leis vigentes e também a religião, moral, arte, filosofia e ciência de uma sociedade são denominadas por Marx de *superestrutura.* [...] as relações materiais são como um sustentáculo de todas as idéias e pensamentos existentes na sociedade. [...] Até aqui podemos concluir que é o modo de produção de uma sociedade que determina o tipo de relações políticas e ideológicas que existirão nessa sociedade.

Dessa forma, na realidade capitalista vivenciada na revolução industrial, existiriam duas classes sociais, o proletariado- detentor da mão de obra, e os capitalistas- detentores dos meios de produção e capital. Marx defendia que as classes sociais serviriam para a organização econômica e social baseada em três critérios: (i) possessão de um meio de produção, (ii) consciência de classe e (iii) luta de classes. (FREITAS, 2021, p. 85).

Com isso, a entidade sindical é constituída para defesa e representação da classe trabalhadora, diante da opressão dos capitalistas. Essa fusão entre indivíduos de uma mesma profissão que enseja a criação de uma entidade sindical, é devido a um sentimento compartilhado de solidariedade espontânea entre eles. Essa espontaneidade que os indivíduos têm de se unir, reflete ser um princípio inerente ao homem e sua natureza de sentimento coletivo, e essa possibilidade jurídica em um país, reflete o néctar da democracia. (FREITAS, 2021, p. 86)

A luta de classes tem crescimento significativo na revolução industrial, devido a capacidade que a urbanização e centralização do trabalho possibilitou aos trabalhadores das indústrias. Assim, “a gênese da constituição dos sindicatos foi também a do próprio Direito do Trabalho como um ramo autônomo da ciência jurídica” (FREITAS,2021, p. 88). Para Evaristo

de Moraes Filho (1978, p. 99-105, apud FREITAS, 2021, p. 88), o surgimento do direito do trabalho e consequentemente, do sindicalismo, é devido: “a) aos vícios e as consequências das liberdades econômicas e do liberalismo político; b) o maquinismo e a concentração de massas humanas e de capitais; c) as grandes lutas sociais; d) os livres acordos entre grupos profissionais.”.

2.2 LIBERDADE SINDICAL

O sindicalismo reflete a liberdade do indivíduo frente ao estado e aos outros indivíduos que detenham o capital e os meios de produção. Nasce em meio a revolução industrial, no seio do capitalismo, pela consciência coletiva da classe trabalhadora. (LEITE, 2021, p. 377)

A liberdade sindical, é um conceito amplo e abstrato, que corresponde aos preceitos mais básicos de democracia de liberdade humana, ao mesmo tempo que significa a capacidade de associação e organização trabalhista, e base para os demais direitos individuais. Neste sentido, Jean-Claude Javillier (1988, p. 148, apud LEITE, 2021, p. 377), afirma que é:

> um elemento indispensável a todo sistema de relações profissionais entre empregadores e assalariados, e também a toda democracia política. Portanto, seu estudo deve ser minucioso e seus vários elementos – individual (aderir) e coletivo (agrupar-se); positivo (ser membro) e negativo (não sê-lo) – devem ser demoradamente pensados a fim de serem articulados de forma pertinente. Mas também se deve ter conhecimento das diferentes concepções da liberdade sindical que são aplicadas em todo o mundo. Sem dúvida é necessário um certo recuo e uma humildade intelectual, especial para convencer-se de que há diferentes modos (normativos) de se aplicar a liberdade sindical. Também, deve-se desconfiar das solenes proclamações jurídicas ou, pelo menos, preocupar-se constantemente com sua aplicação no cotidiano. A liberdade sindical condiciona ela mesma outras liberdades e direitos fundamentais, tal como o direito à negociação coletiva, e, em parte, o direito à greve. Trata-se de alguma maneira de uma “liberdade-condição”. Sem a liberdade sindical, não é exagero considerar que vários direitos dos assalariados, vários elementos do sistema de relações profissionais seriam somente normas de fachada, regras desprovidas de qualquer abrangência prática.

O princípio da liberdade sindical está interligada com diversos outros princípios que lhe dão sustentamento e explicação, que dependem mutuamente entre si para ter plenitude. Se existe liberdade sindical, é necessário se falar na *liberdade de associação*, positiva ou negativa deste ato; na *organização livre* diante do Estado, sem interferência de legislação mandamental; na *livre administração*, democracia interna da entidade, e soberania autárquica diante da federação; na *liberdade de exercer suas funções* de representação, negociação, cobrar contribuições e colaborar com o poder público; *liberdade de filiação*; e *garantias ao*

dirigente sindical, devido a interferência das atividades sindicais com a sua função interna dentro da empresa. (LEITE, 2021, p. 378).

A possibilidade de um indivíduo se sindicalizar, portanto, conforme preceituado por Javillier (1988, p.148), é a comprovação dos demais direitos fundamentais previstos em uma sociedade democrática, pois, é possível afirmar, que na impossibilidade de fazê-lo, toda a liberdade plena está comprometida. Da mesma forma, é pelos outros direitos fundamentais do homem que a liberdade sindical se sustenta, e ganha espaço e plenitude, pois a reciprocidade, aqui, é condição de eficácia jurídica.

2.3 SINDICALISMO NO BRASIL

Como sabemos, o sindicalismo surgiu no mundo de confronto com o capitalismo, para trazer melhores condições de trabalho aos operários. No Brasil, o sindicalismo surgiu um pouco antes do término do século XIX, porque os operários que trabalhavam nas indústrias da época não estavam contentes com as condições de trabalho e queriam reivindicar melhorias, formando-se assim os primeiros sindicatos para lutar pelos direitos dos trabalhadores. (CIOFFI, 2008, p. 44).

A principal economia dos séculos XIX e XX no Brasil ainda era a agricultura, que tinha jornada de trabalho de 14 horas ou mais, e havia exploração de força bruta de mulheres e crianças. A produção do café era a maior economia do país, e os barões eram, no império, os detentores do poder, e escravistas. Porém, com o crescente urbanismo do século XIX, em São Paulo, e de uma burguesia empreendedora, a escravidão deixou de ser a principal fonte de mão de obra. Com a proibição do tráfico negreiro em 1850, e a vinda dos imigrantes ao país, em busca do sonho de uma terra fértil prometida pelos donos de terra brasileiros, estes se tornaram a nova mão de obra. Entretanto, os imigrantes foram obrigados a uma espécie de trabalho forçado, por dívidas infinitas e impagáveis com os donos de terra que os trouxeram e ofereceram emprego. (NASSYRIOS, jusbrasil, 2016).

Dessa forma, os imigrantes com experiências mais avançadas das que se tinha no Brasil, organizaram o anarquismo, que foi preponderante para o movimento do operário brasileiro sobre a consolidação da indústria. Em 1890, foi fundado o primeiro partido operário por uma posição de menor influência dos socialistas, que mais tarde aderiram às teses da 2° internacional, e em especial a comemoração do 1° de maio, dia internacional do trabalhador. (NASSYRIOS, jusbrasil, 2016).

Foi em abril de 1906, no Rio de Janeiro que teve o primeiro congresso operário brasileiro, trazendo diversos sindicatos, federações e uniões operárias. Criou-se a (COB) Confederação Operária Brasileira, a primeira entidade do Brasil. Tudo isso gerou uma reação negativa dos patronos e governantes, que ocasionou a expulsão de 132 sindicalistas do Brasil, e a queda seria ainda mais dura com a chegada da crise na produção, causada pela segunda guerra mundial, que causou inúmeros desempregos e uma queda enorme do salário, gerando uma grande onda de greves. (NASSYRIOS, jusbrasil, 2016).

Foi na era Getúlio Vargas, que houve a concretização sindicalista nacional. Vargas em seu governo, iniciou uma grande modernização e consolidação de relações fundamentais da sociedade. Acabou com bases sociais políticas e movimentos sindicais que tinham sido criados anteriormente. Assim preceitua Cioffi (2008, p. 45):

> Em relação ao sindicalismo, a postura do Estado acontecia ao reprimir as livres manifestações políticas e ideológicas contrárias ao modelo vigente, criando o Já a oposição dos anarquistas era a de que o sindicato, subordinado seja a quem for, porém principalmente ao Estado, e de filiação obrigatória, prejudicaria a consciência de classe e, concordando com os comunistas nessa questão, acusavam o governo de demagogo, uma vez que ludibriava os trabalhadores com supostas melhorias e, desse modo, reprimia suas reivindicações (CARONE, 1991, p. 49-51), isto é, a conhecida denominação vulgar de sindicato "pelego".

Em 1930, com o Brasil já industrializado, a classe dos operários ganhou mais força e importância. E as relações que haviam entre capital e trabalho passaram a ter uma nova visão, e serem tratadas como uma questão política. Após 23 dias transcorridos desde o início do governo, Vargas assinou o decreto nº 19.433, para criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. No decorrer das décadas de 1930 e 1940, o ministério criou decretos e medidas protetivas aos trabalhadores, como carteira de trabalho, salário mínimo, aposentadoria e pensões, essas e outras medidas foram incluídas nas Consolidações de leis Trabalhistas (CLT) em 1943. Uma das conquistas mais significativas, neste sentido, foi a redução da carga horária de trabalho para 8h diárias e 48h semanais, pelo decreto 21.364 em 1932. (NASSYRIOS, jusbrasil, 2016).

O duro golpe militar sofrido no ano de 1964, fez com que a classe trabalhadora sofresse uma profunda e violenta pressão histórica, atingindo centenas de sindicatos em todo país, que acabou com seus dirigentes presos e cassados, causando greves em todo o território.(NASSYRIOS, jusbrasil, 2016).

Com o poder do Estado regido pelos militares, as repressões sobre as mais variadas manifestações populares se alargaram e se tornaram ainda mais intensas, atingindo, sobretudo,

as entidades e lideranças sindicais. Nisso, na década de 1970, muitas ações de natureza puramente operária aconteciam na clandestinidade e com pequenos movimentos específicos, tais como pequenas greves ou, em muitos casos, com significativo apoio da igreja católica através de meras práticas educativas. (CIOFFI, 2008, p. 48 apud MANFREDI, 1994, p. 106).

A Constituição Federal de 1988, trouxe um modelo mais demócratico de administração dos conflitos sociais do país. Trouxe princípios como auto-organização sindical e da autonomia de sua administração, flexibilizando e incentivando as negociações coletivas de trabalhos como os salários e duração de trabalho através de acordo ou convenção de trabalho. (MERIGO, 2012, p. 14).

> A Constituição de 1988 trouxe avanços, entre eles, a declaração que "é livre a associação profissional ou sindical". Proclama que é "vedada ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical", impedindo, assim, a possibilidade de ingerência direta do Ministério do Trabalho e Emprego sobre a gestão e os atos internos do sindicato, como eleições e assembléias, antes sujeitas a impugnações julgadas pelo Ministro do Trabalho, agora passíveis, apenas, de decisão judicial Assegura a estabilidade do dirigente sindical ao declarar: "é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro de sua candidatura a carga de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o fim do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei". Transfere para os trabalhadores o direito de definir a sua base territorial sindical: "será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um município". (MERIGO, 2012).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), tem como objetivo principal difundir e universalizar o princípio da liberdade sindical. A Convenção 87, é um tratado multilateral, feito em 1948, que dispõe sobre a liberdade sindical e o direito de sindicalização, realizado na 31º sessão da Conferência Internacional do Trabalho. É baseada no preâmbulo da Constituição da OIT, e na declaração da Filadélfia, que são fundamentadas pela liberdade sindical, e proclamam que a liberdade de associação é essencial para o progresso constante. (LEITE, 2021, p. 380)

A convenção traz os referentes artigos, importantes à análise:

> Art. 2º- Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.
> Art. 3º. 2- As autoridades públicas deverão abster-se de qualquer intervenção que possa limitar esse direito ou entravar o seu exercício legal.
> Art. 4º- As organizações de trabalhadores e de empregadores não estarão sujeitas à dissolução ou suspensão por via administrativa.

> Art. 7º- A aquisição de personalidade jurídica por parte das organizações de trabalhadores e de empregadores, suas federações e confederações, não poderá estar sujeita a condições de natureza a restringir a aplicação das disposições dos arts. 2, 3 e 4 acima.
> Art. 8º. 2- A legislação nacional não deverá prejudicar nem ser aplicada de modo a prejudicar as garantias previstas pela presente Convenção. (1948).

Extrai-se, desses artigos, que o país que ratificar o tratado, não pode prejudicar por lei interna as prerrogativas da convenção. As prerrogativas trazidas, são a total liberdade dos trabalhadores em constituir e se associar em organizações de sua escolha, sem nenhuma autorização prévia. Neste sentido, obriga as autoridades públicas a se eximir de regular sobre esse exercício legal, sem poder de intervenção em nenhum sentido. Ainda, a aquisição de personalidade jurídica pela organização sindical, não pode estar sujeita a nenhum tipo de restrição, que prejudique os direitos declarados pela convenção.

O Brasil não ratificou essa convenção, pois não vigora com plenitude o direito à liberdade sindical, tolhendo essa prerrogativa à uma regulamentação estatal. No Brasil vigora o sistema de unicidade sindical, que é divergente da característica de pluralidade sindical do princípio da liberdade sindical, que é estabelecido em plenitude na convenção 87. (LEITE, 2021, p. 384).

A Constituição Federal de 1988, traz acerca do direito coletivo do trabalho, que:

> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
> I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, **ressalvado o registro no órgão competente**, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;
> II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, **na mesma base territorial**, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; (grifo nosso).

Neste sentido, é possível afirmar que a liberdade sindical no Brasil é parcial, correspondendo a uma democracia viciada e frágil. O Estado permite a sindicalização, a livre associação, positiva ou negativa, porém, limita a quantidade de sindicato por categoria em cada região a apenas uma, e controla essa criação através da exigência do registro. Consequentemente, essa liberdade é falsa, pois na impossibilidade de haver outra alternativa, mesmo que a escolha seja livre, ela se torna automaticamente arbitrária. (ROMITA, 1996, p. 34 apud LEITE, 2021, p. 385).

Em segunda análise, neste presente artigo científico buscamos mostrar numa exposição resumida, a evolução do sindicalismo brasilerio, como decorreu a luta dos trabalhadores por seus direitos, e o comportamento dos trabalhadores em diferentes países. A consciência de classe sofreu ao longo da história, devido a repressão corporativista da era

Vargas, que transformou os sindicatos em instrumento de controle, associações estatais de poder político, aliados ao governo. A Constituição de 1946 poderia abolir o corporativismo sindical e resgatar a consciência de classe original, porém, sua omissão constitucional devido aos interesses políticos da época, preservaram o sistema de Vargas. Dessa forma, concretizaram o sindicalismo político-burocrático no país, e fortaleceram a entidade como um instrumento de ascensão política. Como consequência, ao final da ditadura a consciência de classe tornou-se frágil e inconsistente, e suas forças ofuscadas pela manipulação das massas. (CIOFFI, 2008, p. 48).

Ao longo da industrialização, os sindicatos conquistaram valores e assumiram funções importantes, e tem como base essencial o equilíbrio e o processo de desenvolvimento social. E assim, dependem da consciência de classe coletiva para alcançar êxito e adentrarem no âmbito corporativista, na busca pelos direitos e garantias trabalhistas. (RODRIGUES, 2009, p. 155).

4 REFERÊNCIAS

BORGES, Altamiro. **Origem e papel dos sindicatos.** I Módulo do Curso Centralizado de Formação Política – Escola Nacional de Formação da CONTAG – ENFOC Brasília, 2006. Disponível em: < http://www.contag.org.br/imagens/Origemepapeldossindicatos-AltamiroBorges.pdf>. Acesso em: 29 maio 2022.

FREITAS, Cláudio. **Direito Coletivo do Trabalho**. Editora JusPodivm. 2.ed. 2021.

JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de direito do trabalho**. Tradução de Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: LTr, 1988, p. 148.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 13.ed. São Paulo: Saraiva jur. 2021.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no brasil: seus fundamentos sociológicos. 2.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.**

CONVENÇÃO 87 DA OIT. 1948. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/convencao87.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 maio 2022.

GAARDER, Josten. **O mundo de Sofia: romance da história da filosofia.** 1.ed. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

MERIGO, Eduarda Lima. **Sindicalismo brasileiro e a constituição federal de 1988**. Trabalho de conclusão de curso, 2012. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/eduarda_merigo.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

NASSYRIOS, Gabriela. **Sindicalismo no Brasil.** Jusbrasil 2016. Disponível em: <https://gabinassyrios.jusbrasil.com.br/artigos/339332671/sindicalismo-no-brasil>. Acesso em: 30 maio 2022

CIOFFI, Leandro. **Sindicalismo Brasileiro; histórias,ideologias, legitimidade e direito**. São Paulo e editora Espaço Jurídico 2008.

MANFREDI, Silvia Maria. **Leitura e construção de uma história da educação sindical.** - Brasil 1945/1990. 1994.f. tese (livre-docência)- Faculdade de educação da universidade de Campinas, Campinas. 1994.

CARONE, Edgar. **A República Velha** .2. ed. São Paulo: difusão Européia do livro,1970.

SILVA, Daniel Neves. **Revolução Industrial**, Brasil Escola, c2022. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/historiag/revolucao-industrial.htm>. Acesso em: 01 jun. 2022.

TODA MATÉRIA. **Corporações de ofício.** c2022. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/corporacoes-de-oficio/>. Acesso em: 30 maio 2022.

SENA, Ailton. **Corporações de ofício**. Educa mais Brasil. 2019. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/corporacoes-de-oficio>. Acesso em: 30 maio 2022.

ROMITA, Arion Sayão. **Sindicalização por categoria**, in: Revista da academia nacional de direito do trabalho, nº 4 1996

RODRIGUES, LM. **Conclusão: perspectivas do sindicalismo brasileiro**. In: Trabalhadores, sindicatos e industrialização . Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/5y76v/pdf/rodrigues-9788599662991-07.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

Paula Fernanda Adiers[1]
Danielli Regina Scarantti[2]

Resumo: O presente artigo aborda a evolução que ocorreu com o conceito de família ao longo dos anos. Nesse sentido, o objetivo da pesquisa é verificar as modificações ocorridas com essa entidade com o passar dos tempos e como ela é entendida atualmente. O estudo foi realizado utilizando-se a revisão bibliográfica através do método hipotético-dedutivo. Os modelos de famílias foram se modificando ao longo do tempo, tendo em vista as transformações que ocorrem diariamente em nosso meio. Considerando o grande número de novos arranjos familiares, a legislação também foi se atualizando, passando a reconhecê-los de forma legal. Dessa forma, conclui-se que, atualmente, são assegurados direitos para essas novas famílias, valorizando as suas especificidades, promovendo a sua inclusão, respeito e o bem-estar de cada um de seus membros.

Palavras-chave: Família. Conceito de família. Evolução.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo tem como propósito fazer um resgate histórico das modificações ocorridas com a entidade familiar no decorrer dos últimos 100 anos, analisando como ela era compreendida no passado e verificar de que forma o seu conceito é entendido atualmente, percebendo os principais aspectos que compõem essas mudanças.

A instituição família sofreu significativas transformações ao longo da história. No Brasil, inicialmente, a sua constituição só era possível através do casamento, considerando apenas os laços sanguíneos, sem a possibilidade da formação de famílias a partir de questões de afetividade.

Contudo, através das inúmeras modificações nos mais diferentes âmbitos, o seu conceito também foi se transformando. A Constituição Federal de 1988 é um importante marco legal para a modificação deste entendimento. A partir de sua implementação passou-se a considerar como família aquela constituída a partir da união estável e a monoparental, por exemplo.

Além da Carga Magna, a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e a entrada em vigor do Código Civil de 2002 também contribuíram para o reconhecimento e legitimação de novas conformações familiares. Isso porque, diante da

---

[1] Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Setrem.
[2] Coordenadora e Professora do Curso de Direito da Setrem.

evolução e complexidade das relações familiares, fizeram-se necessárias a criação e adequação de legislações que garantissem os direitos e promovessem a inclusão e reconhecimento desses novos grupos.

2 DESENVOLVIMENTO

Os modelos e arranjos familiares se modificam constantemente tendo em vista as diversas transformações que ocorrem de forma contínua em nossa sociedade. Nesse sentido, o conceito de família passou por intensas mudanças no decorrer dos anos, sendo que, de maneira inicial eram formadas e reconhecidas através de interações de cunho patrimonial, não sendo considerados elementos constituídos por sentimentos, como o amor, afeto e a afinidade.

Contudo, faz-se importante mencionar que apesar de essa estrutura se modificar e se adaptar diante das novas possibilidades e do momento histórico vivido, o seu conceito sempre esteve interligado com a questão de pluralidade, ou seja, a sua base é constituída pela coletividade.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 1) afirma que a família pode ser concebida como "a célula básica de toda e qualquer sociedade, desde as mais primitivas", transcendendo diversos momentos históricos e configurações sociais. Dessa forma, confirma o mencionado na Constituição Federal 1988 que descreve a família como sendo a base da sociedade e, portanto, possuindo uma proteção especial do Estado.

Outro diploma legal que aborda a questão é o Decreto nº 678/1992 que trata da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em seu art. 17, I, dispondo que a "família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado". Ou seja, reitera aquilo que está descrito na Constituição Federal.

Na visão de Álvaro Azevedo (2018, p. 24) "A desinência ou terminação da palavra família indica coletividade". Já no entendimento de Pablo Stolze e Rodolfo Filho (2021, p. 18) o: "[...] conceito 'genérico' de família é de um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes [...]". Assim, a família pode ser entendida como um grupo social, através do qual os indivíduos estão intimamente interligados, seja a partir de laços consanguíneos, ou através de questões socioafetivas. (MALUF; MALUF, 2021).

Raquel Santos e Teresa Oliveira (2021) afirmam que, do ponto de vista psicológico, não é possível viver isolado, portanto, a organização em grupos é essencial para a vivência dos indivíduos. Partindo desse pressuposto é que definem a família como

sendo formada por indivíduos que interagem entre si, convivem rotineiramente, compartilham e vivenciam as mais diversas situações.

Ana Paula de Araújo, Carina A. Oliveira, Elieser L. Germano, Tatiane A. S. dos Santos (2016, p. 183) também discorrem sobre a origem da palavra família, a qual em um primeiro momento não possuía conexão com questões emocionais, mas tão somente relações patrimoniais, constituídas a partir do casamento. Hoje já se percebe um cenário bem diferente.

> [...] a ideia de família vem muito antes do direito, dos códigos, das normas, do poder do estado e até da igreja na vida das pessoas. Observa-se que na Antiguidade, com o código de Hammurabi, o sistema familiar passou a ser por lei patriarcal, e o casamento monogâmico, considerando que para ser legítimo e válido o casamento deveria ser mediante contrato.

Tendo em vista isso, Froma Walsh (2016) explica que, a partir das modificações que ocorrem na sociedade, no âmbito econômico, normativo, político e mesmo social, na busca pelo conceito do termo "família" é necessário analisar o momento da história que está em pauta. Isso porque essa configuração não é estática, ela vai se modificando e se adequando às novas necessidades e possibilidades existentes. Portanto, precisa de um conceito mais amplo, assim surge a ideia de ser adotada a nomenclatura "famílias", agora no plural, e não mais no singular. (WAGNER et al, 2011).

Isso porque as novas configurações familiares estão cada vez mais presentes dessa forma, o grande objetivo de tornar o conceito de família mais abrangente é contemplar e atender os anseios da sociedade, buscando valorizar as particularidades de cada grupo familiar, de forma a concretizar a dignidade, a felicidade e o bem-estar de cada um dos indivíduos, a partir de uma visão mais inclusiva e solidária. (MALUF; MALUF, 2021).

Rolf Madaleno (2021, p. 37) apresenta um comparativo entre a composição da família enquanto a economia era baseada no meio rural e, posteriormente, como essa estrutura foi modificada através da migração desses grupos para as cidades:

> Ao tempo em que a economia doméstica estava concentrada no meio rural, a família já foi mais ampla e abrangia um espectro maior de parentes em linha reta e colateral, mas foi sendo reduzida, resumindo-se numericamente aos pais e filhos, com a sua migração para os centros urbanos, na busca de emprego na indústria em franca expansão, ao mesmo tempo em que estabelecia a ocupação da família restrita de pequenos espaços para a moradia exclusiva dos parentes em linha reta e em bastante proximidade de graus.

Em matéria normativa, inicialmente a família se baseava na constituição de uma

entidade formada pelo pai, mãe e filhos. No antigo Código Civil de 1916, a família somente se tornava legítima a partir da constituição do casamento (art. 229). Tendo em vista tal fato, aquelas famílias oriundas de relação fora do casamento eram consideradas ilegítimas. Dessa forma, os filhos frutos dessas relações não eram reconhecidos perante a lei. (LUZ, 2009).

Contudo, com o passar dos anos esse conceito passou por grandes modificações, e com a implementação da Constituição Federal de 1988, passaram-se a reconhecer como legítimas também as famílias antes não consideradas dessa forma. De acordo com o art. 226, § 3º da Constituição Federal: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Outrossim, é importante mencionar que a união estável homoafetiva também obteve seu reconhecimento, sendo considerada como um modelo de família. O entendimento do Tribunal de Justiça do RS, contribui para confirmar o exposto através de sua decisão:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA, CUMULADA COM PEDIDO DE CONVERSÃO EM CASAMENTO. PROCEDÊNCIA. ADOÇÃO DE SOBRENOME E ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. PRETENSÕES A SEREM MANIFESTADAS PERANTE O OFICIAL DO REGISTRO COMPETENTE. DESNECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. 1. Por ocasião da formalização do pedido de conversão da união estável em casamento ao oficial do registro competente, já autorizado, deverão as requerentes manifestar o interesse na adoção do sobrenome uma da outra. Art. 157 da Consolidação Normativa Notarial e Registral. 2. Pretendendo as requerentes adotar para o matrimônio o regime da comunhão universal de bens, basta que estabeleçam como lhes aprouver, observada a forma exigida em lei, o regime de bens, ainda que alterando um anterior, para o que não necessitam de autorização do Poder Judiciário, regime este que regulará o matrimônio, por conta da conversão a ser efetivada. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70057974750, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 20-03-2014).

Ainda, o § 4º também do art. 226 da Constituição Federal dispõe: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". Ou seja, a família monoparental. Fato relevante, para demonstrar o reconhecimento e legitimidade deste modelo de família, especialmente os direitos do pai solo, é mencionar o Recurso Especial – RE 1.348.854 julgado em 12/05/2022 pelo Supremo Tribunal Federal que fixou o tema 1.182, sendo este o entendimento:

> À luz do artigo 227 da Constituição Federal, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade, e o princípio da maternidade responsável, a licença-maternidade, prevista no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelo artigo 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental.

Ademais, é importante destacar a evolução entre os conceitos de família dispostos no Código Civil de 1916 e aqueles que são apresentados no Código Civil de 2002. Frente às diferenças expressivas entre as duas legislações, cabe mencionar que na primeira as instituições familiares eram exclusivamente construídas através do matrimônio e dos laços sanguíneos, enquanto na segunda a legitimação dessas relações é feita também através dos laços afetivos.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 colabora para a compreensão das novas composições das entidades familiares. Em seu art. 1.723 menciona que: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Além disso, a família constituída somente pelo pai, ou somente pela mãe, e seus filhos, sejam eles naturais ou adotivos, também passou a ser reconhecida como legítima. Ou seja, pode-se perceber que, atualmente, o conceito de família vai muito além de laços sanguíneos, diz respeito também às relações afetivas e a afinidade que existe entre seus membros.

Não menos importante, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), agrega o conceito de família extensa ou ampliada, presente no art. 25, § 1º, sendo aquela que se "estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade".

Para ilustrar o mencionado no dispositivo legal, relevante trazer à baila a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no que diz respeito a entrega da guarda da criança aos avós maternos (família ampliada), tendo em vista os distúrbios psiquiátricos que genitora possui e o desinteresse do genitor.

> **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO PARA APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA AMPLIADA E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORA PORTADORA DE DISTÚRBIO PSIQUIÁTRICO. GENITOR QUE NÃO DEMONSTRA INTERESSE EM CONVIVER COM O FILHO. SITUAÇÃO DE RISCO E LESÃO DE DIREITOS VERIFICADA. AUSÊNCIA DE ADESÃO ÀS PROPOSTAS DA REDE DE APOIO. PROTEÇÃO À CRIANÇA E

> EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. GUARDA DEFERIDA AOS AVÓS MATERNOS. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO. DIREITO DE VISITAS QUE DEVE SER PLEITEADO EM AÇÃO PRÓPRIA DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA. APELO DESPROVIDO.(Apelação Cível, Nº 50094438820208210013, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 10-05-2022).

Ainda, o mesmo diploma também menciona a família substituta, definindo-se como a que recebe ou acolhe crianças e adolescentes cujos pais tenham falecido ou tenham sido destituídos do poder familiar. Vejamos o que diz o art. 28: "A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei".

É nesse sentido que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal publicou em 18/02/2022 a decisão abaixo, que confere à família substituta a adoção de menores em virtude da destituição do poder familiar:

> CIVIL E FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO. COMPROVAÇÃO. REINTEGRAÇÃO À FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA. INVIABILIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. Comprovada a situação de abandono e a ausência do exercício da maternidade de forma responsável e adequada, bem como a inexistência de êxito nas providências que buscaram reintegrar as crianças à família natural ou extensa, impõe-se a destituição do poder familiar e a colocação dos menores em família substituta, por meio da adoção, como forma de atender ao seu melhor interesse (Código Civil, artigo 1.638, inciso II, c/c Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 24, 28, 39, § 3º, 100, parágrafo único, inc. IV, e 163, parte final). Apelação Cível desprovida.

Em suma, relevante destacar que ao longo dos anos, a partir das inúmeras mudanças percebidas na sociedade, houve a conformação de novos grupos familiares, que se apresentam através de relações mais complexas, contudo, mesmo que sejam,

> estruturalmente diferentes, famílias com múltiplas gerações, nucleares, monoparentais ou homoafetivas são redes de relações afetivas que geralmente propiciam suporte para os membros enfrentarem os desafios cotidianos e buscarem um desenvolvimento saudável em um ambiente protetivo. (TEODORO; BAPTISTA, 2019, p.1).

Tendo em vista todo o exposto, e considerando os princípios presentes na Constituição Federal (1988), é cabível mencionar que, diante da existência de inúmeras composições de famílias, cada uma delas reúne características singulares, histórias, memórias e vivências, assim, frente a uma emaranhado de características e

particularidades que compõem cada uma dessas novas formas de organização, cabe reiterar que todas elas merecem reconhecimento, para que possam usufruir de seus direitos com respeito e liberdade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no estudo realizado, é possível afirmar que nos dias atuais existe uma diversificação das composições familiares, o que requer uma visão mais abrangente do conceito de família, para que possam ser contempladas todas as necessidades e individualidades de cada uma dessas entidades, com o objetivo de zelar pelo seu bem-estar e pela inclusão de todas essas conformações.

No tocante aos aspectos históricos há que se destacar que, enquanto a economia estava concentrada no meio rural, a entidade familiar era composta por um número maior de integrantes (incluindo parentes em linha reta e colateral), no entanto, com o início da migração para a área urbana, com o objetivo de buscar empregos, a família passou a ser formada primordialmente por pais e filhos.

Da mesma forma, no que se refere aos aspectos normativos, foi possível perceber que no decorrer destes 100 anos a família passou por significativas mudanças. Em um primeiro momento, tinha como base a estrutura formada pelas figuras paterna, materna e seus filhos e, sua legitimidade se dava tão somente através do casamento, isso de acordo com Código Civil de 1916.

Tendo em vista isso, aqueles filhos que nasciam de relações extraconjugais, não eram reconhecidos como legítimos. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988 passou-se a valorizar além dos aspectos biológicos, todas aquelas questões envolvidas pelo afeto, amor e afinidade.

Ou seja, a instituição familiar que era considerada legal somente a partir da formalização do casamento, passa a conceber legalmente inúmeras disposições que estão presentes em nosso meio, por exemplo, a união estável (hetero ou homossexual), família extensa ou ampliada, família substituta e monoparental.

Desta feita, conclui-se que, ao passo em que a sociedade, política, cultura e até mesmo a religião vão passando por modificações, ao longo desses 100 anos, a família também foi se constituindo de diferentes formas, sobretudo, considerando aspectos afetivos e reconhecendo que o seu conceito ultrapassa as questões sanguíneas. Nesse sentido, as legislações também se atualizam garantindo direitos e promovendo a inclusão daqueles que antes sequer eram reconhecidos.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Ana Paula de; OLIVEIRA, Carina A.; GERMANO, Elieser L.; SANTOS, Tatiane A. S. dos. **O pluralismo familiar e a liberdade de constituição de uma comunhão da vida familiar**. 2016. Disponível em: http://ienomat.com.br/revista/index.php/judicare/article/view/42/4. Acesso em: 04 nov. 2021.

AZEVEDO, Álvaro. V. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

LUZ, Valdemar. P. D. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Editora Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MALUF, Carlos Alberto. D.; MALUF, Adriana. **Curso de Direito da Família**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família - Uma Abordagem Psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Raquel C. dos; OLIVEIRA, Teresa Cristina F. de. **Parentalidade na mesa**: a mediação em contexto de disputa de guarda. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/156/103. Acesso em: 04 nov. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial – RE 1.348.854**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6265210. Acesso em: 02 jun. 2022.

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil 6** - Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

TEODORO, Maycoln. L. M. (org.); BAPTISTA, Makilim N. (org.). **Psicologia de Família**: Teoria, Avaliação e Intervenção. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Apelação Cível, Nº 00027916720198070013.** Ação de destituição do poder familiar. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj. Acesso em: 31 maio 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível, Nº 50094438820208210013**. Ação para aplicação de medida protetiva de colocação em família ampliada e suspensão do poder familiar. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+homoafetiva&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 01 jun. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível, Nº 70057974750**. Ação Declaratória de Reconhecimento de União Homoafetiva, cumulada com pedido de conversão em casamento. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+homoafetiva&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 01 jun. 2022.

WAGNER, Adriana. et al. **Desafios Psicossociais da Família Contemporânea**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

WALSH, Froma. **Processos Normativos da Família**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016.

VIOLÊNCIA FÍSICA E SEXUAL CONTRA A MULHER

Brenda Eduarda Ribas[1]
Heloisa Kogeliski[2]
Cibele Bonotto[3]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as mudanças históricas dos últimos 100 anos sobre as medidas de proteção contra a violência doméstica e sexual contra as mulheres. Também é analisada a função das autoridades policiais e o papel do Ministério Público nos casos de violência contra a mulher. Houve várias mudanças de antigamente para os dias atuais, as leis e os direitos das mulheres se desenvolveram dando uma certa preferência e criando leis específicas para a proteção da mulher. Entre as novas normas, a Lei Maria da Penha foi criada para acolher e combater casos de violência contra a mulher, dando uma atenção maior. Visto isso, através da pesquisa bibliográfica, o tema traz as formas de violência, e discorre sobre o abuso sexual, o feminicídio, as medidas protetivas, os procedimentos judiciais, apresentando a evolução das normas e da rede de proteção à mulher através da criação de fundações e uma delegacia especializada sobre o tema.

Palavra Chave: Violência contra a mulher. Feminicídio. Normas de Proteção.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho, por meio de estudos de doutrinas e livros históricos, busca investigar as formas de violência doméstica e sexual contra a mulher e quais as mudanças quanto à proteção legal que ocorreram nos últimos anos e que possibilitaram a conquista de direitos para as mulheres que antigamente não se tinha.

A problemática envolvendo a violência sofrida pela mulher vem desde muito tempo atrás e desde que o mundo é mundo, a mulher sempre sofreu por ela ser mulher, sofrendo abusos, sendo desprezada, humilhada e dessa forma nunca foi dada a devida atenção pela sociedade. O objetivo do artigo é mostrar como a mulher era tratada antigamente e como os movimentos feministas fizeram grande diferença para a mulher conquistar seus direitos. Nesse contexto, o trabalho tem o formato de analisar referências teóricas e bibliográficas sobre as conquistas dos direitos protetivos às mulheres.

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência doméstica e sexual vem de muito tempo atrás, a mulher desde sempre é discriminada por ser mulher e sofre muitas violações aos seus direitos, ainda mais com a

---

[1]Brenda Eduarda Ribas, estudante do 5° semestre do curso de Direito
[2]Heloisa Kogeliski, estudante do 5° semestre do curso de Direito
[3]Cibeli Bonotto, professora do curso de Direito

desigualdade entre os gêneros. A mulher vem lutando por seus direitos desde muitos anos, é um problema histórico e social que a afeta direta e constantemente.

Antigamente a mulher exercia a mesma função social que o homem, ela desenvolvia as atividades domésticas e desempenhava as atividades agrícolas, enquanto o homem caçava e pescava. Conforme foi se desenvolvendo a sociedade, o papel social entre o homem e a mulher mudou, o homem foi enriquecendo individualmente e tendo participação na política e na vida social, enquanto a mulher ficou destinada às tarefas do lar e aos cuidados dos filhos.Com isso foi surgindo a desigualdade entre os sexos. O homem foi se desenvolvendo nos trabalhos e na política, e as mulheres recebiam a educação para se casar, quando a mulher se casava ela tinha que cuidar do lar e dos filhos, não podendo trabalhar fora e sendo dominada por seu marido.

Como já falado, a mulher é vítima da descriminação desde a antiguidade sendo tratada como uma propriedade tendo os seus direitos limitados e sua liberdade restrita. Diante dessa superioridade masculina é que surgiu um grave problema, a violência doméstica, que atinge as mulheres ainda nos dias atuais. Essa situação da violência doméstica é composta por ciclos gradativos e tem diversas formas, visto que não se caracteriza apenas com a violência física, mas também psicológica, sexual, moral e patrimonial. O homem dominava a mulher, a casa e os filhos, deixando-a cada vez mais indefesa e com um certo receio de ser julgada pela sociedade, até porque o mundo sempre foi muito machista, então mesmo se ela fosse buscar ajuda, ela era discriminada pelas pessoas. Com o passar do tempo, a mulher foi se desenvolvendo nas suas atividades, foi conquistando cargos importantes na política e nas empresas, foi conquistando seus direitos no trabalho e na sociedade, deixou de ser submissa ao homem e foi conquistando seu espaço.

Na década dos anos 20 começaram os primeiros movimentos feministas para a reivindicação dos direitos às mulheres e só no ano de 1932, na Era Vargas, é que a mulher teve o direito de voto. Nos anos 60 o movimento feminista cresceu, foram várias transformações e mudanças de comportamento da sociedade em relação aos direitos da mulher. Já nos anos 70 ampliaram-se os debates sobre a relação do homem e mulher, as questões sexuais, o corpo da mulher. A mulher buscou tornar-se protagonista lutando contra a ditadura militar para construir uma sociedade mais justa. As lutas femininas acarretaram custos como o afastamento da família, a prisão e a tortura.

Segundo Colling (1997, p. 75) diz:

> [...] as mulheres assumiram a militância nas organizações de esquerda negando a sua condição de mulher. As organizações eram espaços fundamentalmente masculinos, o

> que impunha às mulheres a necessidade de se colocarem como militantes, diluindo as relações de gênero na luta política mais geral.

Nos anos 60, o movimento cultural engajado politicamente aderiu uma temática chamada “bossa-nova” onde eram assuntos relacionados a miséria e a favela. Nos anos 70 iniciou-se o declínio da economia capitalista agravada pela crise do petróleo, aumento do combustível, aumento da balança comercial. A censura dos anos 70 era rigorosa, torturavam os presos políticos. A mulher participa desses movimentos buscando conquistar espaços.

Paralelamente a estes movimentos históricos, a mulher permaneceu sendo vítima da violência. Violência física que é quando o agressor espanca a vítima deixando marcas de agressão, violência sexual que é quando a mulher é obrigada a ter relações com o seu abusador sem a sua vontade, violência psicológica que ocorre quando o agressor a ofende com palavras, afetando a autoestima da mulher, além da agressão patrimonial que é quando o homem controla tudo ao seu redor, o trabalho que ela faz, o dinheiro que ela ganha, proibindo muitas das vezes a mulher de trabalhar fora de casa e, por fim, a violência moral que é quando o agressor acusa a mulher de várias coisas como traição, fala de sua imagem e muitas outras coisas. Para o agressor isso acontece por consequência da vítima, onde para ele a mulher só apanha porque fez algo de errado ou porque o irritou em algum momento, ou seja, a culpa é da vítima. Essas formas de violência não ocorrem isoladas uma das outras, tendo várias consequências para a mulher, e violando os direitos humanos.

Depois de muita impunidade e injustiças, visto que muitas mulheres morreram no Brasil, vítimas dessa violência, muitas vezes, cometidas por homens e o descaso do órgão estatal diante desses fatos, que surgiu uma lei específica com objetivo de normatizar a proteção da mulher. Assim, a violência contra a mulher deixou de ser tratada com um crime de menor potencial e restou reconhecida a inclusão, além da violência física e sexual, também a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro. Esta lei específica ficou conhecida como Lei Maria da Penha e significa o reconhecimento da violência contra as mulheres como violação dos direitos humanos.

Com um caso específico de violência doméstica é que surgiu a Lei 11.340/2006, chamada de Maria da Penha, pois foi depois de uma mulher chamada de Maria da Penha Maia Fernandes quase morrer vítima da violência doméstica sofrida por seu próprio marido é que surgiu essa lei dando uma atenção maior pela sociedade para casos como esses. Em seu artigo 2º resta indicado que:

> Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, idade e religião, goza de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas as oportunidades para viver sem violência, preservar sua saúde física, mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006)

A partir dessa legislação, surgiram vários avanços, um deles foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher - JVDFM, com competência cível e criminal para dar uma atenção maior para esses casos no Brasil, onde o número ainda é grande de vítimas por violência e feminicídio, além da previsão de várias medidas protetivas.

2.1 MEDIDAS LEGAIS DE PROTEÇÃO À MULHER

Para proteger as mulheres vítimas de violência foram criadas as medidas protetivas que servem para manter o agressor afastado da vítima, porém muitas das vezes essas medidas não servem para proteger a mulher do agressor e no final acaba por acontecer uma situação mais grave: o feminicídio. As medidas protetivas previstas na lei estão a cargo da autoridade policial que deverá tomar providências legais no momento que tiverem conhecimento sobre os fatos que configure a violência doméstica, conforme previsto no art.10 da Lei 11.340 (BRASIL, 2006) quando procurada pela vítima para deter esse agressor. A iniciativa da vítima em buscar proteção, o juiz pode agir de ofício a requerimento do Ministério Público ou mediante a representação policial para adotar medidas necessárias que a Lei garante à vítima, conforme previsão do art.20 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Se aplica às medidas protetivas não somente nos procedimentos instaurados perante a autoridade policial, mas também nas demandas intentadas pela vítima ou pelo Ministério Público. Em tais circunstâncias, o magistrado pode determinar providências necessárias para a proteção da vítima e dos integrantes da família, principalmente quando se tem filhos menores de idade. Como se fala em violência, uma das primeiras providências a ser tomada é em relação ao uso de arma de fogo, onde deve ser retirada do agressor que tem ou faz uso da arma de fogo. O juiz pode suspender a posse ou restringir o porte de arma de fogo, que proíbe tanto possuir como usar a arma de fogo sem a devida autorização, conforme previsto na Lei 11.340 (BRASIL, 2006).

Muitas das vezes a vítima tem medo de denunciar o agressor por estar sendo ameaçada e manipulada, normalmente essas agressões são feitas pelo marido, pelo namorado, ex marido ou ex namorado. Quando o ex marido ou ex namorado não aceita o fim do relacionamento, ele tende a começar a perseguir a mulher ou ameaçá-la e muitas das vezes, mesmo com a medida protetiva, acaba ocorrendo um homicídio, quando o agressor depois de perseguir a mulher acaba

a matando, e cometendo o crime de feminicídio tipificado no art. 121, § 2º, inciso VI do Código Penal. Um fator que colabora para essa situação é verificado em Rocha (2010, p. 15): "Essa violência doméstica é silenciosa, não porque o chicote não tenha feito barulho, mas porque o choro delas foi embargado. Porque elas, ou por medo ou por vergonha, continuam a não revelar tudo que se passa, e isso não é só numa classe social ".

A sociedade ainda nos dias atuais cultiva valores que incentivam a violência contra a mulher como uma forma normal, por ter tantos casos no Brasil e no mundo, as pessoas acabam vendo isso como uma cultura, pois a desigualdade gera uma relação de dominante e dominado.

Conforme informações divulgadas pelo Instituto Maria da Penha[4], o ciclo da violência inicia-se com o aumento da tensão onde o agressor começa a se mostrar tenso e com menos paciência com coisas insignificantes e por meio disso começa a humilhar a vítima e a quebrar objetos. A vítima tenta acalmar o agressor e passa a ter vários sentimentos de tristeza, ansiedade, angústia entre outros. Após esses acontecimentos, a vítima começa a negar o que está acontecendo com ela e a esconder as agressões das pessoas. A próxima fase é o ato de violência, onde o agressor surta, ou seja, perde o controle o que o leva ao ato violento, assim como ofensas verbais à vítima e as agressões físicas. Nesse momento a vítima começa a sofrer com tensões psicológicas (falta de sono, ansiedade, sente medo). Chegando a última fase do ciclo da violência, caracterizada pelo arrependimento e comportamentos carinhosos, conhecido também como "lua de mel" onde o agressor começa a se arrepender do que fez e muda sua atitude com gentilezas com a mulher. A vítima nesse momento se sente confusa e ela mesma se pressiona a manter o relacionamento abrindo assim mão de seus direitos achando que ele vai mudar. No final as tensões voltam e se inicia novamente a primeira fase e se repete esse ciclo continuamente.

Uma das causas recorrentes que provocam esse ciclo de violência é a desigualdade sociocultural que é uma das grandes razões da discriminação contra o sexo feminino, onde os homens se acham superiores e mais fortes. A sociedade protege muito ainda a agressividade masculina, pois desde pequeno o homem aprende a ser forte, a não chorar, ser corajoso, já a mulher a ser pura, frágil e do lar. Desde sempre a mulher foi confinada pela família e pelo lar a ser dominada e submissa ao homem, onde cada um tem sua função; o homem de proteger e promover a família e a mulher cuidar do lar e dos filhos. A mulher já é acostumada a achar que

[4] Disponível em https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html.

o sucesso só vem se ela tiver um homem ao seu lado e se tiver sua família completa com filhos e um casamento. Neste sentido Campos (2010, p. 37) explica que:

> Compreender a difícil tarefa pretendida pela Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, significa observar que o mundo manteve, secularmente, a legitimidade da violência de gênero, tornando esta, portanto, institucionalizada, com enfoques estigmatizados da cultura e da religião, impondo à mulher, consequentemente, uma vida de subjugação.

Além disso, o medo muitas vezes da mulher não largar o seu parceiro é pela falta de condições econômicas para se manter com seus filhos, mas também pelo temor do parceiro lhe tirar os filhos dela, porque muitas das vezes o homem humilha a mulher e ameaça ela de fazer certas coisas para prejudicá-la. O homem quer submeter a mulher a fazer as coisas do seu jeito e assim busca destruir sua autoestima e dessa forma ela é induzida a acreditar de sua capacidade, se isolar das pessoas e de sua própria família e amigos.

Estas situações levam, muitas das vezes, à agressão mais bárbara, o homicídio praticado contra a mulher, que de acordo com a lei 13.104/15 passou a ser denominado feminicídio e foi incluído no rol de crimes hediondos. A referida legislação incluiu o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e definiu que não é qualquer ato praticado contra a mulher que se caracteriza como um feminicídio e sim aqueles que estão especificados nos seus incisos: violência doméstica ou familiar e o menosprezo ou discriminação à condição da mulher. (BRASIL, 2015).

A violência doméstica ou familiar acontece dentro da própria residência e o agressor/homicida normalmente é do seu próprio núcleo familiar e esse é o tipo de feminicídio mais conhecido no Brasil. O menosprezo ou discriminação é aquele no qual o homem se sente superior ou melhor desclassificando ou menosprezando sua companheira.

Algumas pesquisas[5] apontam que por dia há de 10 a 15 ocorrências e que a cada uma hora em média ocorre um feminicídio, então a maioria destes crimes é praticado por homens que têm contato frequente com a vítima, sendo eles namorados, parceiros sexuais ou maridos. Além disso existem índices altos de feminicídio, alem de varios casos de estupro e lesão corporal gerada por violência doméstica. O levantamento do mapa da violência no Brasil mostra que, de 1980 a 2010, o número de mulheres assassinadas no Brasil cresceu em 217,6% sendo que no ano de 1980, foram mortas em média 1.353 mulheres no país e após 30 anos, esse

[5] Disponível em https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf. Acesso em 03/06/2022.

número foi para 4.297 mortes de mulheres, o que representa um índice de 4,4 mulheres assassinadas em cada 100 mil, sétimo maior índice do mundo.

Ainda, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública[6] entre março de 2020, o mês que marca o início da da pandemia do covid-19 no país, e dezembro de 2021, que foi o último mês com dados atualizados ocorreram 2.451 feminicídios e 100.398 casos de violência sexual de vulnerável onde a vítima era gênero feminino, fato que demonstra que a violência a que submetida a mulher é tanto física, quanto sexual.

A mulher sempre foi discriminada, submetida e subordinada por ataques à sua liberdade e dignidade. O toque de qualquer parte do corpo da mulher sem seu consentimento são formas de assédio sexual. Embora a violência sexual seja representada por todo ato exercido contra a sua vontade, ameaças, intimidações e ataques também incorrem um conjunto de repercussões sociais, pois a violência sexual ou o estupro tem implicações sociais pelo medo que instaura nas mulheres, atingindo a sua integridade fisica e psicológica, alem da sua liberdade sexual.

A violência contra a mulher é uma relação de força entre os sexos sobre a forma de desigualdade, onde o homem normalmente tem mais força do que a mulher e dessa forma a mulher se torna indefesa para se proteger e acaba por ser vítima da causando assim a violência sexual. Para se configurar o crime de estupro no Brasil há a necessidade de conjunção carnal entre um homem e uma mulher pela penetração dos orgãos masculinos e femininos. A passividade nasce do pânico que a vítima tem frente ao agressor, deixando-a frágil e com medo da morte. Ao fim, a vergonha que deveria ser do violador é voltado contra a mulher, ela se sente suja, começa a ter transtornos psicológicos, não dorme direito, tem medo que a toquem novamente, começa a ter ansiedade e muitas vezes pensa até em suícidio.

Tanto os crimes envolvendo a violência sexual, como os casos de violência doméstica são tratados nas Varas Criminais, as quais enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar têm a competência cível e criminal para julgar as causas que envolvem violência doméstica contra a mulher, conforme o art. 33 da Lei 11.340/2006).

Quando o juiz recebe o pedido de medida protetiva de urgência, o expediente recebe identificação própria de que se trata de um crime de violência doméstica, para dar preferência

---

[6] Disponível em https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf. Acesso em 03/06/2022.

e mensurar sua dimensão. O magistrado deve verificar o pedido de urgência no prazo de 48 horas e também deve ser dada prioridade às outras competências, conforme o art.19 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha criou um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), porém não foi estabelecido um rito para o procedimento de solicitação dessas medidas protetivas de urgência. A medida protetiva é encaminhada com o pedido da vítima pela autoridade policial, por meio de advogado ou defensor público, pode ser também encaminhado pelo Ministério Público. A vítima pode fazer o registro de ocorrência perante a autoridade policial onde aconteceram os fatos ou onde ela reside, até porque pode ser que a mulher tenha saído da cidade do acontecimento fugida para proteger os filhos e a si mesma.

Cabe a Delegacia de Polícia encaminhar o inquérito policial e o processo criminal para o local que ocorreu o fato, encaminhando cópia da medida protetiva. Após o processo, o agressor receberá a intimação por meio da carta precatória ou por meio eletrônico e será certificado os antecedentes criminais do agressor, além de outras ações envolvendo as partes, conforme as disposições legais insertas na Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2006).

Embora sob o amparo da legislação e do Poder Judiciário, a mulher ainda sofre com as consequências, pois como elucidada por Silva (1992, p. 67):"Quando a mulher toma iniciativa no sentido de interromper a cadeia, vários elementos de ambiguidade se fazem presentes, um dos principais é a culpa que leva a mulher a ser vista como o agente provocador da agressão".

O Ministério Público também tem suma importância na proteção á violência contra a mulher pois é ele que recebe e encaminha as demandas relacionadas às vítimas e as direciona para as promotorias especializadas nos casos, podendo, também, fazer a solicitação do inquérito policial quando for comprovado, a violência visando a investigação para que seja comprovado o crime. Tem o papel de fiscalizar as atuações da polícia no caso, requerer medidas protetivas de urgência ao judiciário, fiscalizar e acompanhar os serviços prestados à mulher. No âmbito judicial a participação do Ministério Público é indispensável, o promotor precisa se fazer presente na audiência de acolhimento e verificação. Durante o processo e o julgamento nos crimes de feminicídio, o Ministério Público deve zelar para que seja preservada a vítima e alcançada a condenação do agressor.

Apesar do seu papel, considerando a urgência da situação, a medida protetiva deve ser de imediato, independentemente da manifestação do Ministério Público. A Lei Maria da Penha

(BRASIL, 2006) atribuiu a atuação do Ministério Público em três esferas: institucional, administrativa e funcional. Na institucional pela integração com as demais entidades envolvidas na esfera pública ou privada que se liga na proteção da mulher. Na parte administrativa dispõe do poder de polícia, auxiliando na investigação nos casos de violência doméstica, e tem também na sua função institucional, a legitimidade para fiscalizar os estabelecimentos públicos e privados de atendimento à mulher.

Todo esse aparato, então, tem o objetivo de proteger a mulher nos casos de violência doméstica. O que mais vemos é a violência entre cônjuge, onde o homem expressa o anseio de controlar e dominar sua parceira. A violência doméstica é uma modalidade especial de violência baseada no gênero e, portanto, a violência doméstica ocorre entre cônjuges próximos, ou seja, relações afetivas que coexistem. Esta forma de violência pode tornar-se banal, uma vez que se reflete no âmbito das relações de proximidade entre pessoas que são, ou fazem parte, de uma mesma unidade de coabitação. A violência doméstica não diferencia localização, idade, religião, nível de escolaridade ou classe social, são atos repetitivos que aumentam em frequência e intensidade, como coação, humilhação, desqualificação, agressão física e sexual, ameaças e até morte, além do pavor constante este tipo de abuso pode levar a danos físicos e mentais duradouros. Conforme Telles e Mello (2003, p.19)

> Violência doméstica é a que ocorre dentro de casa, nas relações entre as pessoas da família, entre homens e mulheres, pais/mães e filhos, entre jovens e pessoas idosas. Podemos afirmar que, independentemente da faixa etária das pessoas que sofrem espancamentos, humilhações e ofensas nas relações descritas, as mulheres são o alvo principal.

A proteção dos direitos das mulheres também está presente no âmbito do Direito Internacional nas declarações dos Direitos Humanos e constitui um movimento bem recente. A partir das declarações internacionais de proteção, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional, para fiscalização se os direitos fundamentais são respeitados no território. Em relação a proteção da mulher, há a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Essa Convenção fundamenta-se em eliminar e garantir a igualdade para as mulheres. Para a Convenção, a discriminação contra a mulher significa "toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objetivo ou resultado, prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo"(art. 1º).

As habilidades e as necessidades entre os gêneros devem também ser ajustadas, porém sem eliminar a titularidade das mulheres à igualdade dos direitos. A plataforma mundial dos direitos humanos das mulheres foi reforçada com a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, de 1995, que enfatizou que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. O processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro se consolidou com a ratificação, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher pelo Decreto 4.377 de 13 de setembro de 2002.

Antes disso, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 1.973 de 1º de agosto de 1996. Nela são compatidas condutas que podem ser compreendidas como violação a mulher, como a mutilação genital e outras práticas prejudiciais atentatórias à integridade e saúde femininas, pois previsto que "entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada", conforme seu artigo 1º. (BRASIL, 1996).

Assim, resta demonstrada a rede legal existente com vistas a impedir e proteger a mulher em situações de violência física ou sexual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho pretendeu entender as mudanças dos últimos 100 anos, de como as mulheres conseguiram através dos movimentos feministas conquistar seus direitos e como ainda hoje sofrem com a violência doméstica, como era antigamente atuais, apesar de ainda haver mudanças, um grande número ainda de mulheres agredidas e violentadas sexualmente. A pesquisa foi estudada por meio de livros e análises de pesquisas.

Verificou-se que ainda hoje as mulheres sofrem muito com a violência doméstica e sexual, em casamentos infelizes onde o machismo acontece dentro da própria casa e um grande número de mulheres morrem por causa de relacionamentos mal resolvidos, onde o homem não aceita o fim. Também vimos sobre a violência sexual praticada contra muitas mulheres, vitimas de homens que elas nem conhecem ou até mesmo com quem convivem, como pai, tio, avô, etc. Ainda hoje os números crescem de vítimas da violência, como vimos acima, mas a legislação tem buscado meios de proteger as mulheres.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n° 11.340 de 7 de agosto de 2006. Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha). Brasília, DF: Senado Federal. 2006.

BRASIL, Lei nº. 13.104 de 09 de março de 2015. Brasília, DF: Senado Federal. 2015.

CAMPOS, Roberta Toledo. Aspectos constitucionais e penas significativas da Lei Maria da Penha. De jure, Revista Juridica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte: Ministério Público de Minas Gerais, n. 8, p. 271-286, jan. - jun. 2007

COLLING, Ana Maria. A resistência da mulher à ditadura militar no Brasil. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1997

Disponível em https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html

https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf

https://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/em-30-anos-homicidio-contra-mulheres-no-pais-triplicou-diz-estudo.html

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1979), Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm.

TELES, M. A. de A.; MELO, M. de. O que é violência contra a mulher. São Paulo: Brasiliense, 2003.

Rede SINODAL de Educação
IECLB

Setrem
O conhecimento faz a diferença

100 ANOS
Sociedade Educacional Três de Maio
1922 - 2022