



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 14 – Número 1 – jan./dez. 2019



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 14 – Número 1 – jan./dez. 2019

Publicação do Curso de Direito com objetivo de divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

FUNDAÇÃO PADRE ALBINO

Conselho de Administração

Presidente: Antonio Hércules

Diretoria Administrativa

Presidente: José Carlos Rodrigues Amarante

Centro Universitário Padre Albino

Reitor: Nelson Jimenes

Pró-Reitora Acadêmica e Pró-Reitora de Graduação: Maria Claudia Parro

Gestora Administrativa e Financeira: Cristiane Valéria da Silva Procópio de Oliveira

Coordenador do Curso de Direito: Luis Antonio Rossi

DIREITO E SOCIEDADE.

Editor chefe: Ana Paula Polacchini de Oliveira

Conselho Editorial

Ana Paula Polacchini de Oliveira – Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Carolina Piccolotto Galib - Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP)

Cristiane Miziara Mussi - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ)

Donizett Pereira - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Isael José Santana - Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS)

Luis Antônio Rossi - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Marcelo Grimone - Centro universitário Ítalo Brasileiro (ÍTALO) Universidade Paulista

Marcelo Truzzi Otero - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Silvia Ibiraci de Souza Leite - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Revisora de texto: Luciana Bernardo Miotto

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

Editoração de Revistas

Marisa Centurion Stuchi (Analista Técnico)

Os textos publicados neste periódico são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Pede-se permuta.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito. -. - Vol. 14, n. 1 (jan./dez. 2019) - . - Catanduva: Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Anual.
ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Centro Universitário Padre Albino. Curso de Direito.
CDD 340

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310 - Catanduva-SP, Brasil.

Tel.: (17) 3522-2405. E-mail: ana_polacchini@yahoo.com.br.

Impressão deste periódico: Ramon Nobalbos - Gráfica e Editora

Data da impressão: dezembro/2019.

Sumário

Apresentação

Os Editores 7

Artigos

A participação popular na administração pública: direito ou dever constitucional?

Alana Fávaro 10

O direito de resposta como garantia transindividual e sua positivação no Brasil

Ana Paula Polacchini de Oliveira, Drielly Rigoti Yamada, Beatriz Ferreira, Bruno Ferreira da Silva, Carolaine Bianca Peres, Heloisa de Melo Pinotti, Isabela Zatti Perin, Laura Gabriela Zerbinatti, Maria Carolina Rascassi, Maria Eduarda Pasiani, Maria Heloisa Martins, Milena Prado Bereta..... 23

Hermínio Martins e os atuais (não) limites à tecnologia

Luciana Bernardo Miotto 38

A violência contra a mulher no ambiente digital

Márcia Maria Menin, Álvaro José Haddad de Souza, Fernanda de Melo Guzzo, Larissa Pedrasoli, Maria Carolina Rascassi, Nathalia Louise Baraldi, Thales Henrique dos Santos... 53

O patriarcado no direito de família brasileiro: uma história de desconstrução e permanência

Márcia Maria Menin, Álvaro José Haddad de Souza, Luís Augusto Guareis dos Santos, Luisi Aguiar, Amanda Cristina Carvalho, Camila Lemos Puydinger, Gabriela Castilieri, Guilherme Bartholomeu, Lara Souza Doti, Yuri Martins..... 69

O Estatuto da Pessoa com Deficiência: uma análise de seus efeitos no âmbito do direito de família

Ettore Guerreiro Lotto, Márcia Maria Menin 83

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: efeitos de sua atuação nos casos José Pereira e Fazenda Brasil Verde no enfrentamento ao trabalho em condições análogas à escravidão

Mariana da Silva Jacob..... 101

A verdade e a prova no processo civil: análise da construção da verdade no processo e da atuação instrutória à luz do sistema da apreciação das provas e do livre convencimento motivado

Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguin, Asheley Shirley da Silva, Bárbara Soares Gius, Bruno Ferreira da Silva, Camila Lemos Puydinger, Carina Alamino Trida, Caroline da Silva Jacob, Daialy Bordini Ujaque, Marcus Vinícius dos Santos Novaes, Thales Henrique dos Santos, Thayse Mastrocola Soares 117

A reforma trabalhista e a alteração da redação do parágrafo 2º do artigo 58, da CLT, referente às horas de percurso

Leila Renata Ramires Masteguin, Adriano Antônio de Oliveira, Bárbara Larocca, Caio Henrique de Azevedo Figueiredo, Carina Alamino Trida, Gabriela Rodrigues de Abreu, Igor Melhado Gardinal 133

Chamadas por trabalhos 152

Normas para publicação 152

Apresentação

A revista “DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares” do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) chega a seu décimo quarto volume. E, com ele, reiteramos o compromisso permanente da UNIFIPA e do curso em viabilizar uma formação acadêmica consistente e de qualidade e contribuir para o desenvolvimento local e regional.

Entregamos uma publicação que resulta de um permanente diálogo entre pesquisa, ensino e extensão. Trata-se de um periódico que interage com a comunidade ao divulgar uma produção científica e humanista dos pesquisadores envolvidos.

O comportamento institucional do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) e do curso de Direito alinham-se à dedicação, aos esforços e à competência dos envolvidos nos processos de pesquisa e de iniciação científica. O apoio da UNIFIPA dá continuidade à uma história consistente, voltada à promoção da autonomia, da reflexão, da interdisciplinaridade e da transformação social.

O periódico inclui artigos de pesquisadores da instituição, bem como uma produção externa. Esse volume conta com nove textos, dentre ensaios e artigos. As temáticas, sejam dogmáticas ou não, se identificam com as linhas de pesquisa institucionais. São linhas de pesquisa do curso de Direito da UNIFIPA, os direitos fundamentais e a história do direito. Verifica-se que estas linhas de pesquisa são tecnicamente problematizadas nos trabalhos apresentados e os artigos assumem uma dimensão crítica, interdisciplinar e humanista.

O artigo “A participação popular na administração pública: direito ou dever constitucional?” dá início à esse décimo quarto volume da revista. O artigo, escrito por Alana Fávaro, resulta de monografia de conclusão de curso e discute, a partir da Constituição Federal de 1988, a condição do povo como titular da administração pública e do governante como aplicador desta vontade popular. Para tanto, analisa a participação popular à luz dos conceitos de república e democracia como instrumento indispensável ao exercício da cidadania.

“O direito de resposta como garantia transindividual e sua positivação no Brasil” dá seguimento aos artigos da revista e é de autoria do grupo de pesquisa coordenado pela professora Ana Paula Polacchini de Oliveira. A autoria ainda inclui Drielly Rigoti Yamada, Beatriz Ferreira, Bruno Ferreira da Silva, Caroline Bianca Peres, Heloisa de Melo Pinotti, Isabela Zatti Perin, Laura Gabriela Zerbinatti, Maria Carolina Rascassi, Maria Eduarda Pasiani, Maria Heloisa Martins e Milena Prado Bereta. O texto faz uma investigação normativa da garantia constitucional do direito de resposta no Brasil e promove uma análise da evolução da proteção constitucional dessa garantia constitucional transindividual e da Lei nº. 13.188/15 à luz da liberdade de expressão e pensamento.

Em seguida, temos o ensaio da professora e socióloga Luciana Bernardo Miotto, intitulado “Hermínio Martins e os atuais (não) limites à tecnologia”. O texto faz uma reflexão sobre a regulamentação e as implicações éticas sobre a biotecnologia, as teorias reprodutivas e a inteligência artificial a partir das discussões que o sociólogo português Hermínio Martins realizou sobre as novas tecnologias. O sociólogo propõe uma análise histórico-filosófica sobre a tecnociência e oferece elementos para se pensar os caminhos e desdobramentos das novas tecnologias.

O quarto artigo do periódico, intitulado “A violência contra a mulher no ambiente digital”, aborda a violência não física contra a mulher, hoje comum no ambiente digital, para tratar das ferramentas e mecanismos estatais utilizadas para seu enfrentamento. O artigo é de autoria de Marcia Maria Menin, Álvaro José Haddad de Souza, Fernanda de Melo Guzzo, Larissa Pedrasoli, Maria Carolina Rascassi, Nathalia Louise Baraldi e Thales Henrique dos Santos, e é resultado do trabalho de pesquisa institucional.

“O patriarcado no direito de família brasileiro: uma história de desconstrução e permanência”, quinto artigo desse volume, resulta também de projeto de pesquisa coordenado pela professora Marcia Maria Menin, com a colaboração dos egressos do curso, Álvaro José Haddad de Souza e Luís Augusto Guareis dos Santos e dos graduandos Luisi Aguiar, Amanda Cristina Carvalho, Camila Lemos Puydinger, Gabriela Castilieri, Guilherme Bartholomeu, Laura Souza Doti e Yuri Martins. O texto aborda o patriarcado na sociedade brasileira e no âmbito do direito de família, discutindo avanços e permanência, mesmo diante das novas perspectivas trazidas a partir de 1988 com a promulgação da atual Constituição Federal.

Em “O Estatuto da Pessoa com Deficiência: uma análise de seus efeitos no âmbito do direito de família”, sexto artigo da revista, Ettore Guerreiro Lotto e Márcia Maria Menin analisam os efeitos operados no Direito de Família após a entrada em vigor do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). O texto, que resulta de trabalho de conclusão de curso, discute lacunas legais e conflito de normas em razão das mudanças e aborda a assistência à pessoa com deficiência com a criação da “Tomada de Decisão Apoiada”.

Em seguida, temos um estudo de caso que resulta de trabalho de conclusão de curso, na temática de direitos humanos, e de autoria de Mariana da Silva Jacob, sob a orientação da professora Ana Paula Polacchini de Oliveira. O artigo “O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: efeitos de sua atuação nos casos José Pereira e Fazenda Brasil Verde no enfrentamento ao trabalho em condições análogas à escravidão”. O texto aborda o caso para tratar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como ferramenta para a proteção dos direitos e analisa a eficácia de decisões e recomendações dos tribunais internacionais de proteção aos direitos humanos.

O oitavo artigo da revista denomina-se “A verdade e a prova no processo civil: análise da construção da verdade no processo e da atuação instrutória à luz do sistema da apreciação das provas e do livre convencimento motivado”. Trata do resultado de projeto coordenado pelo professor Alexandre Fontana Berto, autor do texto, em conjunto com Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguin, Asheley Shirley da Silva, Bárbara Soares Gius, Bruno Ferreira da Silva, Camila Lemos Puydinger, Carina Alamino Trida, Caroline da Silva Jacob, Daialy Bordini Ujaque, Marcus Vinícius dos Santos Novaes, Thales Henrique dos Santos e Thayse Mastrocola Soares. O artigo coloca em debate a discussão da verdade real, da atividade cognitiva do julgador e de seu livre convencimento no Novo Código de Processo Civil em oposição a rigidez da legislação anterior.

O artigo que encerra esse volume resulta também de projeto de pesquisa institucional

coordenado pelo professor Kleber Henrique Saconato Afonso e é denominado “A reforma trabalhista e a alteração da redação do parágrafo 2º do artigo 58, da CLT, referente às horas de percurso”. De autoria de Leila Renata Ramires Masteguin, Adriano Antônio de Oliveira, Bárbara Larocca, Caio Henrique de Azevedo Figueiredo, Carina Alaminio Trida, Gabriela Rodrigues Abreu e Igor Melhado Gardinal, o texto expõe e problematiza a mudança promovida pela reforma trabalhista no tratamento legal conferido às horas de percurso do trabalhador no deslocamento de sua casa até o posto do trabalho.

Este volume da revista “DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares” disponibiliza artigos cuidadosamente produzidos com cuidado técnico para viabilizar a leitura, o debate e a reflexão da comunidade acadêmica sobre temas atuais e pertinentes.

Boa leitura!

Os Editores

A participação popular na administração pública: direito ou dever constitucional¹?

ALANA FÁVARO

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-Graduada em Direito Constitucional e Eleitoral pela Universidade de São Paulo (USP – FDRP).

Resumo: A Constituição Federal de 1988 prevê em seus artigos 1º e 14, que todo o poder emana do povo, podendo ser exercido por representantes eleitos ou de forma direta, utilizando-se dos institutos da participação popular: plebiscito, referendo e iniciativa popular. A participação popular é o instrumento pelo qual o cidadão toma as decisões de forma direta nos assuntos da administração pública, exercendo a denominada soberania popular. Deste modo, é necessário compreender o legítimo significado dos conceitos de república e democracia, a forma de efetivação da cidadania e os mecanismos de uso da participação popular para, assim, interpretar a participação popular como um direito e um dever dos cidadãos, numa relação de complementariedade e não de alternância. É direito, no sentido de garantia, de conquista. É dever, no sentido de compromisso com exercício da cidadania, que é irrenunciável. Enfim, uma soma de ideias que conduz ao entendimento de que ao povo é conferida a posição de verdadeiro titular da administração pública e ao governante, um mero aplicador desta vontade popular.

Palavras-chave: Cidadania. Participação popular. Direito. Dever.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 provides in articles 1st and 14, that all power emanates from the people, and can be exercised by elected representatives or directly, using the institutes of popular participation: plebiscite, referendum and popular initiative. The popular participation is the instrument by which the citizen makes a direct decision in the ones of the public administration, exerting a denominated popular sovereignty. In this way, it is necessary to understand the legitimate meaning of the concepts of republic and democracy, a form of effective citizenship and the mechanism of use of popular participation, in order to interpret popular participation as a right and duty of citizens, a relation of complementarity and not alternation. It is right, in the sense of guarantee, conquest. It is a duty, in the sense of commitment to the exercise of citizenship, that is inalienable. Finally, a sum of ideas that leads to the understanding that the people are given a position of true holder of the public administration and government, a mere applicator of this popular will.

Keywords: Citizenship. Popular participation. Right. Duty.

Introdução

A Inconfidência Mineira foi uma revolta ocorrida no ano de 1789, em Minas Gerais. Os inconfidentes, assim chamados pela falta de fidelidade com a Coroa, eram pessoas ricas e instruídas, exceto Joaquim José de Silva Xavier, que trabalhou como comerciante, dentista – profissão esta que deu origem ao seu apelido de Tiradentes – e também como alferes no âmbito militar. Eram influenciados pelos ideais iluministas, buscando a proclamação da república da região de Minas Gerais e melhores condições sociais, econômicas e culturais para a população.

Planejavam executar uma revolta durante a exigência da derrama – imposto que era cobrado sobre o ouro e que atingia toda a população. No entanto, foi suspensa a cobrança da derrama pelo Visconde de Barbacena, ocorrendo a prisão e a expulsão de vários inconfidentes, com exceção de Tiradentes, que foi enforcado, esquartejado e dependurado por vários lugares entre Minas Gerais e o Rio de Janeiro.

Consabido, Tiradentes tornou-se o mártir da Inconfidência Mineira e toda a história da revolta

¹ Este artigo é fruto do trabalho de conclusão de curso na área de Direito Constitucional, desenvolvido por Alana Fávaro ao longo dos anos de 2016-2017.

serviu como sustentação para a Proclamação da República alguns anos depois. Hoje, a bandeira da Inconfidência, com os dizeres “*Libertas que seras tamen*” ou “Liberdade ainda que tardia” é a bandeira de Minas Gerais.

A imortal escritora brasileira Cecília Meirelles deixa-nos um precioso legado nos poemas do “Romanceiro da Inconfidência”, publicado em 1977, no conjunto do livro “Obra Poética”, escrevendo os detalhes desta revolta por meio de poesias, detalhando o poder do povo brasileiro e como, naquela época, lutava pelo cumprimento dos seus direitos e por mudanças sociais. O poema é, sobretudo, a afirmação de um momento histórico que não se pode esquecer.

Neste sentido, ao relacionar a história da Inconfidência Mineira ao tema do presente trabalho, verifica-se que o povo brasileiro sempre foi um povo batalhador, no sentido de buscar a efetivação de seus direitos e também de exercer seus deveres e, acima de tudo, de procurar aumentar sua participação na sociedade. Os fatos históricos afastam a ideia de que o brasileiro é um ser acomodado, que aceita passivamente as decisões dos governantes e representantes.

Importante registrar uma passagem do poema que retrata a força de um povo brasileiro orgulhoso, insistente e sonhador com as lutas, em contraposição ao comportamento dos governantes, surdos à voz da população. Nos dizeres:

Melhor negócio que Judas fazes tu, Joaquim Silvério! Pois ele encontra remorso, coisa que não te acomete. Ele topa uma figueira, tu calmamente envelheces, orgulhoso e impenitente, com teus sombrios mistérios. Pelos caminhos do mundo, nenhum destino se perde: Há os grandes sonhos dos homens, e a surda força dos vermes².

A Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, instituiu a democracia semidireta ou participativa, nos dizeres do artigo 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, complementado pelo artigo 14: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”

Entende-se por participação popular, o instrumento pelo qual o cidadão participa diretamente das decisões no âmbito político-administrativo, exercendo sua cidadania e soberania. Ela é essencial para o futuro da democracia, pois confere ao cidadão poderes, colocando-o em uma posição de verdadeiro titular da coisa pública, e ao governante, uma posição de aplicador da vontade popular.

Com a Inconfidência Mineira e tantas outras revoltas populares, é possível constatar que o povo brasileiro se empenha em ter maior participação e atuação na administração pública. Com a previsão no artigo 14 da Constituição, criam-se meios para a efetivação desta participação, o que será verificado no presente trabalho, que não é só considerada como direito constitucional, mas também como dever irrenunciável!

A alvorada da democracia participativa, nos dizeres de Paulo Bonavides³, se desenha nas linhas do horizonte político e esparge luz sobre as esferas teóricas nas quais se constrói um novo constitucionalismo de luta e resistência, abraçado com o povo, com a cidadania, com as atas da

²MEIRELLES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. Texto integrante da Obra poética. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S/A, 1977. Livro digital. p. 105.

³BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 176.

Inconfidência. O que jamais poderá sucumbir é o povo brasileiro.

É com esta mensagem que o presente trabalho, de forma despretensiosa, buscará detalhar o que todos precisam saber: como fazer valer a participação popular?

República e democracia representativa

A origem da República remonta à cidade de Roma. Após sua fundação, Roma era dividida em três classes: patrícios (proprietários de terras); clientes (prestadores de serviços) e os plebeus (artesãos, estrangeiros e pessoas que não se enquadravam nas outras duas classes), tendo como forma de governo a Monarquia. Destaca-se que a plebe, apesar de ser a mais numerosa não era considerada parte do povo, este era formado pelos patrícios e clientes⁴. Por um ato de rebeldia dos patrícios, a monarquia foi derrubada e instituiu-se a República, comandada por estes, deixando, mais uma vez, os plebeus à escória. Após várias lutas entre os patrícios e plebeus, esta última classe conseguiu avanços em seus direitos, como os Tribunos da Plebe, a Lei da Canuléia, e uma das mais significativas - o plebiscito - oportunidade na qual a plebe poderia votar as leis e estas teriam validade no Estado romano, tornando a república romana mais democrática⁵.

Assim, com a instauração da República em Roma e seu posterior desenvolvimento, as leis e o exercício da cidadania eram uma das prioridades dos romanos, desenvolvendo eu próprio Direito, que foi difundido pelos povos e, inclusive, adotado como base pelo Direito brasileiro.

Segundo o conceito do orador Marco Túlio Cícero, em seu livro “Da República”, ele a define como “a República coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum”⁶. Nesse conceito é explícito o papel do povo, que não é considerado apenas como um conjunto de pessoas, mas pessoas reunidas em busca do bem comum, interessadas na lei e na sociedade. República ou res publica é a coisa pública e o povo é o seu verdadeiro dono, tornando-se o titular do patrimônio público a quem o governante deve prestar esclarecimentos e agir conforme sua vontade.

A origem, o conceito e a própria palavra democracia têm relação direta com a cultura grega, remetendo-se a Atenas. Primeiramente, cumpre relembrar a história de Atenas. A cidade-estado grega de Atenas continha povos de diferentes origens e eram separados em tribos, que foram formando as pólis. De início, era constituída pelos eupátridas (proprietários de terra), georgois (pequenos agricultores) e demiurgos (trabalhadores liberais), vivendo sob o regime monárquico (basileus detinham o poder) e com forte influência dos eupátridas⁷. Com o passar do tempo, o regime fixado foi o oligárquico, sob o comando do Arcontado (os arcontes eram escolhidos por um determinado período para governar). Ao longo dos anos, a aristocracia começa a ter maior poder e visibilidade, tanto na guerra quanto na política. Despontam os legisladores: Drácon, Sólon e Clístenes. Com as leis de Drácon, poucas foram as mudanças ocorridas no âmbito político, pois os eupátridas ainda continuavam governando, entretanto, era uma legislação rígida e com pena de morte para vários atos⁸.

⁴COULANGES, Fustel De. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 260-261.

⁵ARRUDA, José Jobson de Andrade. *História antiga e medieval*. São Paulo: Ática, 1976. p. 200-202.

⁶CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Tradução e notas Amador Cisneiros. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 30.

⁷ARRUDA, op. cit., p. 144-145.

⁸Ibid., p. 146.

Por outro lado, com Sólon surgiram os partidos políticos e as rivalidades entre eles, o que criou um cenário ideal para a tirania se fortalecer. Após certo lapso temporal, Clístenes encontra a base para aplicar suas ideias e implantar a democracia, passando a conceder direitos políticos para todos os cidadãos, inclusive a participação direta nas decisões políticas, o que antes era concedido apenas para algumas classes. Com essa reforma, Atenas foi dividida em várias partes e cada cidadão deveria integrar uma *trittie*⁹ ou demo que o representaria, o que viria a ser chamado mais tarde de governo do demos ou democracia.

Nesse sentido, a democracia ou *demokratia* surgiu na Grécia e significa governo do povo. Aqui, cumpre ressaltar a célebre frase de Abraham Lincoln sobre o seu significado: “Democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”¹⁰. Dessa forma, explana-se o conceito: governo do povo é aquele em que o povo é o titular do poder, escolhendo quem irá governar; governo pelo povo é governar de acordo com a vontade e os ideais populares, e governo para o povo é o governo em que o povo terá seus direitos e um bom convívio em sociedade efetivamente garantido pelo governante.

A democracia direta era aquela encontrada na Grécia antiga, especialmente em Atenas, em que os cidadãos se reuniam em um local público para debater os assuntos políticos e tomavam as decisões.

As decisões políticas, administrativas e legislativas eram adotadas diretamente pelo povo, sendo considerado povo apenas os homens livres, excluindo-se as mulheres, escravos e crianças¹¹. Dessa forma, remete-se aos dizeres de Aristóteles, em seu livro “A Política”: “A cidade é uma multidão de cidadãos, e assim é preciso examinar o que é um cidadão e a quem se deve dar este nome”¹². Esse tipo de democracia era exercida em sociedades com menor número de habitantes e menos avançadas.

Por outro lado, a democracia representativa é aquela em que os cidadãos elegem os seus representantes políticos por um determinado período. Está expressa na Constituição Federal de 1988, no parágrafo único do seu artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Dessa forma, exercer por meio de representantes eleitos estar-se-á referindo à democracia representativa, e quanto ao termo diretamente, está ligado à democracia semidireta.

Cidadania e a Constituição Federal de 1988

Em um contexto histórico, o homem passa da sua simples condição para atuar na área política e exercer sua cidadania, passando a ser considerado cidadão. No momento em que o homem começa a entender a sua posição dentro da cidade e da república, o exercício da cidadania se torna mais concreto e discutir as questões políticas fomenta a participação política do cidadão.

O termo cidadania tem origem no latim *civitas*¹³ e significa cidade. Utilizado pela primeira vez na Roma Antiga, remete-se à conjuntura política e social das pessoas. Entretanto, nem todos eram considerados cidadãos na Roma Antiga. Existiam os romanos livres (patricios, clientes e plebeus), os romanos escravos e os estrangeiros¹⁴, contudo, somente os romanos livres e com cidadania ativa tinham direitos políticos. Como já anteriormente explicado, os plebeus conseguiram por meio das

⁹Ibid., p. 149-150.

¹⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 126.

¹¹KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 413.

¹²ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 91.

¹³PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 49.

¹⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. p. 18-19.

lutas avanços em seus direitos, passando a serem considerados cidadãos.

A cidadania é uma atribuição do cidadão para participar das atividades políticas, atuando de forma sensata e consciente. Nesse sentido, o melhor conceito, segundo Carmen Lucia: “A cidadania é, assim, o exercício da liberdade responsável do homem em sua projeção além de si mesmo, no seu encontro com os que partilham a experiência de vida em comum em determinada sociedade política”¹⁵.

Ser cidadão nos dias de hoje é ser cidadão do mundo e para o mundo. É buscar a efetivação de direitos em todos os âmbitos e em todos os territórios. O cidadão para participar das atividades do Estado não necessariamente precisa estar incluído nele, ou seja, não precisa ter cargo ou emprego público, a sua condição de cidadão já fornece o respaldo necessário para participar da vida política do Estado e da sociedade, uma vez que está inserido nesse âmbito e participar ativamente só o torna mais consciente. Além de ser direito fundamental, é dever do cidadão esta participação, estabelecendo uma relação de confiança entre ele e o Estado, e também com o Direito, que fundamenta essa ligação e gera a base para que seja exercida seguindo os princípios constitucionais.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH) traz diversas situações em que elenca os direitos e deveres do homem, relacionando-o de um modo complexo e aprofundado com a cidadania, como percebe-se nos primeiros artigos:

Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. 2º Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Resta claro que o conceito de cidadania se modificou ao longo dos tempos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, não ficando restrita somente nos direitos políticos, mas também nos direitos e garantias fundamentais¹⁶.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, é conhecida como Constituição Cidadã, marcando a presença democrática do cidadão no Estado. Em seu artigo 1º, como já dito anteriormente, ela estabelece seus fundamentos, que são: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, deixando evidente também em seu parágrafo único, que todo o poder emana do povo.

Em contraste com as constituições existentes, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de mudanças para o cidadão, ampliando sua autonomia e seus direitos, entre elas: o voto facultativo aos analfabetos e às pessoas maiores de setenta anos; ampliação dos partidos políticos; a reeleição; fortalecimento dos sindicatos e dos direitos dos trabalhadores; *habeas data* e mandado de segurança coletivo; melhoria nos direitos sociais e principalmente, o tema específico deste trabalho, acrescentou, em seu texto constitucional, os instrumentos: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

¹⁵ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 111.

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014. Livro digital. p. 447-448.

Instrumentos de atuação direta do cidadão: plebiscito, referendo e iniciativa popular

A consolidação da democracia semidireta deu-se após a Primeira Guerra Mundial e está intimamente relacionada à Suíça, com a utilização do *referendum*, da iniciativa popular e também do veto popular. Entretanto, destaca-se que a Suíça já realizava os *Landsgemeindes*¹⁷ (assembleias legislativas) no século XIII. No mesmo contexto pós-guerra, países como a Itália e França também passaram a adotar o referendo e a iniciativa popular. Com o tempo, expandiu-se para os Estados Unidos da América, que já detinham um prévio contato com esse tipo de democracia, sendo aplicado no Estado de South Dakota, o primeiro Estado a empregar o exemplo da legislação direta, por volta de 1898¹⁸.

Por sua vez, no Brasil, a democracia semidireta foi consagrada definitivamente com a Constituição Federal de 1988, mas já haviam utilizado um de seus institutos - plebiscito - anteriormente.

A democracia semidireta ou participativa é uma democracia mista, pois é aquela em que o cidadão participa de determinadas decisões e, em outros casos, seus representantes que deliberam. Nesse sentido, os ensinamentos de Darcy Azambuja:

Trata-se de uma aproximação da democracia direta. É um sistema misto, que guarda as linhas gerais do regime representativo, porque o povo não se governa diretamente, mas às vezes tem o poder de intervir diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais.¹⁹

Nessa esteira, permite ao cidadão participar diretamente de algumas decisões no âmbito político nacional, exercendo sua cidadania e soberania.

Com base em todos os tipos de democracia ao longo do presente trabalho, conclui-se que a nossa democracia é semidireta (representativa e direta), como está disposto no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”²⁰.

A democracia semidireta ou participativa passa a ser o centro da relação política e cidadã, de modo que o cidadão começa a exercer sua soberania e participação de forma mais legítima.

O instituto do plebiscito está relacionado ao latim *plebis* e *scitum*²¹, remetendo-se às decisões tomadas pela plebe na época da Roma antiga. O plebiscito foi uma conquista dos plebeus ante o domínio dos patrícios na cidade romana.

É um meio de consulta popular feita de forma prévia (*a priori*), sobre determinados assuntos, como disposto no artigo 2º, parágrafo primeiro da Lei 9.709/1988: “O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido”.

Pode-se concluir, nas palavras de Fernando de Brito Alves, “no plebiscito, a autorização popular é condição para que o ato do poder público produza efeitos”²².

O processo para a realização do plebiscito é feito de maneira acessível, ocorrendo primeiramente a convocação, que é de competência exclusiva do Congresso Nacional, disposto no artigo 49, inciso XV da Constituição Federal e segue o procedimento descrito na lei:

¹⁷ GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta. Referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 166, p. 09-21, abr./jun. 2005. p. 9.

¹⁸ *Ibid.*, p. 14.

¹⁹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. p. 251.

²⁰ Grifo nosso.

²¹ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 34.

²² ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 226.

Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do §3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

Art. 8º Aprovado o ato convocatório, o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral, a quem incumbirá, nos limites de sua circunscrição:

I – fixar a data da consulta popular;

II – tornar pública a cédula respectiva;

III – expedir instruções para a realização do plebiscito ou referendo;

IV – assegurar a gratuidade nos meios de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta.

Art. 10 O plebiscito ou referendo, convocado nos termos da presente Lei, será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

No que diz respeito aos Estados e Municípios (criação, fusão, desmembramento e incorporação) e na criação de Territórios, o plebiscito é utilizado ouvindo as populações diretamente interessadas e que serão afetadas pelas mudanças territoriais.

Por fim, relembra-se que o plebiscito foi instituído pela primeira vez com a Constituição Federal de 1937, conhecida como “Polaca” e posteriormente mantido na de 1946²³. Após esses marcos, só foi novamente previsto na Constituição Federal de 1988, consagrando a democracia semidireta e a soberania popular.

Nesse sentido, a participação do cidadão é fundamental nesse tipo de consulta popular, pois os interesses ali tratados atingem-no de forma real, como no trecho do livro “A Política” de Aristóteles: *“É preciso que todos os cidadãos participem em comum de tudo ou de nada, de certas coisas e não de outras. De nada participar é impossível, sem dúvida; porque a sociedade política é uma espécie de comunidade”*²⁴.

O referendo, do latim, *ad referendum*²⁵, é um outro instituto relacionado à democracia semidireta e ao poder de voto do povo. Sua origem é associada aos cantões suíços, pois lá eram realizadas consultas populares e Assembleias. Previsto no artigo 2º, parágrafo segundo da Lei 9.709/1998, o referendo é conceituado como: “O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”.

Dessa forma, referendo é o instrumento utilizado pelo povo após o ato (*a posteriori*), podendo ratificá-lo ou rejeitá-lo. Em seu texto, Carmen Lúcia ressalta:

Através dessa atuação, o titular da soberania, que é o povo, faz-se autor da própria decisão, influenciando diretamente em sua eficácia, pela manifestação sancionadora da proposta ou do pronunciamento do órgão estatal competente. O referendo é, pois, uma garantia de afirmação direta da vontade do

²³ALVES, op. cit., p. 226-227.

²⁴Op. cit., p. 47, grifo nosso.

²⁵ROCHA, op. cit., p. 139.

povo, tornada eficaz através de manifestação formalizada perante o Estado e que o compromete com o resultado nele havido.²⁶

Nesse sentido, o método para execução do referendo é feito de modo claro, sendo que, primeiramente, há a autorização do Congresso Nacional, conforme disposto no artigo 49, inciso XV da Constituição Federal de 1988, e posteriormente segue o procedimento já descrito no plebiscito.

Destaca-se também que o referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias contados da promulgação de lei ou da medida administrativa, de acordo com o artigo 11 da referida lei.

Por fim, o instituto da iniciativa popular tem sua instauração relacionada à Suíça e aos Estados Unidos, no Estado de South Dakota, que no ano de 1898 adotou o instituto²⁷. Enumerado no artigo 13 da Lei 9.709/1998, dessa forma descrito:

Art. 13 A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitoral nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Desse modo, é o instrumento que permite ao cidadão um maior poder no âmbito legislativo, pois atribui ao cidadão a legitimidade para elaborar projetos de lei. Nesse contexto, remete-se a um trecho do livro de Paulo Bonavides: “Em se tratando, porém, de democracia, há quem atender a este requisito fundamental: legisla quem tem legitimidade. E legitimidade quem a tem é povo”²⁸.

Para apresentar um projeto de iniciativa popular é certo que deverá preencher alguns requisitos, tal como descrito na lei: conter assinaturas de no mínimo um por cento do eleitorado nacional espalhado por cinco Estados, sendo que em cada um deles não poderá ter menos de três décimos por cento de eleitores; o projeto é apresentado à Câmara dos Deputados e o contexto do projeto é de um único assunto. Ressalta-se também que, se o projeto apresentar algum vício em sua forma, a Câmara dos Deputados fará a correção. Após recebido o projeto pela Câmara, passará a tramitar conforme o próprio regimento desta.

A participação popular na administração pública: direito ou dever constitucional?

Segundo a definição, *particeps* é aquele que participa, que detém uma parte, um quinhão²⁹.

Como discurrido ao longo do trabalho, é da essência do cidadão participar e, ao fazê-lo, está exercendo um direito e manifestando sua opinião, mas acima disso, tornando a república cada vez mais pública.

Imperioso destacar o seguinte trecho sobre a participação e seu papel na democracia:

A participação é um processo de desenvolvimento da consciência crítica e de aquisição de poder. Hoje se encontram a favor dela tanto os setores progressistas que desejam uma democracia autêntica, quanto os setores tradicionalmente desfavoráveis aos avanços das forças populares. A razão é que a participação oferece vantagens para ambos. Ela pode ser implantada tanto para atender a objetivos libertários e de igualdade quanto para aprisionar e manter uma situação de controle servil. Portanto, ela é o veículo de transmissão ideológica e de desenvolvimento de

²⁶ Ibid., p. 139-140.

²⁷ GARCIA, op. cit., p. 14.

²⁸ Op. cit., p. 345.

²⁹ LOPES, Eudóxia Camila Cerqueira; LIMA, Antonio Bosco de; SHIMAMOTO, Vieira de Melo. *O Estado e o controle social no Brasil*. Uberlândia: Edifu. 2011. p. 88.

projetos variados. [...] Entretanto, salientamos que a participação não é somente um instrumento para a resolução de problemas, mas também uma situação inerente à natureza humana pelo fato de o homem ser um ser social.³⁰

A participação passa a ser vista como um fator inerente ao homem, o animal político e social, é por meio dela que as maiores transformações ocorrem, uma vez que o povo, unido em razão do bem da sociedade, utiliza esse meio para buscar por mais democracia e pela realização de conquistas políticas, sociais, culturais e econômicas.

A participação popular, abrangendo todos os seus institutos (plebiscito, referendo e iniciativa popular) pode ser entendida como direito ou dever dos cidadãos.

Ao ser analisada como um direito, é uma conquista, uma garantia do cidadão frente às esferas governamentais. Tal garantia está prevista no texto constitucional em seus artigos 1º e artigo 14, em que todo poder emana do povo e este exerce o princípio da soberania popular.

Depreende-se de tal princípio que o povo tem o poder soberano, originando-se da população, sendo exercido pelo sufrágio universal, pelo voto e pelos institutos da participação popular. A soberania popular, ao ser analisada em conjunto com a participação, passa a ser vista como um direito intrínseco ao cidadão e que firma o exercício do poder e sua titularidade nas mãos do povo, os detentores originais de todo poder. Nesse sentido, destaca Carmen Lúcia:

A expressão “soberania popular”, empregada pelo constituinte, explicita a condição de titularidade do poder. Não apenas o seu titular é o povo, mas é esse que detém a soberania, o que significa afirmar-se, juridicamente, que a sua decisão é soberana, não a do seu representante, que apenas exerce em seu nome as competências pelas quais se cumprem as funções estatais. A legitimidade que torna soberana, no regime democrático o exercício do poder pelo representante do povo, é a que conforma a ação do representante à determinação do povo.³¹

Como um direito, ainda se remete aos conceitos de república e democracia. República ou *res publica*, entendida como coisa do povo e democracia ou *demokratia*, o governo do povo e ainda, de forma mais específica, o conceito de democracia direta, em que o povo toma as decisões diretamente.

Entende-se que o povo, como titular da coisa pública e como governante, assume efetivamente as decisões e tem o domínio da participação, garantindo esse direito na administração pública, formando uma conexão de conceitos. Ressalta-se as palavras de Paulo Bonavides, que relaciona democracia com participação:

O substantivo da democracia é, portanto, a participação. Quem diz democracia diz, do mesmo passo, máxima presença de povo no governo, porque, sem a participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis.³²

Além de ser um direito previsto, também pode ser entendida como um dever. É um dever dos cidadãos participar ativamente da vida em sociedade, no meio político, cultural ou econômico. O cidadão tem como dever efetivar a sua real cidadania, por meio do voto, das manifestações populares

³⁰ Ibid., p. 88.

³¹ Op. cit., p. 132.

³² Op. cit., p. 283.

e, principalmente, pela participação popular.

A participação popular vista como um dever também é a forma do cidadão de prestar contas à sociedade, de tornar único e irrenunciável o dever de participar.

A cidadania e o interesse público nos assuntos da administração deve ser irrenunciável, ou seja, o cidadão tem a obrigação de empenhar-se para cumprir com seus deveres, de forma que não pode abdicar do que já fora conquistado e sim, zelar pelo seu cumprimento.

Entende-se, neste momento, que a participação popular é um direito-dever dos cidadãos perante a sociedade. Ao ser instituído o direito à participação popular, gera-se também um dever a essa participação. Não é alternativo, é complementar. Ressalta-se que tal exposição coaduna com o entendimento de Carmen Lúcia:

A participação política é a marca da presença democrática do cidadão do Estado. Como a cidadania é a marca da República, e a Lei fundamental de 1988 confere o nome de República ao Brasil e a ela mesma foi dada o cognome de Constituição-Cidadã. A cidadania brasileira é direito-dever fundamental de cada um.³³

Nota-se, todavia, que a participação como direito-dever nos assuntos da órbita da administração pública, embora seja livre e igual para todos, ainda não é eficiente. Os cidadãos não têm o total conhecimento e domínio do seu poder perante o poder público, ou seja, ainda não possuem a consciência necessária de que são os verdadeiros titulares da coisa pública e os governantes, apenas administradores de sua vontade.

Para tanto, para fortalecer seu direito-dever de participação popular é necessária uma ampla conscientização do povo para que este assuma uma postura consciente, firme e política na sociedade.

Conclusão

Muitas foram as revoltas e manifestações ocorridas no país, como a Inconfidência Mineira, Diretas-Já, Caras Pintadas, entre outras, que mostraram a atitude da população na prevalência por seus direitos e deveres no âmbito político e social, buscando melhorias em várias áreas.

O povo, como titular da *res publica* ou coisa pública, verdadeiro detentor dos poderes da administração, tem a necessidade de efetivamente participar das decisões na democracia. No entanto, é necessário que esse mesmo povo comece a exercer sua cidadania de forma mais ampla, conhecendo seus direitos e deveres.

A República teve sua origem na cidade de Roma e era dividida entre patrícios, clientes e plebeus. República significa *res publica*, ou seja, coisa pública. Neste sentido, o povo é o seu verdadeiro dono, tornando-se o titular do patrimônio público a quem o governante deve prestar esclarecimentos e agir conforme sua vontade. É uma forma de governo em que o povo atua diretamente na escolha de seu representante.

Por outro lado, a democracia surge na cidade-grega de Atenas e quer dizer o governo do povo, ou seja, aquele em que o povo é o titular do poder, escolhendo quem vai governar. Na democracia, o governante age de acordo com a vontade e os ideais populares e o povo terá seus direitos e um bom convívio em sociedade efetivamente garantido pelo governante. Divide-se em democracia direta,

³³ Op. cit., p. 130.

aquela em que o povo toma diretamente as decisões; democracia representativa, pela qual o povo escolhe os seus representantes e ainda, democracia participativa ou mista, com o povo decidindo diretamente e também escolhendo os representantes.

República e democracia são institutos relacionados ao direito de participação, a uma garantia que está prevista no artigo 14 da Constituição Federal de 1988, fazendo com que o povo exerça seu direito de participar diretamente dos assuntos da vida comum.

Nesse cenário histórico-republicano, o homem começa a entender a sua posição dentro da cidade e da república, de modo que o exercício da cidadania se torna mais concreto e ao discutir questões políticas, é fomentada a participação do cidadão. A palavra cidadania significa cidade e remete-se à Roma antiga, dispondo sobre a condição política e social das pessoas, sendo que, hoje, ser cidadão é buscar a efetivação de direitos em todos os lugares, não somente em seu Município, Estado ou país.

Além de ser um direito fundamental, é dever do cidadão a participação, estabelecendo uma relação de confiança entre ele e o Estado, e também com o Direito, que fundamenta essa ligação e gera a base para que seja exercida seguindo os princípios constitucionais.

Tem-se um conjunto de valores sociais, políticos e civis que vão formar o ideal de cidadania, transformando o homem em um cidadão comprometido com o meio público e com seu bem comum.

Nesse contexto, destaca-se a democracia semidireta ou participativa, ou seja, uma democracia mista, em que o cidadão participa de determinadas decisões e, em outros casos, seus representantes que deliberam. Passa a ser o centro da relação política e cidadã, de forma que o cidadão começa a exercer sua soberania e participação de forma mais legítima. É prevista no artigo 1º da Constituição Federal e abarcada pelos institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular, elencados no artigo 14 da Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.709 de 1998.

O instituto do plebiscito remete às decisões tomadas pela plebe na Roma antiga, sendo um meio de consulta popular feita de forma prévia (*a priori*), sobre determinados assuntos. Já o referendo, utilizado nos cantões suíços, é o instrumento usado pelo povo após o ato (*a posteriori*), podendo ratificá-lo ou rejeitá-lo. E ainda, a iniciativa popular, também utilizada na Suíça e nos Estados Unidos, é o meio que permite um maior poder no âmbito legislativo, pois atribui ao cidadão a legitimidade para elaborar projetos de lei.

Tais instrumentos são de máxima importância para o cidadão no exercício de seu poder, de modo que desempenha seu papel de cidadão de forma soberana. Ocorre que, ao verificar a história democrática brasileira, percebe-se que tais mecanismos foram pouco utilizados, de forma que ainda é necessária uma conscientização ampla na população para efetuar melhores mudanças em prol da sociedade.

A participação é intrínseca ao cidadão, inerente ao homem. Como animal político e social, é de seu âmago participar dos assuntos públicos. Ao fazê-lo, exerce um direito e manifesta sua opinião, mas, sobretudo, torna a república cada vez mais pública.

Destaca-se, no âmbito da administração pública, a criação de outros instrumentos de participação, como audiências públicas, orçamento participativo, conselhos de políticas públicas, direito de petição, controle social, entre outros. É desta maneira que o cidadão assume uma postura ativa dentro da esfera pública e política.

Para o presente trabalho, a participação popular não pode ser compreendida como um direito ou como um dever, numa relação de alternância; ao contrário, é direito-dever dos cidadãos.

Refletida como um direito, a participação popular é uma garantia, uma vitória do cidadão. O povo utiliza-se de seu direito do sufrágio universal, do voto e dos institutos da participação popular para efetivar sua soberania popular, de modo que essa soberania é vista como um direito do cidadão. Ademais, juntamente com os conceitos de república e democracia tem-se que o povo assume seu papel na administração pública como titular da *res publica*, assumindo as decisões e participando ativamente.

De outra parte, examinada como um dever, é a forma pela qual o povo torna efetiva sua cidadania, pelo voto, pelas manifestações populares e pela participação, tornando único e irrenunciável seu dever de participar. O cidadão deve dedicar-se no cumprimento dos seus deveres e não declinar do que já foi alcançado.

A participação popular como direito-dever é a soma dessas ideias, a complementação necessária para atribuir ao cidadão seu verdadeiro lugar e poder no governo. É a ferramenta a ser utilizada pelo povo para obtenção de seu espaço no poder público, na posição central do governo como detentor do poder, na tomada de decisões de forma direta, no compromisso de efetivar a cidadania, transformando a república em legítima coisa pública.

Entre as ameaças austeras de governantes que não cumprem a missão constitucional de representar os interesses do povo, que põem em xeque o conceito de república e de democracia, numa paixão pela mediocridade que se exaspera a cada dia, só nos resta acreditar no poder do povo soberano, que tem legitimidade sim para trazer de volta a delicadeza da primavera, tão bem retratada nos versos de asas douradas de Cecília Meirelles, no “Romanceiro da Inconfidência”.

É tempo de conscientização. É tempo de participação popular como direito fundamental e como dever irrenunciável. Afinal, é possível acreditar que “um novo mundo começa, um outro destino, uma nova raça. Enfim, planos de melhores eras” .

Referências

- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- ARRUDA, José Jobson de Andrade. *História antiga e medieval*. São Paulo: Ática, 1976.
- AZAMBUJA, Darci. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Tradução e notas Amador Cisneiros. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2011.
- COULANGES, Fustel De. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta. Referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 166, abr./jun., 2005, p. 09-21.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Eudóxia Camila Cerqueira; LIMA, Antonio Bosco de; SHIMAMOTO, Vieira de Melo. *O Estado e o controle social no Brasil*. Uberlândia: Edifu, 2011.

MEIRELLES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. Texto integrante da Obra poética. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S/A, 1977. Livro digital.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014. Livro digital.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

O direito de resposta como garantia transindividual e sua positivação no Brasil ¹

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Advogada. Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). E-mail: ana_polacchini@yahoo.com.br

DRIELLY RIGOTI YAMADA

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

BEATRIZ FERREIRA

BRUNO FERREIRA DA SILVA

CAROLAINA BIANCA PERES

HELOISA DE MELO PINOTTI

ISABELA ZATTI PERIN

LAURA GABRIELA ZERBINATTI

MARIA CAROLINA RASCASSI

MARIA EDUARDA PASIANI

MARIA HELOISA MARTINS

MILENA PRADO BERETA

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

Resumo: Este trabalho faz uma investigação normativa da garantia constitucional do direito de resposta no Brasil, o artigo 5º, inciso V da Constituição Federal. A referência legal atual para o estudo desse direito é a Lei nº. 13.188/15 que, atualmente, regulamenta o dispositivo constitucional. A pesquisa promove um estudo conceitual do direito de resposta e do modo como passa a ser concebido e protegido legalmente, analisa a evolução da proteção constitucional desse direito e procura compreender o direito de resposta como garantia constitucional transindividual à luz da liberdade de expressão e pensamento.

Palavras-chave: Direito de resposta. Garantia constitucional. Democracia. Liberdade de expressão.

Abstract: This work makes investigation of the constitutional guarantee of the right of reply in Brazil, as prescribed by article 5, item V of the Federal Constitution. The current legal reference for the study of this right is Law nº. 13.188/15, which currently regulates this constitutional provision. The research promotes a conceptual study of the right of response and makes an analysis of the way in which it is legally conceived and protected. It also discusses the evolution of the constitutional protection of this right and seeks to understand the right of reply as a constitutional transindividual guarantee in the light of rights of freedom of expression and thought.

Keywords: Right to reply. Constitutional guarantee. Democracy. Freedom of expression.

Introdução

O direito de resposta, atualmente regulamentado pela Lei nº. 13.188/15², encontra-se previsto no artigo 5º, inciso V³ da Constituição Federal. Constitui uma garantia fundamental assegurada aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. O direito de resposta pode

¹ Este artigo é baseado na pesquisa "Filosofia do Direito e Direito Constitucional: dimensão hermenêutica e histórica dos direitos humanos no Brasil a partir de um estudo de caso", desenvolvida pelos discentes ao longo do ano de 2018, com o auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP. (PESQDIR2018626).

² BRASIL. Lei 13.188, de 11 de novembro 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Diário Oficial, Brasília, ed. 216, p. 01, 12 nov 2015. (Seção 01). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

ser invocado para ser exercido de modo proporcional ao agravo sofrido pela pessoa, sem prejuízo de consequências penais ou de eventual indenização por dano material, moral ou à imagem conforme disposto no mesmo inciso V.

O direito de resposta:

consiste essencialmente no poder, que assiste a todo aquele que seja pessoalmente afetado por notícia, comentário ou referência saída num órgão de comunicação social, de fazer publicar ou transmitir nesse mesmo órgão, gratuitamente, um texto seu contendo um desmentido, retificação ou defesa.⁴

Essa garantia constitucional é ferramenta que protege indivíduos e grupos em seus direitos de personalidade, promove o direito à verdade, como também fortalece a democracia e o exercício dos direitos à liberdade de expressão artística, científica, intelectual e de comunicação. A atual proteção conferida ao direito de resposta se insere no contexto favorecido por um ambiente que protege a dignidade humana e que foi positivado para viabilizar a convivência e para garantir a democracia e o respeito aos direitos individuais, como leciona Barroso⁵.

O direito de resposta era regulamentado pela Lei n.º. 5.250/1967⁶, chamada de Lei de Imprensa, que versava sobre a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. No entanto, esta norma foi considerada incompatível com o Estado Democrático de Direito com o advento da Constituição Federal de 1988, pelo julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 (ADPF 130), pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁷.

Por sua vez, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade (CONTCOP) propuseram no Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 10 e 11⁸). Solicitaram que fosse declarada a omissão legislativa na regulamentação do direito previsto no artigo 5, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

A norma constitucional passa então a ser regulamentada pela edição da Lei n.º. 13.188/15, também questionada no âmbito do STF, por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5418 (ADI 5418)⁹, proposta pela Associação Brasileira de Imprensa.

Este artigo tem por objetivo compreender o direito de resposta como garantia constitucional fundamental de proteção aos direitos de personalidade, à informação, à democracia e da liberdade de expressão artística, científica, intelectual, de pensamento e de comunicação, e o modo como foi concebido no direito brasileiro a partir de 1988, a partir do processo de redemocratização que estabeleceu novos paradigmas dentre os quais a proteção e promoção de direitos fundamentais.

Para tanto promove um levantamento bibliográfico da legislação aplicável e dos julgados

⁴MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 10.

⁵BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶BRASIL. Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. *Diário Oficial*, Brasília, p. 1.675, Seção 1, 10 fev 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º. 130*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 5 fev. 2019.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º. 10*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3984619>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n.º. 5418*. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4890857>. Acesso em: 8 mar. 2019.

no âmbito do STF. O levantamento bibliográfico inclui doutrina e artigos científicos que tratam do conceito de direito de resposta, dos direitos por ele protegidos ante a concepção de democracia. Promove, ainda, uma análise jurídico-normativa do progresso do direito de resposta proporcionalmente à liberdade de imprensa prevista nas constituições brasileiras. A referência para o estudo do progresso desse direito são as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a de 1988, bem como a regulamentação do direito de resposta pelas Leis 5.250/67 e 13.188/15.

O estudo baseia-se nos métodos: a) dedutivo, para analisar a legislação, tanto os dispositivos da lei de imprensa aplicáveis quanto os da nova lei do direito de resposta; b) hermenêutico, para avaliar a sua proteção a partir de 1988, se compatível com os institutos envolvidos, promovendo, por fim, uma análise de julgados e de aplicação do mencionado direito.

Democracia e liberdade

Segundo Barroso, a partir do século XIX consolidou-se o Estado de Direito e nesta configuração a supremacia das leis passa a imperar, sendo o Estado o detentor do monopólio da produção jurídica. Além do que, o Estado passou a se pautar pelo princípio da legalidade, ou seja, para que sejam válidas, o conteúdo das normas deve ser compatível com os procedimentos formais instituídos e o dever de subordinação se refere apenas a elas. Afirma que: “a norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista”¹⁰.

Por sua vez, na segunda metade do século XX, o chamado Estado Constitucional de Direito tem como principal característica a “[...] subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. [...]”¹¹. Faz-se valer a supremacia da lei maior sobre as demais leis e assim a configuração do direito normatizado e assentado no Estado passa a vigorar, submetidos a uma Constituição concebida como documento jurídico.

Essa dimensão se estrutura na Europa, no pós-guerra. O Brasil incorpora formalmente esses conceitos ao instituir constituições e estruturar a organização do Estado. Apesar disso, o processo histórico revela períodos de intensa oscilação na estabilidade e legitimidade do Estado (constitucional) de direito e é apenas com a Constituição de 1988 que essa dimensão passa a ser operacionalizada.

Dentre as conquistas do Estado de Direito e do Estado Constitucional, está a democracia. Para Canotilho, estado democrático e estado constitucional são conceitos indissociáveis, especialmente por conta do exercício da liberdade e da legitimidade dos atos¹².

O regime democrático é a garantia geral da efetivação dos direitos fundamentais. Partindo dessa ideia, é na democracia que a liberdade se expande, podendo assim o ser humano coordenar os meios necessários que busquem a sua realização de felicidade pessoal. Conforme a democracia avança, maior será o livramento de obstáculos que constrem o indivíduo, haverá mais liberdade para conquistar¹³.

José Afonso da Silva afirma que autoridade e liberdade se complementam, sendo a

¹⁰Op. cit., p. 280.

¹¹Ibid., p. 281.

¹²CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

¹³SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2017.

autoridade fator indispensável ao ordenamento social; já a liberdade está ligada à expansão individual necessária. A divergência está no estabelecimento desse equilíbrio. É importante salientar que a liberdade é firmada na ausência de coação *anormal, ilegítima e imoral*¹⁴.

Com efeito, dentre os direitos fundamentais está a liberdade que, segundo a doutrina tradicional, configura direito de primeira dimensão, resgatado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e pelo Pacto internacional dos direitos civis e políticos de 1966.

Para José Afonso da Silva, as liberdades constitucionais podem ser organizadas em cinco grupos: liberdade da pessoa humana, liberdade de pensamento, liberdade de expressão coletiva, liberdade de ação profissional e liberdade de conteúdo econômico¹⁵.

Interessa-nos o debate da liberdade de expressão e pensamento, em razão da discussão da garantia constitucional do direito de resposta. A liberdade de expressão e de opinião são garantidas pelo artigo XIX da DUDH que estabelece o direito de “ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

A liberdade de pensamento, para Silva, é o direito de o indivíduo de exprimir aquilo que se pensa. É a liberdade de opinião, de comunicação, religiosa, de expressão intelectual, artística, científica e cultural, de transmissão e recepção de conhecimento e de ação profissional¹⁶.

Para Tavares, a liberdade de expressão é “direito genérico” que inclui “formas e direitos conexos”, dentre os quais a liberdade de pensamento (emissão de juízos intelectivos) e o ato de externar sensações¹⁷. Sarlet, Marioni e Mitidiero também reconhecem o caráter geral da liberdade de expressão e complementam que não há uma terminologia uniforme das liberdades constitucionais, sendo que podem ser abordadas em conjunto como liberdades de comunicação¹⁸.

No mesmo sentido, Ramos, para quem a liberdade de expressão significa “o direito de manifestar sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza” e “abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias e valores”¹⁹. A liberdade de expressão, amparada no pensamento norte-americano, fundamenta-se, inicialmente, na busca da verdade e da democracia, na garantia da dignidade humana²⁰.

A doutrina reconhece a liberdade de opinião como uma liberdade primária em que o indivíduo adota sua própria escolha de pensar e dizer aquilo que acha certo e verdadeiro, como também pode fazer a recusa de determinados pensamentos que contrariem sua convicção religiosa, filosófica ou política²¹.

A liberdade de comunicação é um conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a criação, difusão e expressão do pensamento e da informação, na qual é assegurada a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. O acesso à informação é um direito individual, já a liberdade de informar se torna um direito coletivo²².

¹⁴Ibid., p. 232.

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.

¹⁷TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 490.

¹⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilhermes; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 488.

¹⁹RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 656.

²⁰OSÓRIO, Aline. Liberdade de expressão e democracia nos trinta anos da Constituição de 1988. In: FUX, Luiz (org.). *A Constituição da República segundo ministros, juizes auxiliares e assessores do STF*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 483-512. p. 485.

²¹SILVA, op. cit.

²²SILVA, op. cit.

Esse tipo de liberdade possui algumas restrições assim como todas as outras. A Constituição de 1988, na esteira de um Estado constitucional de direito, estabelece que a liberdade de expressão ou até mesmo o manifestante não podem causar danos a terceiros, impondo uma conduta que conflite com convicções religiosas, filosóficas e políticas. Mas ocorrendo o dano, ele deve ser ressarcido. O inciso IV do artigo 5º veda o anonimato.

Há que se considerar, ainda, que a “a liberdade de expressão possui duas facetas: a que assegura a expressão do pensamento e a que assegura o direito dos demais de receber, sob qualquer forma ou veículo, a manifestação do pensamento de outrem”²³. O direito de informar ao público sobre os acontecimentos e ideias não pode alterar a veracidade do fato; deve transmitir, portanto, uma informação correta.

As manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do pensamento, dando o direito a todos de produzir obras e divulgá-las sem censura. “A censura consiste em ato estatal de direcionamento ou vedação da expressão do indivíduo ou da imprensa, o que é proibido pela Constituição”²⁴.

Com efeito, é vedada qualquer forma de censura, seja de natureza política, artística ou ideológica na informação transmitida. Algumas manifestações artísticas ficam sujeitas a uma regulamentação especial que traz classificações de efeitos indicativos e não contraria princípios.

Direito de resposta

O direito de resposta, segundo Ramos, é “contrapartida do direito à livre manifestação do pensamento em uma sociedade democrática”²⁵ e significa “a possibilidade de replicar ou de retificar matéria publicada, sendo invocável por aquele que foi ofendido em sua honra objetiva ou subjetiva”²⁶. Para o ministro Celso de Mello:

O direito de resposta/retificação traduz, como sabemos, expressiva limitação externa, impregnada de fundamento constitucional, que busca neutralizar as consequências danosas resultantes do exercício abusivo da liberdade de imprensa, pois tem por função precípua, de um lado, conter os excessos decorrentes da prática irregular da liberdade de comunicação jornalística (CF, art. 5º, IV e IX, e art. 220, §1º.) e, de outro, restaurar e preservar a verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social.²⁷

Sendo assim, o direito de resposta sob a ótica constitucional é expresso claramente a fim de equilibrar o exercício da livre manifestação do pensamento (CF, artigo 5º, IV) e expressão, outro direito fundamental vigente na Constituição Federal que permite ao indivíduo exprimir aquilo que se pensa, livremente de censura, resumindo-se em várias formas de expressão como: liberdade de opinião, liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, entre outras, contudo, principalmente, a liberdade de imprensa (CF, artigo 220, §1º).

²³RAMOS, op. cit., p. 656.

²⁴Loc. cit.

²⁵Ibid., p. 660.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., acesso em: 5 fev. 2019, p. 11. (grifo nosso).

²⁷Ibid., p. 186.

Além da proteção ao indivíduo em seus direitos da personalidade, como também aparato para o exercício da liberdade, o direito de resposta garante o respeito aos direitos de uma coletividade ter garantida a verdade e a informação. Dessa forma, possui “dupla vocação constitucional, pois visa a preservar tanto os direitos da personalidade quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa”, circunstância em que assume uma natureza transindividual²⁸. Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero, os direitos fundamentais de terceira dimensão enquanto direitos de fraternidade ou de solidariedade,

trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem em princípio da figura homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de natureza transindividual (coletiva ou difusa).²⁹

Fundamentam essa dimensão afirmando tratar-se o direito de resposta de “meio de assegurar o contraditório no processo público da comunicação e atua, portanto, como garantia da democracia”³⁰.

O debate e a possibilidade de opor argumentos em um ambiente aberto e acessível é corolário da democracia que prima pela coletividade e transparência. O contraditório viabiliza a oposição de ideias e atinge a coletividade também na medida em que esta tem acesso amplo a informação e opinião, podendo formar seu juízo a respeito dos mais diversos campos da vida.

Macedo afirma que:

[...] em vários conceitos sobre democracia, a importância do contraditório é ressaltada no sentido simples de que os cidadãos devem ter acesso a vários argumentos e dados com o objetivo de formar o seu juízo seja sobre políticos, seja sobre políticas. É evidente que tão importante quanto esta noção é a necessidade de que essas informações sejam as mais corretas, ou que pelo menos as correntes adversárias tenham oportunidade e espaço de rebaterem informações inverídicas ou difamatórias.³¹

A Constituição de 1988 estabelece o direito de resposta em sintonia com o artigo 5º, incisos IV e IX. Embora seja imprescindível que para o exercício da liberdade de imprensa inexistam interdições e censuras, é necessária a aplicação de limitações e responsabilidades, seja em razão da necessidade de divulgar dados os mais corretos possíveis, ou juízos de valor ancorados em argumentos consistentes e responsáveis, seja em razão de eventuais danos causados, porquanto ser livre significa ser responsável. Ao assumir a liberdade, o indivíduo assume a responsabilidade originada dela. Nesse sentido se dá a garantia do direito de resposta, na mesma via em que foi propagada, pelo indivíduo que sentir-se lesado.

O Pacto de San Jose da Costa Rica também garante o exercício do direito de resposta, em seu artigo 14³²:

²⁸Loc. cit.

²⁹Op. cit., p. 310. Sarlet constrói esse argumento ancorado no pensamento de Celso Lafer que discorre sobre os direitos de titularidade coletiva, de terceira e quarta geração, como direitos cuja titularidade supera a condição singular do indivíduo e passa a ter por fundamento grupos, seja a família, o povo, a nação, a coletividades e a humanidade. Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das letras, 1988. p. 131.

³⁰SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 496.

³¹MACEDO, Sílvia Mugnatto. Direito de resposta nas eleições: em direção a uma teoria democrática? *Revista de Comunicação Política*, v. 6, n. 2, p. 55-80, 2016. Disponível em: <http://compolitica.org/revista/index.php/revista/issue/view/13>. Acesso em: 10 abr. 2019. p. 56.

³²ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos* (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seus prejuízos por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirá das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.
3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

Embora desde a outorga da primeira Constituição brasileira, em 1824, já estivesse prevista a livre manifestação do pensamento, independentemente de censura, o exercício deste direito ensejava a anuência em relação à responsabilidade pelos danos causados ao eventual indivíduo prejudicado por esta manifestação, nos termos do artigo 179, IV:

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publica-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.³³

Na Constituição de 1891, tornou-se livre a manifestação do pensamento através da imprensa, também independentemente de censura e com a devida responsabilidade pelos abusos, a partir da qual se determinou a vedação ao anonimato, nos termos do artigo 72, §12:

§12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.³⁴

Somente na Constituição de 1934, ao tratar do direito à livre manifestação do pensamento é que se passou a assegurar expressamente o direito de resposta do indivíduo prejudicado pela ausência de censura e a livre manifestação do pensamento, conforme o art. 113, item 9:

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.³⁵

Nota-se na referida carta que apesar da possibilidade de publicação de livros e periódicos, independentemente de licença do Poder Público, era vedada a tolerância quanto a propaganda,

³³BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

³⁴BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

³⁵BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

de guerra ou de processos violentos, que tivessem por objetivo a subversão da ordem política ou social.

A Constituição de 1937³⁶, que tinha por objetivo o respeito a honra dos indivíduos sob um regime de paz política e social, preconizava os limites para o exercício do direito de manifestação do pensamento, segundo o art. 1º, alínea 15: “15) Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (Vide Decreto nº 10.358, de 1942).”

Deve-se considerar que a lei poderia prescrever a censura prévia da imprensa, facultando à autoridade competente a proibição da circulação, a difusão ou a representação, a fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, ou quaisquer outras medidas para impedir manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes (itens a e b).

A Carta Magna de 1937 determinou que a imprensa fosse regida por legislação especial de acordo com alguns princípios, dentre eles a proibição do anonimato e a segurança do direito de todo cidadão de incluir, gratuitamente, nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação.

Na Constituição de 1946 permaneceram inertes as disposições que asseguravam o direito de resposta diante da livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, acrescentando-se apenas a intolerância de propagandas de preconceitos de raça ou de classe, conforme o art. 141, §5º:

§5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.³⁷

A Constituição de 1967 assegurava o direito de resposta no art. 150, §8º:

§8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.³⁸

Então, em 1988, a Constituição passava a preconizar, em seu artigo 5º, as garantias fundamentais asseguradas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, dentre as quais se observa no inciso V, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Durante a constituinte, a redação final³⁹ do inciso acima transcrito não trouxe grandes

³⁶BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

³⁷BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

³⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

divergências quanto ao projeto proposto, porém, o capítulo I: Dos direitos e deveres individuais e coletivos; era contido no artigo 4º com a mesma numeração de inciso. Ao realizar modificação do artigo 2º, esse mesmo capítulo passou a fazer parte do artigo 5º.

A redação do inciso V não trouxe grande euforia na Assembleia Constituinte, a proposta de mudança foi levantada pelo, até então, deputado federal pelo estado do Ceará, Osmundo Rebouças, que levantou em questão a supressão da expressão: “*além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”. Sua justificativa para tal supressão foi a de que esta já se encontrava no inciso X do mesmo artigo e assim se tornava redundante. Sua modificação não foi aceita e o texto se manteve em sua formatação inicial, utilizada até hoje.

O professor Celso Cunha então propôs a correção no dano à imagem propondo a palavra pública para defini-lo, porém, após a proposta ser posta em pauta durante a Assembleia Constituinte, ficou decidido que a palavra pública estava implícita e se manteve a redação original⁴⁰.

O direito de resposta por certo período de tempo foi regulamentado pela Lei nº 5.250/1967, a qual versava sobre a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, porém, em 2009, foi considerada inconstitucional pelo STF ante a consideração de que a norma foi editada segundo os moldes ditatoriais, os quais não se coadunam com o modelo democrático atual.

Por se tratar de garantia fundamental, mesmo ante a ausência da lei, sua eficácia é imediata, podendo ser exercido com base no texto constitucional. Vale dizer que o direito de resposta, segundo o ministro Lewandowski, “não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins”⁴¹. Como garantia, portanto, norma de caráter assecuratório, o direito de resposta é meio e não um fim em si mesmo, deve-se identificar os direitos afetados e observar a relação entre meios e fins.

Observa-se que embora seja livre a manifestação do pensamento, bem como o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o abuso desses direitos é circunstância que atrai o direito de resposta do ofendido, amparado na inviolabilidade à honra e à imagem das pessoas, como instrumento hábil a ser utilizado diante dos excessos da liberdade de imprensa.

Mas para progresso do direito de resposta exigia-se sua regulamentação que veio pela publicação da Lei nº. 13.188/15, a qual determina que o direito de resposta ou retificação poderá ser exercido, de forma individualizada, em face de todos os veículos de comunicação social que tenham divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido o agravo original.

Lei de Imprensa, ditadura e a ADPF 130

Conforme se afirmou acima, o STF entendeu que a Lei nº. 5.250/67 não foi recepcionada pela Constituição de 1988, consagrando a liberdade de expressão.

As liberdades públicas e seu exercício democrático sofreram a ingerência do Estado

³⁹A Assembleia Constituinte, livre e soberana, com convocação aprovada em 27 de novembro de 1985 sob a forma de Emenda Constitucional nº. 26, instituída para elaboração da atual Constituição Federal, iniciou seus trabalhos em 2 de fevereiro de 1987, com 553 constituintes, sendo 487 deputados federais e 72 senadores, e sob a presidência do senador Afonso Arinos e, em seguida, Ulisses Guimarães. Bernardo Cabral, relator, discutiu a elaboração dos artigos presentes na Constituição Federal (BARROSO, op. cit., p. 493).

⁴⁰BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília, DF, supl. B, 1987/1988. p. 150.

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., acesso em: 5 fev. 2019, p. 103.

ditatorial brasileiro. Sendo assim, na vigência da Constituição de 1967, o mencionado direito foi regulamentado pela Lei de Imprensa que versava sobre a liberdade de manifestação do pensamento, sendo que aquele ambiente se pautava pela limitação de direitos.

Em 1969 o poder foi tomado por uma Junta Militar e outorgou a Constituição de 1969 sob a forma de emenda. A partir de então, até março de 1974, quem ocupou a presidência foi o General Emílio Garrastazu Médici, em um período que ficou popularmente conhecido como anos de chumbo pela violenta perseguição aos opositores do regime, bem como censura às artes e à imprensa, além da tortura aos presos políticos⁴².

Em um estado constitucional de direito, segundo Barroso, a jurisprudência se torna meio apto a “[...] invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição”⁴³.

Adentra na seara da compreensão e aplicação do direito à luz do paradigma do neoconstitucionalismo, assentado na força normativa da Constituição, na ampliação da jurisdição constitucional e em uma interpretação que identifica colisões, faça uso de princípios e que utilize uma racionalidade que pondera as questões envolvidas⁴⁴.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, funciona, conforme leciona Barroso, como forma de se chegar a uma melhor solução nas hipóteses em que houver lacuna no ordenamento. Além disso, tamanha é a importância conferida à este direito que se uma lei gerar a sua violação será nula. De acordo com o autor, há três importantes mudanças quanto à aplicação do direito constitucional, o reconhecimento da força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Com o reconhecimento da força normativa à Constituição, o STF em 2009 entendeu pela “total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967”⁴⁵.

Ao julgar a ADPF, os Ministros Carlos Britto, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Celso de Mello e a Ministra Cármen Lúcia entenderam que a Lei nº. 5.250/67 que ganhou prática na ditadura militar foi elaborada por uma visão punitiva, com fiscalização e imposição de penalidades aos abusos praticados pelos profissionais da área, jornalistas, e que cerceava a liberdade de expressão, não podendo permanecer nesse sistema jurídico que contraria a Constituição Federal.

Apesar da inconstitucionalidade da lei, a liberdade de expressão, pensamento e de imprensa não são direitos absolutos.

a liberdade da imprensa é plena nos limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana. Noutras palavras, a Constituição tem a preocupação de manter equilíbrio entre os valores que adota, segundo as suas concepções ideológicas, entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana.⁴⁶

⁴²BARROSO, op. cit., p. 487-488.

⁴³Ibid., p. 281.

⁴⁴Ibid., p. 298; 303.

⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., acesso em: 5 fev. 2019, p. 11.

⁴⁶Id., p. 123.

A dignidade humana serve de referência para ponderar e equilibrar direitos fundamentais. O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade no Direito brasileiro é fruto da doutrina do devido processo legal substantivo, ou seja, como forma de controle aos atos do legislativo (controle de constitucionalidade), do Direito americano e do princípio da proporcionalidade do Direito alemão, responsável por dividir referido princípio em três subprincípios, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Tais princípios, segundo Luís Roberto Barroso, “[...] abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. [...]”⁴⁷, funcionando como um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, bem como um método de avaliação dos atos do Poder Público para saber se estão de acordo com os valores anteriormente citados. Ademais, figura como importante forma de ponderação na hipótese de colisão entre direitos.

Na esteira da doutrina constitucional, entendeu o STF que:

a ausência de qualquer disciplina ritual regedora do exercício concreto do direito de resposta não impedirá que o Poder Judiciário, quando formalmente provocado, profira decisões em amparo e proteção àquele atingido por publicações inverídicas ou inexatas. É que esse direito de resposta/retificação não depende, para ser exercido, da existência de lei, ainda que a edição de diploma legislativo sobre esse tema específico possa revelar-se útil e, até mesmo, conveniente.⁴⁸

Assim já havia se manifestado a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ocasião de consulta formulada pelo governo da Costa Rica. Trata-se de um direito autônomo, exigível *per se* ainda na ausência de regulamentação que o desenvolva no ordenamento interno⁴⁹.

Dessa forma, o direito de resposta, mesmo diante da não recepção da mencionada lei, passou a ser exercido diretamente nos termos do artigo 5º, V da Constituição, desde que sem arbitrariedades, observando-se uma relação de meios e fins⁵⁰.

A Lei 13.188 de 2015

Diante da declaração de não recepção da Lei de Imprensa e de sua repercussão no exercício do direito de resposta e apesar da eficácia imediata da mencionada garantia constitucional, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou em 2010 uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 10⁵¹) no Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, a CONTCOP propôs a ADO 11. A Procuradoria Geral da República se manifestou pela procedência parcial do pedido. A ação continua em tramitação no STF.

Nesse ínterim, o projeto de lei PLS 141/2011 de autoria do senador Roberto Requião (nº. 6446 de 2013 na Câmara⁵²) foi aprovado em 2015, com veto parcial do Presidente da República⁵³, passando a vigorar a nova lei que trata do direito de resposta, Lei nº. 13.188.

⁴⁷Op. cit., p. 294.

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., acesso em: 5 fev. 2019, p. 196.

⁴⁹O governo da Costa Rica solicita à Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo sobre a interpretação e alcance do artigo 14.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião consultiva 7/86*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/90b3bb4f0fd7228b0f19b25c1444506e.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 21.

⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., acesso em: 5 fev. 2019.

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., acesso em: 10 fev. 2019.

⁵²Outros projetos de lei para a regulamentação do direito de resposta separadamente à regulamentação da imprensa estavam em tramitação no Congresso Nacional, dentre os quais 2353/1989, 3779/1997 e 4336/2016.

⁵³O veto foi realizado no artigo 5º, §3º que assim dispunha: tratando-se de veículo de mídia televisiva ou radiofônica, o ofendido poderá requerer o direito de dar a resposta ou fazer a retificação pessoalmente.

A lei viabiliza o pedido extrajudicial de exercício da resposta junto à veículos de comunicação social que tenham transmitido, divulgado ou publicado reportagem, nota ou notícia de pessoa física ou jurídica. O veículo de comunicação social, nos termos da Lei, independe da plataforma ou meio de transmissão utilizada. Nesse sentido, não dá margem de dúvida na inclusão de plataformas digitais e mídias eletrônicas.

Importante ressaltar que a lei expressamente inclui os comentários realizados por usuários da internet, isto é tratado no artigo 2^a da referida lei. E tal resposta deve ser gratuita e proporcional, ou seja, ter o mesmo destaque, periodicidade e dimensão que a publicação que a ensejou teve.

Pela lei, os casos devem ser analisados individualmente e a resposta deve ser gratuita e proporcional, com o mesmo destaque, periodicidade e dimensão que a publicação que a ensejou.

A lei nº. 13.188/2015 estipula o prazo de 60 (sessenta) dias da publicação da matéria para que o requerido receba, por meio de correspondência com aviso de recebimento, o requerimento instruindo ao veículo em questão a publicação da resposta. O veículo de comunicação terá, ainda, o prazo legal de 07 (sete) dias, contados do recebimento do requerimento, para publicar a resposta do ofendido.

A lei prevê, ainda, caso não haja a publicação da resposta do ofendido nos ditames e prazos legais, o direito de propor ação judicial. Nesse caso, a parte deve propor ação judicial, representada por advogado, com cópia da matéria que ensejou o direito de resposta, junto com o requerimento de resposta não atendido. Ao entrar judicialmente, o prazo para resposta do réu será de três dias.

É necessário deixar claro que o direito de resposta não incide indenização por dano moral, portanto, caso o indivíduo pretenda pleitear danos morais é necessário ajuizar ação diversa à do direito de resposta.

Apesar de deixar algumas lacunas, como por exemplo, a falta dos limites do que seja lícito para crônica, críticas e, também, opinião, privilegia a resolução no âmbito extrajudicial, o que em muito corrobora para a celeridade na resolução do litígio e sem ameaçar a liberdade de imprensa ou estimular sua censura.

Ainda em seu artigo 2º, §1º a lei discorre que “ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação”. Ou seja, mesmo que a informação for por equívoco, ainda gerará direito de resposta. Nesse sentido, pode ser instituído o contraditório para avaliar a situação.

E o direito de resposta é uma alternativa a ser invocada por quem se sinta lesado por uma publicação, podendo buscar a reparação de uma dimensão do dano causado, aquela que possibilita ao ofendido divulgar publicamente sua versão dos fatos ou valores envolvidos.

Por todo o exposto, o STF define que essa nova Lei do Direito de Resposta visa, de algum modo, “atender integralmente a tutela deste direito fundamental ao ofendido e, por outro, balizar os limites para que a liberdade de expressão, de informação e a liberdade de imprensa, direitos de igual importância, sejam amplamente respeitadas, ou seja, estabelecendo o limite da ponderação entre esses dois princípios constitucionais”.

A Associação Brasileira de Imprensa (ABI) ajuizou a ADI 5418. Defendeu o direito

constitucional de resposta, mas entendeu inconstitucionais os artigos 2º, parágrafo 3º.; artigo 5º parágrafo 1º., primeira parte; inciso I e II do artigo 6º. e artigo 10 da lei aprovada.

Esses dispositivos tratam da retificação espontânea da publicação, dos prazos para o exercício do direito e da ação e do efeito suspensivo em grau de recurso. A ABI argumenta que a lei aprovada comete abusos e limita a liberdade de imprensa. O Senado e a AGU entenderam pelo não conhecimento da ação alegando a ilegitimidade da proponente e também argumentaram pela constitucionalidade da lei. O processo continua tramitando no STF, sendo que em setembro de 2018 foi solicitada pauta pela ministra relatora, aguardando data de julgamento.

Considerações finais

A reflexão proposta por este artigo baseou-se na legislação aplicável ao direito de resposta, entendido como uma ferramenta de defesa de direitos. A pesquisa busca compreender a temática proposta, analisar o progresso do direito de resposta através da previsão nas constituições brasileiras e legislação ordinária que procurou regulamentá-la e identificar peculiaridades do instituto, especialmente após o julgamento da ADPF 130 e a edição da Lei nº. 13.188/2015.

Trata-se de uma garantia constitucional que viabiliza a proteção à honra, imagem, intimidade, reputação, informação de pessoas e grupos e também ao direito de uma coletividade à informação e à verdade. Tem, nesse sentido, uma natureza transindividual. O progresso do direito de resposta, como garantia fundamental, expresso nas Constituições brasileiras, deuse em razão da tentativa de proporcionar uma limitação à livre manifestação de expressão e pensamento, especialmente a liberdade de imprensa, que, embora seja uma garantia constitucional, atrai a responsabilidade dos indivíduos que a exerçam demasiadamente.

Apesar de funcionar como uma limitação à liberdade de expressão, que não é absoluta, funciona como ferramenta para seu fortalecimento na medida em que estimula um ambiente democrático.

Como norma de eficácia imediata, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, passou a ser exercido diretamente, diante da proteção constitucional (CF, artigo 5º, V) e convencional (Pacto de San Jose, artigo 14) e mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa pelo STF em 2009 (ADPF 130), lei essa que o regulamentava. O PSOL e a CONTCOP ajuizaram ADO, ainda não julgadas pelo STF.

O direito de resposta, tal como previsto na Lei de Imprensa, editada em 1967, estaria incompatível com uma ordem constitucional democrática. A mencionada lei, mesmo sem a irradiação da Constituição Federal de 1967, Emenda Constitucional de 1969 e dos atos institucionais editados durante a ditadura, ainda guardava resquícios de limitação da democracia.

Apesar do exercício direto do direito de resposta, ele foi regulamentado pela Lei nº. 13.188/15, que estabeleceu procedimento extrajudicial e também positivou a sua judicialização por intermédio de ação de rito especial.

A Associação Brasileira de Imprensa questionou junto ao STF dispositivos da nova lei (ADI 5418), alegando, em síntese, que o novo diploma reproduzia os moldes da lei anterior, guardando ranços ditatoriais e estabelecendo prazos exíguos para o exercício do direito. A

ação encontra-se pendente de julgamento.

A positivação do direito de resposta era necessária, bem como sua regulamentação de modo a garantir a tutela de uma dimensão dos direitos da personalidade, da liberdade e direito à informação e da liberdade de expressão, sem com que se afete a liberdade de imprensa, pelo contrário. Viabiliza-se um ambiente democrático e cria condições para o respeito à dignidade humana.

É evidente que cada vez mais o princípio de dignidade humana seja imprescindível no cotidiano da sociedade atual, por conta do progresso tecnológico. Deve segui-lo o Direito, para que este seja assegurado e positivado nas demandas da sociedade.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- 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: 31 ago. 2018.
- 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: 31 ago. 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.
- BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília, DF, supl. B, 1987/1988.
- BRASIL. Lei 13.188, de 11 de novembro 2015. *Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social*. Diário Oficial, Brasília, ed. 216, p. 01, 12 nov 2015. (Seção 01). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.
- BRASIL. Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. *Diário Oficial*, Brasília, p. 1.675, Seção 1, 10 Fev 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 10*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3984619>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 5418*. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4890857>. Acesso em: 8 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 130*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 5 fev. 2019.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião consultiva 7/86*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/90b3bb4f0fd7228b0f19b25c1444506e.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2018.

LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

MACEDO, Sílvia Mugnatto. Direito de resposta nas eleições: em direção a uma teoria democrática? *Revista de Comunicação Política*, v. 6, n. 2, p. 55-80, 2016. Disponível em: <http://compolitica.org/revista/index.php/revista/issue/view/13>. Acesso em: 10 abr. 2019.

MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos* (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

OSÓRIO, Aline. Liberdade de expressão e democracia nos trinta anos da Constituição de 1988. In: FUX, Luiz (org.). *A Constituição da República segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 483-512.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Obras consultadas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Coletânea temática de jurisprudência: direitos humanos* (recurso eletrônico). Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direitos_Humanos.pdf. Acesso em: 12 nov. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Hermínio Martins e os atuais (não) limites à tecnologia

LUCIANA BERNARDO MIOTTO

Socióloga pela Universidade Estadual de Campinas. Doutora em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista. Docente titular do Centro Universitário UniMetrocamp-Wyden em Campinas, SP.

Resumo: Este artigo tem como objetivo apresentar as discussões que o sociólogo português Hermínio Martins realizou acerca das atuais tecnologias, especificamente a biotecnologia, as teorias reprodutivas e a inteligência artificial. Baseia-se em uma resenha de três artigos nos quais o autor explora sua visão sobre o que ele chama de tecnociência: “Hegel, Texas: temas de filosofia e sociologia da técnica”, “Tecnologia, modernidade e política” e “Aceleração, progresso e experimentum humanum”. Assim como o autor, este artigo propõe uma reflexão sobre as tecnologias atuais e suas aplicações. Elas podem parecer inofensivas e salvíficas, porém, estão imersas em um mundo globalizado, dominado por grandes corporações e conflitos de interesse. Nesse sentido, são urgentes a reflexão e o debate sobre sua regulamentação e implicações éticas.

Palavras-chave: Hermínio Martins. Tecnologia. Ciência. Biotecnologia.

Abstract: This article aims to present the discussions that Portuguese sociologist Hermínio Martins has held about current technologies, specifically biotechnology, reproductive theories and artificial intelligence. It is based on a review of three articles in which the author explores his view of what he calls technoscience: “Hegel, Texas: temas de filosofia e sociologia da técnica”, “Tecnologia, modernidade e política” and “Aceleração, progresso e experimentum humanum”. Just like the author, this article proposes a reflection on current technologies and their applications. They may seem harmless and salvific, but they are immersed in a globalized world, dominated by large corporations and conflicts of interest. In this sense, reflection and debate on its regulation and ethical implications are urgent.

Keywords: Hermínio Martins. Technology. Science. Biotechnology.

Introdução

O sociólogo português Hermínio Martins, nascido em Moçambique, em 1934, pouco conhecido fora da Academia, mas não menos notável por isso, legou-nos uma obra que apesar de não tão extensa quanto a de outros sociólogos da atualidade, é de grande envergadura. É considerado um dos sociólogos portugueses mais expressivos do século XX, tendo se exilado no Reino Unido e lecionado no St. Antony’s College, Universidade de Oxford, Inglaterra. Nos últimos anos antes de sua morte, ocorrida em 2015, a sociologia e a filosofia da ciência e da tecnologia ocuparam grande parte de suas reflexões. Este ensaio baseia-se em três artigos de sua autoria: “Hegel, Texas: temas de filosofia e sociologia da técnica”, “Tecnologia, modernidade e política” e “Aceleração, progresso e experimentum humanum”. Suas ideias são a base para uma reflexão sobre os (não) limites acerca das atuais tecnologias e suas aplicações. Neste contexto, e diante de práticas tecno-econômicas que têm revelado grande potencial destrutivo, seja em relação aos seres vivos ou ao ambiente, o autor destaca três áreas que carecem de reflexão, debate e regulamentação: a biotecnologia, a inteligência artificial e as teorias reprodutivas.

O “gnosticismo tecnológico”

A ideia de que os artefatos técnicos são extensões do ser humano e do corpo humano fez parte do pensamento da modernidade e foi formulada em uma variedade de textos desde o final do século XIX¹. Essa perspectiva foi apresentada pela primeira vez, segundo Hermínio Martins², por Ernst Kapp, em 1877³. Kapp explica a tecnologia como uma extensão do corpo humano, especialmente da mão humana, isto é, invenções humanas seriam correspondentes análogas a estruturas interiores do corpo humano. O inconsciente é externalizado em artefatos técnicos que projetam traços e fases do ser humano. Uma vez produzidos, estes artefatos podem levá-lo ao seu autoconhecimento. Em outras palavras, a autocompreensão da natureza humana não se dá pela reflexão, mas pelos produtos do trabalho humano, especialmente os artefatos técnicos. Isso explicaria, de certa forma, porque as metáforas tecnológicas têm sido importantes, em todas as épocas do pensamento, para a auto interpretação, pois cada artefato técnico representaria uma etapa da natureza humana. Assim, para Kapp, o homem pré-tecnológico seria desprovido de autoconhecimento e, nessa perspectiva, é como se o avanço da tecnologia correspondesse ao aumento da autoconsciência humana. Ao que Martins⁴ complementa com a ideia de que nossas criações tecnológicas dizem muito a nosso respeito. Acrescentemos, ainda, para início de nossas reflexões, a frase bastante conhecida de Marshall McLuhan, “os homens criam as ferramentas e as ferramentas, por sua vez, recriam os homens”.

Martins destaca que, atualmente, vivemos um “gnosticismo tecnológico”, termo atribuído a Victor Ferkiss⁵, porém, Martins prefere chamar de “gnosticismo técnico-científico” por conta da interpenetração da investigação científica e da invenção técnica. A princípio, o termo revela-se paradoxal, pois a ideia de gnosticismo nos remete a algo que foge do que é orgânico, natural ou corpóreo. Como a tecnologia representa a manipulação do mundo material, seria algo contra-gnóstico. Contudo, o termo deve ser entendido como a união das aspirações e realizações tecnológicas com o sonho de se transcender radicalmente a condição humana. As tecnologias atuais e suas aplicações na biotecnologia, na inteligência artificial e na genética têm demonstrado que não se trata simplesmente de melhorar a condição humana, mas ultrapassar a finitude dessa existência, ou seja, a sua própria condição de mortalidade⁶. O ponto alto das tecnologias atuais é a criação de novas formas de vida.

De modo a compreender este gnosticismo técnico-científico, Martins leva em conta os antecedentes históricos da tecnociência contemporânea ao buscar suas origens na filosofia da história e no contexto da modernidade. Revela-nos que a ciência moderna é herdeira de contribuições gnósticas que moldaram o desenvolvimento da ciência matemático-experimental e das cosmologias que a acompanharam. Entre essas contribuições estariam a alquimia e a astrologia, porém, Martins afirma que é preciso cautela para não exagerar o peso de tais contribuições, já que a ciência moderna é fruto de uma teia complexa de causalidades⁷.

¹MARTINS, Hermínio. Hegel, Texas: temas de filosofia e sociologia da técnica. In: MARTINS, Hermínio. *Hegel, Texas e outros ensaios de teoria social*. Lisboa: Século XXI, 1996a. p. 167-198.

²Ibid.

³As fontes de Martins são as obras de BRUN, Jean. *Prendre et comprendre*. Paris: PUF, 1963; CURTIS, James. *Culture as polyphony*. Columbia: University of Missouri Press, 1978 e HUNING, Alois. Homo mensura: human beings are their technology – technology is human. *Research in Philosophy and Technology*, n. 8, 1985.

⁴Op. cit.

⁵Cf. FERKISS, Victor. Technology and culture: gnosticism, naturalismo and incarnational integration. *Cross-currents*, n. 30, 1980.

⁶MARTINS, op. cit.

⁷Ibid.

Ao considerar o *homo faber*, Martins⁸ afirma que diversos filósofos defendiam que o impulso maior da tecnologia seria a manipulação do mundo inorgânico pelo orgânico. Trata-se de algo que, atualmente, não mais se sustenta, pois a manipulação do orgânico a fim de gerar mudanças tanto neste quanto no mundo inorgânico é a realidade da tecnociência. As tecnologias atuais, como no caso expressivo da biotecnologia, segundo Martins, não têm buscado somente o melhoramento dos organismos vivos, mas a criação de novas formas de vida, como resultado de modificações genéticas. O desenvolvimento de clones é um dos exemplos de como as atuais perspectivas da biotecnologia estão direcionadas para o gnosticismo tecnológico. “De todas as tecnologias contemporâneas é talvez a biotecnologia a que tem uma vocação mais decisivamente ontológica”⁹.

Um exemplo recente foi a clonagem oficial de um gato na China¹⁰, em julho de 2019. O fato revelou um mercado em potencial relativo à clonagem de animais domésticos, porém, ainda não regulamentado. A China vem se consolidando na área da pesquisa genética e na clonagem de animais domésticos e, diferentemente de outros países, tem explorado a obsessão dos chineses por estes animais em um mercado que espera movimentar, somente em 2019, cerca de 28,2 bilhões de dólares. Pesquisas envolvendo a clonagem de seres vivos não são atuais, a exemplo do famoso caso da ovelha Dolly, em 1996¹¹. Na China, desde a criação de um animal clonado no ano 2000, as pesquisas avançaram rapidamente, a exemplo dos primeiros primatas clonados em 2018¹² e no caso dos primeiros bebês geneticamente modificados que nasceram também em 2018, este último considerado um experimento bastante controverso¹³.

A biotecnologia também prevê a criação de formas de vida mistas, biológicas e mecânicas, formas de vida artificiais com inúmeras finalidades e próximas da perfeição. Por exemplo, a criação de computadores orgânicos, utilizando-se pastilhas (*chips*) biológicas em vez de micro pastilhas de sílica. A genética molecular caminha ao lado do computador de alta velocidade, a modelação computadorizada, a teoria da informação, a cibernética e a microeletrônica. Acredita-se até mesmo que os computadores irão progredir rapidamente numa sequência de gerações tecnológicas, cada vez mais adquirindo características da vida humana: reprodução, locomoção, metabolismo com o ambiente, além de atributos semelhantes aos do cérebro. Por outro lado, tenta-se ultrapassar os lentos processos naturais por conta de outros cada vez mais acelerados, a fim de atender o desejo humano imediato¹⁴.

A clonagem é exemplo simbólico de que já não se trata da sobrevivência do indivíduo numericamente distinto, mas da sobrevivência da mesma “pessoa-tipo” através de suas réplicas. Aqui Martins afirma que a replicação é um tema central das tecnologias contemporâneas, cópias até melhores que o original ou mesmo sem original, o “simulacro” tal como na ideia platônica. Assim como os genes são replicadores, é próprio da atual sociedade da informação cultivar esse tipo de

⁸ Ibid.

⁹ Ibid, p. 188.

¹⁰ WEE, Sui-Lee. His cat's death left him heartbroken. So he cloned it. *The New York Times*, 4 set. 2019. Disponível em: https://www.nytimes.com/2019/09/04/business/china-cat-clone.html?te=1&nl=dealbook&emc=edit_dk_20190905?campaign_id=4&instance_id=12135&segment_id=16735&user_id=86e6db038372e89f144eb2cacd1faa7®i_id=7278189320190905. Acesso em: 7 set. 2019.

¹¹ CALLAWAY, Ewen. Dolly at 20: the inside story on the world's most famous sheep. *Nature*, v. 534, p. 604-608, 30 Jun. 2016. Disponível em: <https://www.nature.com/news/dolly-at-20-the-inside-story-on-the-world-s-most-famous-sheep-1.2018>. Acesso em: 7 set. 2019;

¹² CYRANOSKI, David. First monkeys cloned with technique that made Dolly the sheep. *Nature*, v. 553, p. 387-388, 24 Jan. 2018. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-018-01027-z>. Acesso em: 7 set. 2019; PESQUISA FAPESP. *Chineses clonam macacos com técnica que gerou a ovelha Dolly*. São Paulo, ed. 264, fev. 2018. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2018/02/15/chineses-clonam-macacos-com-tecnica-que-gerou-a-ovelha-dolly/>. Acesso em: 7 set. 2019.

¹³ LI, Jing-ru et al. Experiments that led to the first gene-edited babies: the ethical failings and the urgent need for better governance. *Journal of Zhejiang University-SCIENCE B*, v. 20, n. 1, p. 32-38, jan. 2019. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6313330/>. Acesso em: 7 set. 2019.

¹⁴ MARTINS, op. cit.

simulacro¹⁵. Vale destacar aqui o exemplo da distribuição deliberada de notícias falsas, as corrosivas e nefastas *fake news*. Apesar de não ser um fenômeno novo, as notícias falsas de hoje aumentam a desinformação por conta de sua disseminação *on-line* e pela cultura de compartilhamento¹⁶.

No caso das teorias reprodutivas, Martins reforça as críticas feministas quanto à medicalização, à hospitalização e à patologização de processos naturais como a gravidez e o parto, algo que também tem ocorrido em relação à morte. Aliado a isso, as teorias reprodutivas estão no cerne de um conflito que envolve, de um lado, a perplexidade moral, de outro, respostas políticas hesitantes¹⁷.

Não se pode negar que muitos cientistas modernos idealizaram tecnologias futuras, incluindo a biotecnologia, para a profunda transformação de seres humanos e sociedades¹⁸. Mesmo a literatura é pródiga em histórias que flertam com o gnosticismo tecnológico, apesar de distópicas, como “Admirável mundo novo”, de Aldous Huxley, e “Frankenstein”, de Mary Shelley. Porém, a criação de novas formas de vida, mecânicas, biomecânicas, biológicas e suas implicações práticas são de longo alcance, o que requer um debate social, político e ético urgentes, além de uma legislação própria (sendo que Martins também recomenda uma boa dose de prudência).

De maneira sombria, Martins pontua que a menos que proibições de natureza ética e legal sejam feitas, mercados que comercializem direitos de propriedade de genes e partes do corpo humano acabarão por se tornarem realidade (algo próximo ao que estamos vivenciando, já que Martins fez estas reflexões no final dos anos 1990). Assim, não se pode ignorar a relação intrínseca entre a tecnologia e as atuais características do mercado – privatização, direitos de propriedade e reificação do consumo. Para Martins, mães hospedeiras exemplificam o que pode ocorrer em situações de incerteza moral¹⁹. Vide a obra impressa e atual série de sucesso “The Handmaid’s Tale”, romance distópico de 1985, da autora canadense Margaret Atwood.

Em 1995, o articulista Marcelo Coelho²⁰ escreveu em sua coluna no jornal *Folha de S. Paulo*, uma reflexão a respeito de um experimento de um grupo de cientistas da Universidade de Massachusetts, nos Estados Unidos, que pesquisavam novas técnicas de transplantes. O que o deixou chocado foi a foto, publicada pelo mesmo jornal, dias antes, de um camundongo que trazia nas costas uma orelha humana. A orelha era artificial e o camundongo havia sido modificado geneticamente para não rejeitá-la, o que mostra o foco das pesquisas, ou seja, a possibilidade de se eliminar doadores de órgãos com a não rejeição de órgãos artificiais. Sua reflexão não é contra a ciência e seus experimentos, mas levanta a hipótese sobre um provável sensacionalismo que camufla a necessidade de se provocar impacto para certos ramos da ciência, como a química, a genética e a medicina, e cujos laboratórios são reféns das instituições de fomento. O autor continua a crítica ao afirmar que os cientistas, desse modo, acabam manipulando a natureza de forma quase infantil, pois o rato de orelha humana seria o símbolo desse poder manipulatório que vê a natureza como algo hostil.

Não se trata de ir contra a tecnologia no sentido de que ela é o meio que temos para minimizar ou

¹⁵Ibid.

¹⁶DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. *Media & Jornalismo*. Lisboa, v. 18, n. 32, p. 155-169, abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-54622018000100012. Acesso em: 17 out. 2019.

¹⁷Ibid.

¹⁸MARTINS, op. cit.

¹⁹Ibid.

²⁰COELHO, Marcelo. Rato de orelha humana retrata morbidez. *Folha de S. Paulo*, Ilustrada, 27 out. 1995. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/10/27/ilustrada/25.html>. Acesso em: 7 out. 2019.

extinguir nossas enfermidades e limitações. Além disso, a busca pela transcendência é algo inerente ao humano. O que Martins tem em mente é trazer a reflexão das tecnologias contemporâneas que enveredaram pelas vias gnosticistas simultaneamente à miserabilização da natureza e do humano causadas por uma “tecnosfera” onipresente²¹.

Novamente, a literatura tem sido pródiga em nos legar, mais do que a ciência acadêmica, possibilidades de reflexão sobre o ser humano e suas criações. O clássico infantil “A reforma da natureza”, de Monteiro Lobato, é um exemplo. Nele, a boneca Emília tenta transformar a natureza a seu modo, enveredando por uma série de mudanças que ela considera necessárias diante dos erros que a própria natureza comete, em sua avaliação de boneca atrevida. Ao que Dona Benta rebate dizendo que, além de as mudanças na natureza terem demorado um tempo longo para se concretizarem, qualquer alteração nesse quadro geraria efeitos inesperados. Ao avançarmos um pouco mais, encontramos “Fausto”, obra máxima do escritor alemão Johann Wolfgang von Goethe. Fausto é o homem que faz uma barganha com o diabo em troca de poder moldar o mundo conforme seu ideal de bem e de verdade. David Harvey também se refere a Fausto, o artífice que irá construir o “admirável mundo novo a partir das cinzas do antigo”²². No entanto, este novo mundo tem como contrapartida a tragédia que lhe é inerente.

Na visão crítica e catastrofista de Marshall Berman, “[...] a figura de Fausto surge agora em um novo papel simbólico, como o demônio que arrancou a espécie humana de sua unidade primordial com a natureza e impeliu-nos ao longo da estrada da catástrofe”²². O autor compara Fausto à modernidade e seu projeto de desenvolvimento científico-industrial. Não se trata do arrogante e inescrupuloso capitalista como pensam alguns (que, neste caso, mais se parece com Mefistófeles), mas do criador de um mundo que se pretendia admirável. A tragédia decorre justamente “de seus objetivos mais elevados e de suas conquistas mais autênticas”²³.

É nesse sentido que Martins chama-nos a uma reflexão, pois a despeito de vivermos em um contexto planetário no qual há inúmeras espécies biológicas ainda desconhecidas ou não catalogadas e, infelizmente, em vias de serem extintas diante da crescente perda da biodiversidade, causada por mãos humanas, desejamos criar novas formas de vida, rompendo as fronteiras naturais das espécies biológicas e acelerando as mudanças genéticas. Para o autor, este é um dos grandes paradoxos da contemporaneidade, o alto investimento tecnocientífico na busca por seres perfeitos diante da impossibilidade de se conhecer e manter os seres vivos. Em outras palavras, os processos de evolução naturais descritos por Charles Darwin há mais de cem anos deram lugar às intervenções diretas e céleres da bioengenharia nos genomas, além das mudanças indiretas em diversos ambientes naturais²⁴. Por fim, resta-nos afirmar que a visão trágica ou cautelosa acerca das tecnologias atuais e suas aplicações não é unanimidade. Há quem defenda a ideia de que a tecnologia fabrique substitutos para toda e qualquer espécie natural que venha a perecer, a exemplo da clonagem dos animais de estimação, bem como prover-nos de substitutos inorgânicos para espécies vivas, como plantas artificiais.

²¹Ibid.

²²HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993. p.26.

²³BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das letras, 1986. p. 81.

²⁴Loc. cit.

²⁵Op. cit.

A tecnociência: entre Fausto e Prometeu

Hermínio Martins²⁵ concebe duas tradições típico-ideais, com base em diferentes posições teóricas do pensamento social dos séculos XIX e XX, que fazem referência ao domínio e controle da natureza pelos seres humanos, por meio da ciência e seus artefatos técnicos: a “prometeica”, acentuada depois do século XVIII, após a revolução francesa, e a “fáustica”, que culminou na obra do filósofo Martin Heidegger. Em síntese, a visão prometeica relaciona o domínio técnico da natureza à emancipação do ser humano e ao seu bem-estar. A visão fáustica, por sua vez, desvela a tradição prometeica, deixando claro que a técnica tem somente a si mesma como finalidade.

Na mitologia grega, é atribuído a Prometeu, filho de um titã, o roubo de uma centelha do fogo do Olimpo (o que teria ocasionado a ira de Zeus) para ofertá-lo aos seres humanos. Em termos simbólicos, o fogo representaria a cultura, incluídas aí a própria ciência e seus desdobramentos, e Prometeu, apesar de ter recebido dura punição de Zeus, o benfeitor da humanidade. Nessa vertente, Martins afirma que a visão prometeica da técnica, considerada hegemônica, não defende um domínio tecnológico universal da natureza, pois há limites acerca do que pode ser conhecido e criado dentro desse processo²⁶. Martins cita como exemplo as ideias de um pensador chamado Antoine-Augustin Cournot (1801-1877)²⁷. No contexto de uma filosofia da técnica, Cournot é um homem de seu tempo ao defender a crença na completa impossibilidade de se mecanizar o mundo orgânico. Desse modo, limites ao progresso científico não constituem sua fonte de preocupação.

Outro expoente da visão prometeica hegemônica, segundo Martins, teria sido Auguste Comte (1798-1857) e sua máxima “*savoir pour prévoir, prévoir pour pouvoir*” – “saber para prever, prever para poder”. Esta expressão sintetiza a ideia de que o domínio técnico da natureza estaria ligado a fins humanos e, sobretudo, à emancipação dos seres humanos, especialmente os excluídos da sociedade. A técnica serviria como instrumento para o rápido e completo melhoramento da condição humana, através do estabelecimento da sociedade científico-industrial. Comte acredita em um mundo pós-industrial positivo, considerando a tecnologia resultado de um processo evolutivo (fases de uma macro-história tecnológica linear) que se inicia de forma lenta, dá lugar a invenções prodigiosas na sociedade urbano-industrial e culmina em um período no qual a conquista da natureza cede espaço a preocupações mais nobres de autotransformação moral. Em outras palavras, uma época de progresso tecnológico é seguida por outra em que ocorre o aperfeiçoamento da arte de bem viver (baseada nas realizações técnicas da época precedente)²⁸.

Adeptos dessa visão prometeica, conforme explicita Martins, creem que a finalidade do conhecimento técnico-científico seja o bem-estar comum. Comte não acreditava que as revoluções científicas e técnicas prosseguissem indefinidamente e via até mesmo com cautela engenheiros e cientistas profissionais. Por isso, Martins lhe atribui o título de fundador do Positivismo anti-tecnocrático, por mais contraditório que possa parecer, ou seja, a tecnologia e suas aplicações não estariam direcionadas integralmente à incansável comercialização ou mercantilização da vida²⁹.

²⁵MARTINS, Hermínio. Tecnologia, modernidade e política. In: MARTINS, Hermínio. *Hegel, Texas e outros ensaios de teoria social*. Lisboa: Século XXI, 1996b. p. 199-250.

²⁶Ibid.

²⁷As obras citadas por Martins são: COURNOT, Antoine-Augustin. *Matérialisme, vitalisme, rationalisme*. Paris: Hachette, 1875 e COURNOT, Antoine-Augustin. *Traité de l'enchaînement des idées fondamentales dans les sciences et dans l'histoire*. Paris: Hachette, 1861.

²⁸MARTINS, 1996b, op. cit.

²⁹Ibid.

Mas também como homem de seu tempo, Comte não esperava que no futuro houvesse revoluções técnicas contínuas, como também não achava ser possível uma expansão ilimitada das necessidades materiais humanas. Suas preocupações com novas fontes de energia sugerem que as fontes de energia correntemente exploradas não seriam suficientes para que ocorresse um avanço nos níveis de aspiração econômica futuros. Na época em que viveu, Comte não possuía uma concepção moderna de energia, pois ela só viria a surgir com o desenvolvimento da termodinâmica³⁰.

A primeira grande lei da termodinâmica foi a da conservação de energia: toda energia envolvida em um processo é sempre conservada. A segunda lei da termodinâmica é a da dissipação da energia: enquanto a energia total envolvida em um processo é sempre constante, a quantidade de energia útil diminui, dissipando-se em calor. O que todos estes processos têm em comum é que avançam em uma certa direção, da ordem para a desordem e esta é a formulação mais geral da segunda lei: qualquer sistema físico isolado avançará espontaneamente na direção de uma desordem sempre crescente. Rudolf Clausius, ao tentar expressar de forma matemática essa direção na evolução dos sistemas físicos, introduziu um novo conceito a que chamou “entropia”, uma combinação da palavra “energia” com o termo grego “*tropos*”, que designa “transformação” ou “evolução”. Assim, a entropia mede o grau de evolução de um sistema físico, da ordem para a desordem³¹.

Martins menciona que a lei da entropia representa um ponto de ruptura nas perspectivas da civilização tecnológica. Para isso, baseia-se em dois outros autores: Henri Bergson (1859-1941), que considerava a lei da entropia como a mais metafísica de todas as leis científicas, por causa de suas implicações filosóficas para a cosmogonia e a natureza do tempo; e Nicholas Georgescu-Roegen (1906-1994), para quem esta seria a mais econômica das leis científico-naturais, neste caso, por conta de suas implicações para os processos econômicos da vida real. De acordo com Costanza, Georgescu-Roegen, em sua obra “The entropy law and the economic process”³², estabeleceu a possibilidade de diálogo da ecologia com a economia. A economia não funcionaria como um círculo formado por produtores e consumidores, mas como um fluxo entrópico de energia e de materiais. Essa premissa tornou-se a base da crítica ecológica à ciência econômica tradicional, além de ter auxiliado na consolidação da economia ecológica, uma tentativa de conciliar a Ecologia, a Física, a Química e a Biologia com a Economia sob a ótica do conceito de entropia³³.

Para Martins³⁴, muito do movimento ecológico contemporâneo, diante da transgressão contínua dos limites da natureza por conta do crescimento econômico das sociedades industriais modernas, assegura a falência da visão prometeica da técnica. Mas, segundo o autor, é preciso ressaltar que nem toda visão prometeica esteve ligada à busca do progresso material ilimitado em detrimento da natureza. Mesmo entre os adeptos da visão prometeica há inúmeras diferenças. Uma das versões mais intrigantes citadas por Martins e que irá nos aproximar de sua análise sobre a visão fáustica da técnica, encontra-se na obra de um autor russo chamado Nicholas Fedorov (1828-1903)³⁵.

Martins nos conta que teria surgido na Rússia uma das versões mais radicais da visão prometeica da técnica, com base na obra de Fedorov, um filósofo religioso ortodoxo. Segundo Fedorov, a atividade científica teria que ser canalizada não para a abolição do sofrimento humano, contra a

³⁰ Ibid.

³¹ CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação. São Paulo: Cultrix, 1982.

³² Cf. GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. *The entropy law and the economic process*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

³³ COSTANZA, Robert. Economia ecológica: uma agenda de pesquisa. In: MAY, Peter Herman; MOTTA, Ronaldo Seroa da. (org.). *Valorando a natureza: análise econômica para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Campus, 1994. p. 101-144.

³⁴ MARTINS 1996b, op. cit.

³⁵ Cf. FEDOROV, Nicholas. *What was man created for? The philosophy of the common task*. [S. l.]: Honeyglan Publishing, 1990.

opressão e a exploração, mas em direção à “ressurreição dos mortos”. Seria preciso mudar a morte para manter a vida. Martins comenta que tem ressurgido no Ocidente um interesse novo pelas ideias de Fedorov, por conta da obsessão crescente pela longevidade e imortalidade e cita pelo menos três pensadores não religiosos que viram a técnica moderna como um meio para se vencer a morte, como Ferdinand Canning Scott Schiller, Henri Bergson e Octave Hamelin³⁶.

Yuval Noah Harari, em sua obra “Homo Deus: uma breve história do amanhã”³⁷, também aborda aquilo que denomina “os últimos dias da morte”. A morte pode ser algo metafísico para a religião, mas não o é para a ciência, que a vê como um problema técnico que pode e deve ser resolvido. Células cancerosas, por exemplo, podem ser suprimidas por meio de quimioterapia ou nanorrobôs e como não temos solução para tantos problemas técnicos (o câncer é apenas uma pequena parte desses problemas), muito dinheiro tem sido investido em pesquisa nesse campo. Ele também cita que há um grupo, embora ainda pequeno, de cientistas e pensadores que estão envolvidos em derrotar a morte. Um deles é Ray Kurzweil (também citado por Martins³⁸), nomeado, em 2012, diretor de engenharia no Google. Um ano após, o Google lançou uma subcompanhia chamada Calico cujo objetivo é resolver a questão da morte. Nessa mesma linha, o fundo de investimento Google Ventures está investindo em *start-ups* na área de biociência e projetos para prorrogar a vida. Somam-se a essas propostas, o desenvolvimento da engenharia genética, da medicina regenerativa e da nanotecnologia³⁹. Se pensarmos nas implicações dessas mudanças, tal qual a advertência de Dona Benta à boneca Emília sobre sua reforma da natureza, Harari nos pede um exercício de imaginação ao prevermos um mundo sem morte, conseqüentemente, um mundo sem céu, inferno ou reencarnação, o que afetaria as grandes religiões mundiais. Mas essa, porém, é apenas uma entre tantas possíveis conseqüências deste cenário.

Essas ideias nos conduzem ao que Martins denomina de visão fáustica da tecnociência. Ele inicia sua reflexão com base na obra de Oswald Spengler, “A decadência do Ocidente”, e cujo primeiro volume é datado de 1918. Embora tenha sido bastante criticada, chamada de filosofia especulativa, para Martins prenuncia uma crise para o Ocidente ao mostrar uma imagem da ciência e da técnica que se tornou hegemônica em certos momentos históricos, como por exemplo, no Terceiro Reich. Ernst Jünger, outro autor citado por Martins, foi um soldado alemão condecorado na Primeira Guerra Mundial e que defendia a inevitabilidade e o valor positivo das guerras, pois elas estariam cumprindo sua vocação técnica (diferentemente da visão prometeica, pois seus adeptos viam a sociedade científico-industrial de forma pacífica)⁴⁰.

Martins enumera algumas características inerentes à visão fáustica. Primeiramente, a dependência conceitual e ontológica da ciência em relação à técnica. Isso significa que a ciência moderna vê as entidades e os processos naturais apenas pela perspectiva de sua acessibilidade à manipulação experimental e ao controle prático. Uma vez estabelecida a prioridade da técnica em relação à ciência, tem-se que os procedimentos científicos não têm como finalidade a verdade ou o conhecimento da natureza das coisas, mas tão somente a compreensão dos fenômenos para fins de previsão e controle⁴¹.

³⁶MARTINS 1996b, op. cit.

³⁷HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

³⁸MARTINS, Hermínio. Aceleração, progresso e experimentum humanum. In: MARTINS, Hermínio; GARCIA, José Luis (coord.). *Dilemas da civilização tecnológica*. Lisboa, Portugal: 2003. p. 19-77.

³⁹HARARI, op. cit.

⁴⁰MARTINS 1996b, op. cit.

⁴¹Ibid.

Em seguida, Martins afirma que a técnica e a ciência modernas não se limitam a construir algo sobre o que veio antes, pois elas rompem radicalmente com a ciência e a técnica anteriores, em uma verdadeira mudança de paradigma. A técnica não deriva de uma racionalidade cognitiva anterior, pois manifesta certos valores fundamentais de uma cultura. Ao atribuir à técnica moderna um *ethos* estranho ao de todas as demais culturas técnicas (o impulso de dominar o mundo, a apropriação de toda a natureza ou o controle planetário), os teóricos fáusticos rejeitaram as abordagens utilitárias comuns. Nesse sentido, a cultura técnica ocidental não é transferível, ou seja, se a tecnologia puder ser produzida por culturas não ocidentais, o impulso tecnológico para o domínio do mundo, próprio da moderna cultura ocidental, seria abandonado⁴².

Outra característica a qual Martins nos chama a atenção é a imagem “infinetista” que os teóricos fáusticos atribuem à técnica, pois o que está na origem da técnica moderna é a vontade de poder e, nesse sentido, nenhum estado de coisas definitivo substitui a satisfação final pela vontade de poder. Martins toma por base a afinidade eletiva que o teórico Max Scheler (1874-1928⁴³) estabeleceu entre a técnica (nessa visão fáustica) e seu impulso para a apropriação ilimitada da natureza, e o capitalismo, centrado em seu impulso para a apropriação ilimitada de capital. Ao assumirem que a técnica é o destino, os teóricos fáusticos comprovam o distanciamento integral de sua visão da crença na história como um processo regido por leis e da visão libertária, neutra e instrumental da técnica⁴⁴.

Por fim, Martins complementa que os teóricos fáusticos são profundamente hostis aos valores e instituições liberais e democráticos. Trata-se de outra afinidade eletiva da técnica moderna, dessa vez, com o autoritarismo e uma ordem social organizada em torno dos princípios de hierarquia, autoridade e disciplina. A verdadeira vocação da técnica moderna apenas pode ser cumprida nas sociedades que rejeitem os valores liberais, democráticos, universalistas e igualitários ocidentais⁴⁵.

Em síntese, na visão fáustica a técnica não serve a qualquer objetivo humano; serve somente a si mesma. Primeiro, por conta da prioridade da técnica em relação à ciência; segundo, a ciência, entendida aqui como ciência da natureza, pode parecer liberta de pragmatismo, mas vê os processos naturais somente na perspectiva de sua acessibilidade à manipulação experimental e ao controle prático. Os procedimentos científicos, por sua vez, não visam a verdade ou o conhecimento da natureza *per se*, mas somente a compreensão dos fenômenos para fins de previsão e controle. Os teóricos da visão fáustica atribuíram à técnica moderna um *ethos* totalmente diferente de todas as demais culturas técnicas, rejeitando justificativas utilitárias comuns, como a de que a principal função da técnica seria a de aliviar a miserável condição humana. Tal *ethos* seria: o impulso de se apropriar da natureza para o domínio absoluto. Desta forma, voltamos ao que está na raiz da técnica moderna: a vontade de poder⁴⁶.

Cornelius Castoriadis também acredita que por trás da onipotência virtual da técnica esteja a ideia de poder, “a subordinação de todos os objetos e de todas as circunstâncias à vontade e ao desejo”⁴⁷. A ideia de dominação total é a força oculta do desenvolvimento tecnológico moderno. Afinal, “Nenhuma “conquista” técnica importante está livre da possibilidade de ser utilizada de

⁴²Ibid.

⁴³Cf. SCHELLER, Max. *L'homme du ressentiment*. Paris: Galimard, 1970; 1915.

⁴⁴MARTINS, 1996b, op. cit.

⁴⁵Ibid.

⁴⁶Ibid.

⁴⁷CASTORIADIS, Cornelius. Reflexões sobre o “desenvolvimento” e a “racionalidade”. In: CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. São Paulo: Paz e Terra. 1987. v.2. p.135-178. p. 153.

maneira diversa da que foi originalmente especificada⁴⁸. Nessa vertente, um exemplo vem de Simson Garfinkel, cientista da computação com diversas obras publicadas na área da informática, algumas voltadas à questão da privacidade no uso de dados. Em 5 de março de 2000, o Caderno Mais!, antigamente veiculado pelo jornal *Folha de S. Paulo*, publicou um texto de Garfinkel⁴⁹ sobre a privacidade como um dos direitos civis mais importantes do século XXI. E se levarmos em conta a advertência proposta por Castoriadis, sobre a possibilidade de a tecnologia ser utilizada com finalidades outras que não sejam as que levaram à sua criação, Garfinkel partilha da mesma ideia ao afirmar que qualquer tecnologia considerada invasora da privacidade não existe por si só, mas no cruzamento entre a ciência, o mercado e a sociedade. Curiosamente, cita que a preocupação com a privacidade não é algo recente, pois em 1890, dois advogados nos Estados Unidos discutiram na *Harvard Law Review* que a privacidade estava sofrendo um verdadeiro ataque por parte das “recentes invenções e métodos comerciais”, e a sociedade, nesse sentido, deveria exigir a criação de um “direito à privacidade”⁵⁰.

A vida célere

As sociedades industriais modernas, de modo geral, são sociedades de alta entropia, porque qualquer processo de transformação material e energética promove o aumento da entropia. Há consumo de energia e geração de entropia no processo de extração de matérias-primas, no processamento industrial, nas atividades mercantis, bem como nos processos de consumo e de eliminação de resíduos. De um lado há geração de valor e riqueza, em ritmo acelerado, por outro, trata-se do mesmo processo que destrói a natureza⁵¹. Seria a própria lei da entropia aquela a revelar os limites materiais e energéticos deste tipo de sociedade⁵².

Martins observa que há uma relação entre entropia e informação, categoria-chave de nossa sociedade tecnológica atual e, por esse motivo, a lei da entropia seria a mais tecnológica das leis da natureza⁵³. No contexto dos sistemas de processamento das informações, tem sido comum referir-se à aniquilação do tempo e espaço por conta das tecnologias dos transportes e das comunicações, especialmente quanto à junção dos sistemas computadorizados com as telecomunicações. O mundo material e o correspondente mundo da experiência sensorial têm sido crescentemente substituídos pelo processamento de informações, veiculadas cotidianamente no ciberespaço⁵⁴.

A instantaneidade da troca de informações ou a experiência em “tempo real” é apenas um dos aspectos desse sentimento de aceleração do tempo. Quase todos temos a sensação, invariavelmente, de que o tempo esteja passando rápido demais. Martins encontra fragmentos de uma explicação bastante razoável em um historiador norte-americano, Henry Adams (1838-1918), que, no início do século XX, comentava sobre uma “lei de aceleração” a governar a história ocidental. Cada era sucessiva, definida por um tipo de tecnologia, seria mais curta que a anterior. Por exemplo, a era da eletricidade seria mais breve do que a era mecânica da primeira revolução industrial. Assim é

⁴⁸Loc. cit.

⁴⁹GARFINKEL, Simson. A guerra da privacidade. *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais! 5 mar. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0503200005.htm>. Acesso em: 14 out. 2019. (Artigo adaptado, sob autorização, de Database Nation: The Death of Privacy in the 21st Century, ed. O'Reilly).

⁵⁰Id.

⁵¹ALTVATER, Elmar. *O preço da riqueza*. São Paulo: Editora UNESP, 1995.

⁵²STAHEL, Andri Werner. Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de uma contradição e a busca de alternativas sustentáveis. In: CAVALCANTI, Clovis. (org). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001. p. 104-127.

⁵³MARTINS 1996b, op. cit.

⁵⁴MARTINS 1996a, op. cit.

que, atualmente, essa compressão do tempo histórico, e mais ainda do tempo vivido, tornou-se algo corriqueiro, tudo por causa da aceleração das inovações e invenções tecno-econômicas⁵⁵.

Esse aceleracionismo Martins divide em três vertentes. A primeira diz respeito ao ritmo acelerado da vida cotidiana, ocasionado pelos computadores, pela comunicação digital e pela troca de informação em todas as fases da vida profissional e social. Contribui para isso o fato de vivermos em uma economia-mundo de maximização de fluxos – energéticos, informacionais, materiais, virtuais, financeiros⁵⁶. Trata-se de um mundo para o qual a sociedade industrial moderna produz bens materiais de forma acelerada, pautando-se pela conveniência e pela descartabilidade. Um exemplo bastante simbólico é o do canudo plástico, atualmente alvo de críticas dos ambientalistas e consequentes projetos de lei para seu banimento. O tempo médio de vida de um canudo plástico é deduzido do tempo que uma pessoa leva para consumir sua bebida, calculado em torno de 3 a 4 minutos. Um tempo de vida curto, se comparado ao tempo que demora para se decompor o plástico na natureza, neste caso, mais de duzentos anos⁵⁷.

Por outro lado, esse ritmo acelerado tem seus opostos exemplificados nos diversos movimentos que prezam pela lentidão dos processos – os *slow movements*. São os dissonantes adeptos da simplicidade voluntária, contrários ao ritmo frenético do capitalismo, (e não ao capitalismo em si)⁵⁸. Martins afirma que estudos no campo da psicologia indicam que em países desenvolvidos, entre as causas da felicidade e de satisfação com a vida estariam o convívio com a família e os amigos, e a satisfação no local de trabalho⁵⁹. Contraditoriamente, a busca da felicidade nesse panorama de aceleração não tem gerado os resultados esperados já que o sentido de bem-estar subjetivo tem diminuído, comprovado no aumento do número de casos de depressão.

Em relação à depressão, a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera os números preocupantes – em 2017 foram mais de 300 milhões de pessoas no mundo afetadas. Por isso, nesse mesmo ano, a OMS lançou no dia mundial da saúde a campanha com o tema “Depressão, vamos conversar”⁶⁰. Somado a isso, uma pessoa comete suicídio a cada 40 segundos no mundo, segundo a OMS, um problema hoje considerado de saúde pública. Os países de alta renda apresentam a maior taxa, 11,5 para cada 100 mil e representa a segunda principal causa de morte entre jovens de 15 a 29 anos, estando atrás apenas dos acidentes de trânsito⁶¹.

Essa coexistência entre individualismo exacerbado e hedonismo de um lado, e comportamentos destrutivos e depressivos de outro, bem como de adeptos do tempo real e do nanosegundo em contraposição aos defensores da vida simples e tranquila, além de outras dicotomias contemporâneas, encontra-se referenciada nas ideias do filósofo Gilles Lipovetsky⁶². Ele é o criador do termo “hipermodernidade”, pois ao invés de vivermos a pós-modernidade apregoada por muitos pensadores, estaríamos no apogeu da modernidade. Nessa sociedade hipermoderna imperam o

⁵⁵MARTINS, 2003, op. cit.

⁵⁶Ibid.

⁵⁷BARRUCHO, Luís. Mundo declara guerra ao canudo plástico, vilão do meio ambiente. *BBC News Brasil*, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-44419803>. Acesso em: 14 out. 2019.

⁵⁸MARTINS, 2003, op. cit.

⁵⁹Ibid.

⁶⁰ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Depressão afeta mais de 300 milhões de pessoas e é doença que mais incapacita pacientes, diz OMS*. 7 abr. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/depressao-afeta-mais-de-300-milhoes-de-pessoas-e-e-doenca-que-mais-incapacita-pacientes-diz-oms/>. Acesso em: 14 out. 2019.

⁶¹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Um suicídio ocorre a cada 40 segundos no mundo, diz OMS*. 9 set. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/um-suicidio-ocorre-a-cada-40-segundos-no-mundo-diz-oms/>. Acesso em: 10 out. 2019. (Baseada em dados do relatório *Suicide in the world - Global Health Estimates*. Geneva: World Health Organization, 2019).

⁶²LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.

individualismo e o consumo, a vida presente, o agora. É a hipercomunicação, a hiperinformação, o hiperconsumo, o hipertudo. Acabaram-se os limites no contexto dessa lógica acelerada global e virtual.

A segunda vertente do aceleracionismo refere-se ao aumento expressivo do conhecimento tecnocientífico e do progresso tecno-econômico, ambos fundamentais para vencer as dificuldades e corrigir os danos decorrentes da presente crise ambiental, além de melhorar as condições de vida nas megacidades. Assim, o crescimento acelerado do conhecimento tecnocientífico geraria um conjunto de soluções para diversos problemas, tanto econômicos quanto ecológicos⁶³.

A terceira e última vertente encontra-se no crescimento exponencial das tecnologias de computação. Elas têm afetado a natureza humana, dispensando a inteligência natural e o corpo biológico, ambos superados pela aceleração tecnocognitiva, atualmente conhecida pelo termo “singularidade”⁶⁴. O modelo computacional ou de processamento de informações é o mais importante modelo tecnocientífico da mente, resultado do desenvolvimento dos computadores eletrônicos. Nossa mente, segundo Martins, é computacional e todos os processos mentais são acessíveis à modelação por computador. O sucesso da inteligência artificial (IA) partiu dos primeiros computadores que realizavam operações lógico-formais e de cálculo e, atualmente, trilha um caminho em que até mesmo a simulação de emoções tem sido obtida com sucesso. De acordo com o modelo computacional da mente, a ousadia está em querer que as funções mentais, em princípio, possam ter qualquer realização física. Os seguidores da IA defendem que todos os poderes da mente humana – vista aqui como um sistema de processamento de informação – poderiam ser transferidos para um computador⁶⁵.

No entanto, os mesmos processos que asseguram o bem-estar material e a superação das crises ambientais tornam possível e inevitável a passagem do humano ao pós-humano. A contradição é que, para podermos sobreviver, devemos aceitar o processo de transformação tecnoeconômica, tecnocibernética e nanotecnológica, integralmente e de modo acelerado que, por sua vez, não nos deixará sobreviver, pelo menos, não como humanos de carne e ossos. Para Martins esse é o grande dilema a ser enfrentado⁶⁶.

Novamente, necessário lembrar que mudanças extraordinárias podem ocorrer e para as quais nossa capacidade de previsão seria insuficiente. A simbiose entre ser humano e máquina parece evidente, transformando a humanidade em “maquinidade”, termo cunhado por Martins. Por fim, questiona-se o autor: o que é o ser humano? Para ele, nesse conjunto de máquinas inteligentes e mudanças genéticas, o homo faber tornou-se faber hominis. Esse é, na verdade, o experimentum humanum, o ser humano fabricando a si próprio. E para o qual, postumamente, não haverá necessidade sequer de seu próprio habitat⁶⁷.

Profético lembrar as cenas finais do filme “Inteligência artificial”, de 2001, dirigido por Steven Spielberg. Críticas à parte, o filme é uma mensagem futurista de um mundo destruído pelo aquecimento global, porém avançado em tecnologia e dividido em humanos (orgânicos) e andróides (máquinas). Trata-se da história de um menino-robô programado para amar. Na busca contínua por aquela que o abandona e alvo de seu amor incondicional, a mãe humana, o menino-robô chega

⁶³MARTINS, 2003, op. cit.

⁶⁴Ibid.

⁶⁵MARTINS, 1996a, op. cit.

⁶⁶MARTINS, 2003, op. cit.

⁶⁷Ibid.

ao final da história como ator central de um mundo aniquilado. No cenário apocalíptico de nossa extinção, permanecem somente as máquinas perfeitas, nossas criações.

Considerações finais

O tom alarmista de Hermínio Martins não deve nos condenar ao determinismo de considerarmos as tecnologias atuais e suas aplicações como totalmente nefastas à civilização, porque não é isso que o autor tem em mente. Ele descreve o elegante cenário das três grandes áreas que requerem nossa reflexão – a biotecnologia, as teorias reprodutivas e a inteligência artificial; apresenta-nos sua análise histórico-filosófica sobre a tecnociência, pautada nas visões que lhe atribui, a prometeica e a fáustica; e nos convida exatamente a isso, a pensarmos sobre o futuro que desejamos.

Corremos o risco, conforme a hipermodernidade de Lipovetsky, de os individualismos hedônicos predominantes usurparem a força do coletivo, contribuindo para um cenário desalentador e autoritário. Isso calaria o debate tão necessário e a urgência em se regulamentar o que está por vir. O apelo às tecnologias atuais é forte e nos convida a esse mundo em que viver mais e melhor é possível. Contudo, em termos éticos, é preciso refletir se não estaríamos criando novos pesadelos.

Um último exemplo para reflexão, já que iniciamos com a frase de McLuhan sobre as ferramentas que criamos nos modificarem, é o advento do carro elétrico, lançado com efusão no último salão do automóvel de Frankfurt, na Alemanha. Essa nova tecnologia chega com a promessa de acabar tanto com a poluição causada pelo uso dos combustíveis fósseis como pela poluição sonora nas cidades (um carro silencioso). Vale lembrar que no final do século XIX, cidades como Nova York sofriam com os cavalos, cujos resíduos se acumulavam nas ruas criando um problema ambiental. Os carros com motor a combustão resolveram esse problema, porém, criaram outros. Não parece diferente com o carro elétrico, já que suas baterias utilizam elementos químicos raros e seu descarte ainda é incerto.

A reflexão e o debate podem parecer pouco em um mundo dominado pela arrogância do utilitarismo, afinal, para que pensar? No entanto, novamente, fugindo ao determinismo inicial, é a única via para mantermos vivas e atuantes as instituições e organismos que lutam pelos direitos não somente humanos, mas de qualquer ser vivo. Como pensava o filósofo René Dubos*, em um exercício de imaginação do futuro, muitos pensadores extrapolaram os limites ao sonharem com máquinas fabulosas. Em meio a tantos conflitos interespecies e entre espécies, melhor faríamos se tentássemos encontrar uma maneira de aprendermos a conviver melhor uns com os outros.

* DUBOS, René. *Um deus interior: uma filosofia prática para a mais completa realização das potencialidades humanas*. São Paulo: Melhoramentos, 1975.

Referências

- ALTVATER, Elmar. *O preço da riqueza*. São Paulo: Editora UNESP, 1995.
- BARRUCHO, Luís. Mundo declara guerra ao canudo plástico, vilão do meio ambiente. *BBC News Brasil*, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-44419803>. Acesso em: 14 out. 2019.
- BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- CALLAWAY, Ewen. Dolly at 20: the inside story on the world's most famous sheep. *Nature*, v. 534, p. 604–608, 30 Jun. 2016. Disponível em: <https://www.nature.com/news/dolly-at-20-the-inside-story-on-the-world-s-most-famous-sheep-1.20187>. Acesso em: 7 set. 2019.
- CAPRA, F. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.
- CASTORIADIS, Cornelius. Reflexões sobre o “desenvolvimento” e a “racionalidade”. In: CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. São Paulo: Paz e Terra. 1987. v.2. p.135-178.
- COELHO, Marcelo. Rato de orelha humana retrata morbidez. *Folha de S. Paulo, Ilustrada*, 27 out. 1995. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/10/27/ilustrada/25.html>. Acesso em: 7 out. 2019.
- COSTANZA, R. Economia ecológica: uma agenda de pesquisa. In: MAY, Peter Herman.; MOTTA, Ronaldo Silva da. (org.). *Valorando a natureza: análise econômica para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Campus, 1994. p. 101-44.
- CYRANOSKI, David. First monkeys cloned with technique that made Dolly the sheep. *Nature*, v. 553, p. 387-388, 24 Jan. 2018. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-018-01027-z>. Acesso em: 7 set. 2019.
- DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. *Media & Jornalismo*, Lisboa, v. 18, n. 32, p. 155-169, abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-54622018000100012. Acesso em: 17 out. 2019.
- DUBOS, René. *Um deus interior: uma filosofia prática para a mais completa realização das potencialidades humanas*. São Paulo: Melhoramentos, 1975.
- GARFINKEL, Simson. A guerra da privacidade. *Folha de S. Paulo, Caderno Mais!* 5 mar. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0503200005.htm>. Acesso em: 14 out. 2019. (Artigo adaptado, sob autorização, de Database Nation: *The Death of Privacy in the 21st Century*, ed. O'Reilly).
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das letras, 2018.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo. Edições Loyola, 1993.
- LI, Jing-ru et al. Experiments that led to the first gene-edited babies: the ethical failings and the urgent need for better governance. *Journal of Zhejiang University-SCIENCE B*, v. 20, n. 1, p. 32–38, jan. 2019. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6331330/>. Acesso em: 7 set. 2019.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.
- MARTINS, Hermínio. Aceleração, progresso e experimentum humanum. In: MARTINS, Hermínio; GARCIA, José Luís (coord.). *Dilemas da civilização tecnológica*. Lisboa, Portugal: 2003. p. 19-77.
- MARTINS, Hermínio. Hegel, Texas: temas de filosofia e sociologia da técnica. In: MARTINS, Hermínio. *Hegel, Texas e outros ensaios de teoria social*. Lisboa: Século XXI, 1996a. p. 167-198.

MARTINS, Hermínio. Tecnologia, modernidade e política. In: MARTINS, Hermínio. Hegel, *Texas e outros ensaios de teoria social*. Lisboa: Século XXI, 1996b. p. 199-250.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Depressão afeta mais de 300 milhões de pessoas e é doença que mais incapacita pacientes, diz OMS*. 7 abr. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/depressao-afeta-mais-de-300-milhoes-de-pessoas-e-e-doenca-que-mais-incapacita-pacientes-diz-oms/>. Acesso em: 14 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Um suicídio ocorre a cada 40 segundos no mundo, diz OMS*. 9 set. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/um-suicidio-ocorre-a-cada-40-segundos-no-mundo-diz-oms/>. Acesso em: 10 out. 2019. (Baseada em dados do relatório *Suicide in the world - Global Health Estimates*. Geneva: World Health Organization, 2019).

PESQUISA FAPESP. *Chineses clonam macacos com técnica que gerou a ovelha Dolly*. São Paulo, ed. 264, fev. 2018. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2018/02/15/chineses-clonam-macacos-com-tecnica-que-gerou-a-ovelha-dolly/>. Acesso em: 7 set. 2019.

STAHEL, Andri Werner. Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de uma contradição e a busca de alternativas sustentáveis. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001. p. 104-127.

WEE, Sui-Lee. His cat's death left him heartbroken. So he cloned it. *The New York Times*, 4 set. 2019. Disponível em: https://www.nytimes.com/2019/09/04/business/china-cat-clone.html?te=1&nl=dealbook&emc=edit_dk_20190905?campaign_id=4&instance_id=12135&segment_id=16735&user_id=86e6db038372e89f144eb2cadd1faea7®i_id=7278189320190905. Acesso em: 7 set. 2019.

A violência contra a mulher no ambiente digital

MÁRCIA MARIA MENIN

Advogada. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito. Advogado.

FERNANDA DE MELO GUZZO

LARISSA PEDRASOLI

MARIA CAROLINA RASCASSI

NATHALIA LOUISE BARALDI

THALES HENRIQUE DOS SANTOS

Graduandos em Direito no Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O comportamento violento é uma das características mais marcantes da humanidade, ocasionando diversos conflitos que geraram milhões de mortes durante nossa história. Dentro das relações sociais, a violência se faz presente de diversas formas, sobretudo contra a mulher, que, durante nossa história, teve sua situação jurídica jogada à vala da submissão, desrespeito, e sua liberdade completamente ceifada. O comportamento violento, não compreendido apenas pela agressão física, passou a ser cotidiano, ganhando novas formas de exercício, como se faz no ambiente digital. O Estado brasileiro tem criado diversos mecanismos legislativos para conter tal violência, necessitando, ainda, de mecanismos que possibilitem tal objetivo. Neste sentido, a presente pesquisa tem como objetivo a análise da violência contra a mulher no ambiente digital a partir da perspectiva das possíveis legislações brasileiras protetivas para o caso.

Palavras-chave: Violência. Ambiente digital. Mulher.

Abstract: This scientific article aims to analyze violence against women in the digital environment. Violent behavior is one of the most striking features of humanity, leading to several conflicts that have generated millions of deaths during our history. Within social relations, violence is present in various forms, especially against women, who, during our history, had their legal situation thrown into submission, disrespect, and their freedom completely reaped. Violent behavior, not only comprised of physical aggression, became everyday, gaining new forms of exercise, as it does in the digital environment. The Brazilian State has created several legislative mechanisms to contain such violence, and still needs mechanisms to enable this objective.

Keywords: Violence. Digital environment. Woman.

Introdução

O presente artigo tem como proposta analisar a violência contra a mulher no ambiente digital, materializada em diversas maneiras e praticada por agentes que expõem em rede virtual imagens íntimas de mulheres, comentários pejorativos que, muitas vezes, fomentam a prática reiterada da mesma conduta por outras pessoas com o propósito de punir e rebaixar a imagem feminina perante a sociedade, fato que reforça o sexismo e a misoginia historicamente presentes na sociedade.

Os indivíduos, na busca incessante de poder uns sobre os outros, protagonizaram grandes marcos históricos pelo uso da violência. Eventos como a queda do Império Romano, as guerras medievais e, mais recentemente, as duas grandes guerras mundiais, são exemplos de diversos conflitos catastróficos em busca de interesses dos mais diversos. Há que se ressaltar que a última grande guerra foi marcada pela execução de diversos seres humanos de religião judaica, orientação

sexual diversa da heterossexual, ciganos, negros, dentre outras pessoas que eram consideradas inferiores à raça ariana.

Pode-se dizer que a violência é um comportamento humano manifestado desde a nossa origem. Hodiernamente, ainda que o Estado positive certas condutas como tipo penal passível de punição coercitiva, muitos crimes são praticados. Para exemplificar, em nosso País, somente no ano de 2017, foram registrados quase 60 mil assassinatos¹. Se a violência é uma marca negativa e histórica da humanidade, no Brasil ela é um campo fértil para tanto.

Nesse cenário de violência, a mulher é um dos alvos escolhidos, sobretudo pelo histórico de nossa sociedade, que contribuiu de modo reiterado no alijamento de seus direitos, colocando-a em posição de submissão, ainda que, no ordenamento jurídico, haja normas fundamentais que prestigiam a igualdade plena entre as pessoas e entre gêneros.

De outro lado, com o advento da internet e desenvolvimento da tecnologia, as formas de violência deixaram de ser majoritariamente físicas, porquanto surgem novas modalidades de violência contra a mulher, sendo a mais conhecida a denominada *revenge porn*, pela qual grande parte das vítimas são mulheres e que via de regra ocorre no ambiente digital. São muitas as mulheres que sofrem com a violação do seu direito à intimidade e à privacidade ao ter algum tipo de material de conteúdo íntimo exposto na internet.

O ordenamento jurídico passou por transformações a partir de medidas que podem gerar uma efetividade maior quanto à proteção a mulher, como se deu, por exemplo, com a criação da Lei Maria da Penha. No entanto, ainda é omissivo no que diz respeito aos crimes cometidos virtualmente.

Na busca pela igualdade, a legislação deve atuar de forma a diminuir os casos de pornografia de vingança, onde a grande incidência de vítimas são mulheres, a fim de criminalizar as condutas dos agentes que espalham fotos íntimas nas mídias de internet.

Mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que deu plena garantia aos direitos fundamentais, de forma a promover a dignidade da pessoa humana, o Estado não consegue proteger as pessoas, em especial as mulheres, a respeito dos crimes cometidos virtualmente.

A situação jurídica da mulher no direito pátrio: breves considerações

Partindo do direito romano, base do sistema jurídico privatista brasileiro, podemos verificar algumas situações em que de forma imediata e automática se constata parte dos motivos para a positivação do patriarcado no Direito brasileiro.

Se consideramos a estruturação da família, é possível verificar que esta se constituía com o propósito de cultuar os denominados deuses-lares, isto é, a formação do vínculo familiar não se dava a partir da afetividade. Sendo assim, a religião se transmitia de varão para varão e, portanto, a mulher apenas assistia e contribuía no culto aos antepassados, todavia, não dava continuidade a eles dado que a partir do momento em que convolava núpcias passava a pertencer a família de seu marido e, por tal motivo, fundamental era a existência do matrimônio e da geração de filho varão.

Ademais, no que tange ao homem casado, a este caberia, dentre outras prerrogativas, a chefia da família, o direito de repudiar a mulher em caso de esterilidade, o direito de casar a filha ou o filho e o direito de designar tutor para a mulher na hipótese de proximidade de sua morte.

¹CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. Brasil registra quase 60 mil pessoas assassinadas em 2017. *Portal de notícias G1*, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/brasil-registra-quase-60-mil-pessoas-assassinadas-em-2017.ghtml>. Acesso em: 20 fev. 2019.

Seguindo esta linha normativa, apresentam-se as Ordenações do Reino de Portugal², legislação portuguesa aplicada ao Brasil desde o período em que o país era colônia de Portugal até o advento do Código Civil de 1916. Quanto àquele diploma legislativo, apresentam-se diversos dispositivos legais que atuavam para a desigualdade de gênero e que contribuíram para a ideologia da inferioridade feminina. Deste modo, dentre outros inúmeros dispositivos legais sexistas, encontra-se a eficácia do regime de bens condicionada a consumação do casamento pelo ato sexual³ e a possibilidade de o marido praticar homicídio contra a mulher infiel e seu cúmplice salvo se este pertencesse a uma classe social superior à do marido⁴.

Em momento posterior, com a proclamação da República e a consequente laicização do Estado, em 24 de janeiro de 1890 foi promulgada a Lei do Casamento Civil, a qual tinha como finalidade precípua a subtração de qualquer efeito jurídico ao casamento religioso.

Nesta legislação especial, manteve-se a tradição oriunda das Ordenações portuguesas e a eficácia do regime de bens também restava condicionada à verificação da consumação do casamento por meio do ato sexual entre os cônjuges⁵. Além disto, ao marido caberia a representação legal da família e a fixação de seu domicílio, a administração dos bens comuns sem se olvidar da autorização que deveria conceder para que a mulher pudesse trabalhar⁶.

Com os ideais provenientes da Revolução Francesa, apresentou-se o Código Civil de 1916.

Pela análise da antiga codificação, nota-se que ao homem cabia um maior número de obrigações se comparado com a mulher. Justificavam-se, alguns juristas, que esse fato se devia à pouca experiência da mulher para o exercício de algumas atividades⁷, mormente aquelas dirigidas aos encargos financeiros que adviriam do casamento, o que, para eles, não importaria em assunção da falta de equiparação entre homem e mulher pela antiga legislação civil.

A subalternidade jurídica da mulher se expressava principalmente pela aposição de dois capítulos diversos dirigidos aos direitos e deveres do homem e da mulher casados⁸.

Na sua redação original, o Código Civil de 1916 mantinha a chefia e a representação da sociedade conjugal exclusivamente sob os poderes do homem e, por tal motivo, somente a ele caberia a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher conforme fosse o regime de bens adotado. Entretanto, a administração desses bens não se dava de forma absoluta, pois era necessária a outorga uxória para a prática de alguns atos, notadamente aqueles que implicassem alienação ou

² CÓDIGO Filipino ou Ordenações do Reino de Portugal. Livro 4. Edição fac-similar. Brasília, DF, 2004.

³ Essa determinação estava contida no Livro IV, Título XLVI, n. 1: "E quando o marido e a mulher forem casados, por palavras de presente à porta da Igreja, ou por licença do Prelado fora della, havendo cópula carnal, serão meeiros em seus bens e fazendas [...]".

⁴ Faculdade concedida pelo Título XXXVIII: "Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assi a Ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade".

⁵ Era o teor do artigo 57: "Na falta de contracto ante-nupcial, os bens dos conjuges são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo se provar-se que o matrimonio não foi consumado".

⁶ Quanto a isto, dispunha o art. 56 daquela lei: São effectos do casamento:

§ 1º Constituir família legitima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§ 2º Investir o marido da representação legal da família e da administração dos bens communs, e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da família, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

§ 4º Conferir à mulher o direito de usar do nome da família do marido e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se possam communicar a ella.

§ 5º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§ 6º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na fôrma da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre elles e os filhos.

⁷ A respeito do assunto, ponderava Silvio Rodrigues: "Esta diversidade de tratamento decorre de razões várias, entre as quais a necessidade de escolher um dos cônjuges para determinadas tarefas; ou então da maior prática do homem para o exercício de alguns misteres, dos quais a mulher, por muitos séculos, se manteve afastada. O que, entretanto, parece negável é o propósito do Código Civil de 1916, tratar marido e mulher como titulares de iguais direitos, fugindo, assim, ao conceito enraizado no passado de que o homem desfrutava, na família, de uma situação de superioridade em face de sua esposa" (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 6. p. 133-134).

⁸ Os direitos e deveres do marido estavam dispostos no Capítulo I, Título II do Livro do Direito de Família. Por sua vez, os direitos e deveres da mulher encontravam-se alocados no Capítulo II, Título II, daquele mesmo livro.

gravação de ônus real dos bens imóveis, prestação de fiança⁹ ou incorressem em doação de móveis caso essa não assumisse o caráter de remuneração.

A exemplo do que ocorria com o homem, à mulher também restava vedada a prática desses atos sem autorização de seu marido. Mas, se as restrições a ela impostas se restringissem a essas obrigações, quiçá o antigo Código Civil teria concedido uma maior amplitude no que diz respeito à igualdade entre os cônjuges.

Entretanto, a realidade mostrava-se diversa. Com relação ao patrimônio, era defeso à mulher casada a alienação ou gravação de ônus real de seus bens próprios, qualquer que fosse o regime de bens que regesse a sua vida patrimonial conjugal, e, ainda, alienar seus direitos reais sobre os imóveis de outrem.

A questão do corpo feminino e seu pertencimento ao homem fica evidente quando o revogado Código Civil possibilita a anulação do casamento por erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge em razão de defloramento da mulher ignorado pelo marido¹⁰.

A quase inexistência de uma digna posição jurídica ocupada pela mulher, ocasionada pela hegemonia patriarcal, implicava uma intensa e dolorosa relação de subordinação e dominação entre os dois sexos.

O ideal do Estado Liberal, especificamente no que diz respeito à igualdade – ainda que formal, não foi contemplado pelo Código Civil de 1916, fator responsável pela diferença de tratamento jurídico conferido ao homem e à mulher e pelos grandiosos preconceitos que mantinham a mulher trancafiada em sua vida privada.

Por essa razão, aproximadamente por volta da metade do século passado, tem início a luta a favor do direito da mulher. Cria-se a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da Mulher Casada. Era o primeiro passo para a equalização dos direitos entre homem e mulher.

O Estatuto da Mulher Casada teve também importante contribuição à gradativa emancipação feminina. Pôs termo à incapacidade relativa da mulher casada e revogou outras disposições referentes às restrições a ela impostas, pelo que a mulher não mais necessitava de autorização do marido para exercer sua profissão, poderia aceitar ou rejeitar herança, aceitar mandato e, em alguns casos, litigar em juízo cível ou comercial.

Algumas das antigas restrições à liberdade da mulher casada foram revogadas e a única limitação mantida e imposta apenas para a mulher foi a proibição de contrair obrigações que pudessem importar em alheação dos bens do casal.

No que diz respeito a regime de bens, uma das mais importantes contribuições realizadas pelo Estatuto da Mulher Casada foi a criação da figura jurídica do bem reservado.

Constituíam-se reservado o bem adquirido pelo produto auferido pela mulher no exercício de sua profissão, bem como os sub-rogados a ele. Eram conferidos a ela a administração desses bens e seu poder de livre disposição, exceto se versassem sobre bens imóveis, pois, nesse caso, seria necessária a outorga marital.

Em face de serem considerados patrimônios apartados dos bens comuns, foram tidos como bens excluídos da comunhão universal e da comunhão parcial.

⁹ As Ordenações Filipinas também vinculavam a prestação de fiança à outorga uxória. Determinava o Livro IV, Título LX: “Se algum homem casado ficar por fiador de qualquer pessoa sem outorga de sua mulher, não poderá por tal fiança obrigar a metade dos bens que a ela pertencem”.

¹⁰ Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

Ademais, a mulher passava a ter o direito de praticar todos os atos que não lhe fossem vedados pela lei e não apenas aqueles que o ordenamento jurídico lhe permitisse.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a consequente inserção do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges¹¹, todas as disposições do antigo Código Civil que mantinham qualquer diferenciação de tratamento entre os sexos foram consideradas revogadas, porquanto o direito de família passou a ser interpretado à luz da Carta Maior. E é sob esses valores que desponta o Código Civil de 2002.

Diante do exposto, é inevitável a compreensão em torno da qual a sociedade, mas também o Direito, investe na naturalização dos processos socioculturais de inferioridade feminina, uma vez que independentemente da classe social, a mulher historicamente teve sua sexualidade vigiada, punida, além de ficar adstrita ao espaço doméstico.

A Lei Maria da Penha como forma de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher

Em razão de vulnerabilidades de alguns grupos sociais, o Estado, na figura do Poder Legislativo, é reponsável por promulgar diplomas que resguardam direitos de determinados grupos de pessoas a fim de que seja respeitada a igualdade formal entre os sujeitos de direito. Neste sentido, surgiram, exemplificadamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Quanto à mulher, a vulnerabilidade propõe uma espécie de *apartheid* social em que a estrutura do poder vigente encontra-se no modelo masculino tomado de privilégios e prerrogativas.

Antes das trocas de informação em massa tornarem-se populares, o Direito preocupava-se, mormente, com a violência dentro do ambiente privado. A Lei 11.340/06¹², mais conhecida pelo nome que recebeu em referência ao caso da qual se originou - Lei Maria da Penha -, apresenta formas de coibição da violência contra a mulher em ambientes domésticos e familiares, corroborando, destarte, para a igualdade entre os gêneros.

Segundo preceitua o artigo 5º, caput, da Lei 11.340/2006, violência doméstica e familiar contra mulher configura em qualquer ação ou omissão que provoque morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, desde que fundamentada no quesito de gênero, constituindo uma das formas de violação dos direitos humanos.

Por sua vez, o artigo 7º da Lei Maria da Penha traz cinco tipos de violência: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A violência física é a forma mais visível socialmente uma vez que gera consequências materialmente comprováveis, configuradas por hematomas, fraturas ou arranhões, embora as marcas deixadas no corpo da mulher não sejam requisitos indispensáveis para que caracterizem violência contra mulher, visto que a agressão empregada de forma sutil também poderá acarretar danos psíquicos.

A violência psicológica assenta-se no impedimento à mulher de exercer sua condição de

¹¹ Conforme § 5º do artigo 226 da Constituição Federal: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

¹² A Lei Maria da Penha introduziu o avanço legislativo do cenário internacional. Isto porque vários instrumentos estrangeiros foram criados e ratificados pelo Brasil, tais como: a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Violência contra Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará de 1994), além de outros instrumentos de direitos humanos.

alteridade com relação ao agressor. Pode ser entendida como qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima e que, geralmente, obsta a liberdade de escolha em razão de constantes afirmações pelo agressor da incapacidade da mulher de sustentar por si só aquilo que almeja. É considerada tão grave quanto a violência física, uma vez que compromete o emocional da mulher, causando danos irreparáveis, como pensamentos suicidas, depressão, pesadelos, ansiedade, medo e pânico.

A violência sexual representa violação ao direito sexual e reprodutivo da mulher e se configura pelo estupro, atos violentos contra a integridade sexual das mulheres, prostituição forçada, investidas sexuais indesejadas, aborto forçado ou ainda a prática de atos que impeçam a mulher de utilizar métodos contraceptivos.

A violência patrimonial pode se caracterizar por atos destrutivos ou omissões do agressor que afetam a saúde emocional e a sobrevivência dos membros da família, como o roubo e a destruição de bens. Insta considerar que o abandono material caracterizado pelo não pagamento da pensão alimentícia, assim como a retenção de recursos financeiros pelo agressor em razão da mulher ter tomando a iniciativa da separação, também podem ser considerados violência patrimonial.

Na hipótese da prática de agressão, em qualquer uma de suas formas previstas em lei, a mulher poderá solicitar as denominadas medidas protetivas de urgência que visam coibir e prevenir a prática de violência doméstica conferindo a ela a possibilidade de uma vida pacífica e digna. Tais medidas poderão ser representadas por suspensão da posse ou restrição do porte de armas; afastamento do lar e proibição de determinadas condutas, entre as quais: aproximação física ou através de meios de comunicação com a ofendida, seus familiares e testemunhas; frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; dentre outras possibilidades a serem oferecidas também como forma de medida protetiva de urgência.

Importa ressaltar que, em caso de descumprimento de referidas medidas protetivas de urgência, o agressor poderá ser submetido a uma pena de detenção de três meses a dois anos¹³.

Desta forma, é possível afirmar que a Lei Maria da Penha possui papel profundamente relevante na tentativa de desmotivar a conduta social em torno da prática de violência, subjugação e coisificação das mulheres. Entretanto, como veremos a seguir, ela se mostra insuficiente.

O ambiente digital como novo *locus* para prática da violência contra a mulher

A tecnologia surgiu de forma paralela com a evolução do ser humano e a sua busca incessante pelo conhecimento. Não é difícil esconder que a tecnologia é uma das, senão a mais importante criação do homem, que possibilita dia após dia, novos níveis de conhecimento, comunicação e relações sociais. De fato, a tecnologia possibilitou a criação de um novo mundo, cheio de possibilidades a serem descobertas, com infinitas oportunidades e diversas facilidades. Isto posto, é indiscutível a ideia de que a tecnologia e seus aparatos trouxeram, desde a sua criação até os dias atuais, uma nova

¹³ Em 03 de abril de 2018 foi publicada a Lei 13.641 que alterou a Lei Maria da Penha, para incluir o artigo 24-A, tipificando o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, nos seguintes termos:

“Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Além disto, insta considerar que no ano de 2015, foi incluído o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio e, conseqüentemente, como crime hediondo, por meio da Lei 13.104. Essa lei caracteriza o feminicídio como um crime contra mulher em razão das condições de sexo feminino, isto é, quando consiste em violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A pena dada ao agressor neste caso é de reclusão de 12 a 30 anos.

forma de pensar e agir.

O ser humano, em todas as fases de sua história, buscou considerável avanço e, deste modo, a sociedade caminha hoje por mais uma transição social que transforma e inova a humanidade e como afirmam Meirelles e Morelli Júnior, “A tecnologia e seu incrível avanço através dos anos traz um novo modelo de mundo em vários aspectos e apresenta um tipo de sociedade globalizada que diariamente tem contato com a internet”¹⁴.

Assim, se fala em uma nova era, um novo mundo, dominado pela ascensão digital, uma era do computador, uma sociedade midiática, capaz de moldar novas linguagens e um novo padrão no quesito hierarquia de gênero. No que tange a sociedade, ressalta-se que ela já não é mais valorizada pelo seu teor em conhecimento, realizações ou feitos, mas sim no nível de tecnologias e aparatos presentes no âmbito nacional e como isso se aplica nas relações internacionais.

A palavra tecnologia tem sua origem no grego antigo e vem da junção das palavras *techne*, que significa arte ou técnica, e *logos*, que significa razão ou argumento. Desta forma, a tecnologia nada mais é do que o conjunto de razões, conhecimentos e técnicas que juntos mostram uma maneira de melhorar o mundo e fazê-lo evoluir nas suas relações, pensamentos, ações e comunicações, de modo a satisfazer as necessidades humanas em suas mais profundas pretensões. A sociedade atual trabalha em um ritmo em que o “ser tecnológico” transformou a maneira com a qual o homem enxerga o mundo. O *logos* se tornou ligado à tecnologia e à informação que ela acarreta para a sociedade.

A internet é um dos diversos ramos da tecnologia e garante uma gama maior de informação aos seus usuários, como modo de conectá-los a um mundo de oportunidades. Internet é um instrumento de angariar informação de um modo mais prático e que atrai mais e mais pessoas todos os dias, possibilitando novas experiências em níveis exorbitantes. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁵, em 2015, o contingente de domicílios com acesso à internet por meio de celulares, *tablets* e outros equipamentos passou de 27,5 milhões de pessoas, como também o acesso a internet por meio de microcomputadores ultrapassou a linha de 20 milhões de usuários. Segundo o IBGE¹⁶, há praticamente dois terços da população brasileira, ou seja, cerca de 69,8% de pessoas que possuem conexão com a internet e, destas, 95,5% acessam a internet para trocar mensagens de texto, voz ou imagens através de aplicativos.

De fato, a internet como mecanismo da tecnologia se tornou um instrumento paralelo à vida humana, de modo que a vida cotidiana aderiu ao aparato, não sendo possível distingui-las, dessa forma, homem e máquina acabaram por se tornar um, restando impossível estabelecer relações e conviver normalmente sem que se esteja “conectado”.

Diversas áreas da vida social como economia, relacionamentos, educação, saúde e lazer estão acessíveis ao público, graças à internet. A diversidade de opções traz fascinação e um forte apelo para os usuários. A grande facilidade de contato com as diversas áreas de relevância humana modifica o modo de interação e de vivência na sociedade, posto que a partir do uso dessa tecnologia, é possível vivenciar as experiências da vida com uma velocidade superior a que é tida como “normal”. Assim, é irrefutável admitir que a internet, em geral, se tornou um instrumento que facilita a acessibilidade

¹⁴ MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de; MORELLI JÚNIOR, Amirton Archanjo. *Violência de gênero no século XXI: a pornografia de vingança*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2015. p. 88.

¹⁵ IBGE. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

¹⁶ IBGE. *PNAD contínua TIC 2016: 94,2% das pessoas que utilizaram a Internet o fizeram para trocar mensagens*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens>. Acesso em: 10 fev. 2019.

do homem com diversas áreas, auxiliando na execução de tarefas, de forma a acelerar o ritmo em que vive.

Mas as facilidades decorrentes do uso desse mecanismo revolucionário não escondem as incertezas quanto à segurança no mundo midiático, uma vez que o ser humano, ao se tornar paralelo ao crescimento virtual, acabou por transpor a violência do mundo externo para o interno, de modo que parte da população dada como minoria se tornou oprimida tanto fora do mundo virtual quanto dentro dele.

As redes sociais são os canais mais rápidos para distribuição de conteúdo, dentre este, o violento, que acarreta informações que denigrem a dignidade do ser humano e ocasionam consequências sem limites. A violência digital é um fato crescente no Brasil, em virtude do aumento significativo de usuários das redes sociais que, ao utilizar as ferramentas acessíveis, transpõem a violência do meio físico para o virtual. O ser humano, deste modo, não consegue separar as duas versões da realidade, de modo a não evoluir nas atitudes, mas sim retroceder, condenando pessoas consideradas como “elo fraco” da cadeia hierárquica mundial nos dois panoramas de mundo, o real e o digital. Desta forma, nota-se que a internet acarretou para a sociedade um novo nível em suas comunicações, o que gera novas práticas hierárquicas e que contribui para a formação de um novo pensamento. Essas facilidades acabam por moldar dificuldades para o Direito, dado que a caracterização de crime e violência foi redefinida tendo como base o estopim da internet, ou seja, o momento em que esta ganhou força e conquistou usuários que buscam informações, novas relações, comunicações e acabam por incitar a violência, expondo e denegrindo a dignidade humana.

Vale frisar que, segundo pesquisa realizada pelo IBOPE¹⁷, cerca de 65% dos internautas brasileiros acessam conteúdo e entretenimento adulto. Esses usuários comumente acarretam na prática do chamado *revenge porn*, ou em sua tradução, pornografia de vingança, que é a conduta em que há a divulgação, através da rede de internet, de fotos ou vídeos privados de uma pessoa e sem a sua evidente autorização.

As mulheres são mais suscetíveis a arcar com as constantes agressões no meio digital, visto que a violência gerada pelos usuários torna o ambiente virtual como lugar inóspito para elas, uma vez que ao adentrarem como usuárias, as mulheres são submetidas à chamada hierarquia de gênero, de modo que se tornam vítimas de crimes cibernéticos que podem variar de uma divulgação de fotos ou vídeos privados a distribuição de sexo explícito não autorizado. Conforme Pereira:

A facilidade de produção e divulgação de mídias através de dispositivos eletrônicos como smartphones e tablets amplia o potencial de perpetração da pornô, sobretudo o não comercial. O anglicismo sexting surge nesse contexto definindo a divulgação de conteúdo erótico através de dispositivos eletrônicos. Nude Selfies – selfies de nudez – são utilizados para flertar ou seduzir outrem através da internet, ou apenas retribuir um favor de uma mídia anteriormente recebida.¹⁸

Desse modo, percebe-se que a praticidade acarretada pelo uso cotidiano da internet, trouxe a possibilidade de divulgação de mídias através de diversos meios tecnológicos, que facilitam que informações vazem e sejam divulgadas para ridicularizar e humilhar. As práticas de envio de fotos e

¹⁷IBOPE. *65% dos internautas brasileiros acessam sites de conteúdo adulto*. IBOPE Inteligência, 23 set. 2016. Disponível em: <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/65-dos-internautas-brasileiros-acessam-sites-de-conteudo-adulto/>. Acesso em: 10 fev. 2019.

¹⁸PEREIRA, Ítalo Augusto Camargos. Criminalização do revenge porn. *Âmbito Jurídico*, ano 20, n. 159, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18796&revista_caderno=3. Acesso em: 20 fev. 2019.

vídeos são comumente utilizadas por casais ou até mesmo desconhecidos, com o objetivo de seduzir e direcionar aquilo para um relacionamento.

Ocorre que ao acontecer distúrbios na citada relação, é fato que para constranger outrem, o indivíduo, tomado pelos sentimentalismos de vingança, revanche e poder sobre alguém, se apodera do pensamento de direito sobre a divulgação de conteúdo íntimo e privado para a sociedade. Assim sendo, nota-se que essa conduta de revanche é o simples pensamento de recebimento de alguma vantagem, como o próprio pensamento de se sobressair sobre a outra pessoa, causando, portanto, dano a esta e ocasionado através de uma conduta fútil, consequências inimagináveis, como a morte da pessoa recebedora do dano.

É relevante ressaltar que as consequências desse tipo de agressão são graves, dado que a revelação da intimidade de alguém no mundo digital é de difícil reversão, pois em vista da grande massa de usuários, as ferramentas para compartilhar as informações saem do alcance social.

O revenge porn, segundo Hernandez e Lucchesi:

Tem sua origem na década de 80, com o surgimento e a popularização de revista masculina com teor adulto, que criou uma seção denominada “Beaver Hunt”, que divulgava imagens de mulheres nuas, em diversos planos de fundo, como em seu cotidiano, principalmente em locais públicos. Essas imagens eram enviadas pelos leitores, e por conta disso, o proprietário da referida revista foi alvo de inúmeros processos indenizatórios, movidos por essas mulheres difamadas e que não deram qualquer tipo de autorização para a publicação [...]. Em 2010 a Revenge Porn tornou-se conhecida oficialmente nos Estados Unidos, por meio do site IsAnyOneUp.com, que publicava este tipo de material, sem autorização e protegido pelo anonimato, promovendo uma investigação do FBI, que acreditava que eram obtidos por Hackers.¹⁹

Em vista disso, é evidente que a pornografia de vingança é uma consequência cultural de um pensamento machista, que inferioriza a figura da mulher e a sua posição na cadeia social. Percebe-se, portanto, uma dominação masculina frente a sexualidade feminina, ocasionando um delito caracterizado pela violação de direitos e privacidade e constantes atos de violência. Tais atos que preliminarmente eram fundamentados na violência física, atualmente, com o avanço de conhecimento e aparatos humanos, também se apresentam na violência digital, que a despeito de não causar dano físico, atinge a integridade, a honra e a dignidade da mulher.

A mulher como alvo se torna vítima da constante vertente de hierarquia de gênero, de modo a ser exposta em sua intimidade e sofrer danos em sua privacidade, como também é alvo do sofrimento desnecessário, mas que é tido como constante, do julgamento da sociedade, que acaba por culpar a figura feminina pelo dano ocasionado em virtude dos atos danosos realizados pelo seu agressor.

A proteção da mulher no ambiente digital: o atual cenário legislativo brasileiro

Além dos dispositivos já existentes no ordenamento jurídico que poderiam enquadrar situações de violência em tipos já criados, um importante movimento legislativo para conter a violência no ambiente digital foi com o advento da Lei 12.737, de 2012, ou “Lei Carolina Dieckmann”, que acrescentou o artigo 154-A, no Código Penal, cuja redação segue:

¹⁹HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino; LUCCHESI, Ângela Tereza. Crimes virtuais: cyberbullyng, revenge porn, sextortion, estupro virtual. *Revista Officium – Estudos de Direito*, Curitiba, v. 1, n. 1-2, p. 8-9, 2018.

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Trata-se de um importante avanço, identificando e especificando uma conduta que cada vez mais faz parte do cotidiano. O fato que culminou na elaboração da referida lei se trata de situação sofrida pela atriz Carolina Dieckmann que teve fotos em situação íntima e conversas vazadas na internet, retiradas de seu computador pessoal.

Outra importante legislação que adentrou no ordenamento jurídico como forma de mitigar a violência contra a mulher no ambiente digital foi o “Marco Civil da Internet”. Com efeito, por conta das movimentações em massa de informação na rede mundial de computadores e seu crescente uso no cotidiano, armazenando, coletando, expondo e transferindo dados pessoais; surgiu a necessidade da sua regulamentação, bem como a de tutelar a privacidade do indivíduo que com ela interage. Assim, nasceu a Lei 12.965/14, garantindo o pleno exercício da liberdade de expressão, concomitante com a preservação da identidade e privacidade de seus usuários.

Uma de suas seções é dedicada à responsabilidade civil de provedores por danos gerados a partir de conteúdo disponibilizado por terceiros em suas plataformas. Esses provedores dividem-se em dois grupos segundo a própria lei: provedores de conexão à internet e provedores de aplicações na internet. O primeiro “é aquele que oferece ao usuário os meios necessários para se conectar à Internet”²⁰; quanto ao segundo, “pessoa que fornece um conjunto de funcionalidades que são acessadas por meio de um terminal conectado à internet”²¹. Entretanto, será tratado no presente trabalho, apenas sobre o provedor de aplicação na internet, pois enquanto o primeiro fornece a conexão, o outro é o que permite a interação de usuários com a rede mundial de computadores, subdividindo-se em provedores de conteúdo (disponibiliza todo conteúdo gerado por usuários como, por exemplo, redes sociais, aplicativos, sites em geral)²² e provedores de hospedagem.

Em regra, os provedores de aplicações somente poderão receber sanção civil pelo material disponibilizado por seus usuários, após desrespeitarem ordem judicial para remoção de conteúdo dentro do prazo determinado e dentro dos seus alcances, a fim de assegurar o princípio da liberdade de expressão e impedir a censura, conforme disposto no art. 19, *caput*, do Marco Civil da Internet. É válido ressaltar que essa norma, apesar de manter um equilíbrio de direito, não impede o provedor de remover aqueles conteúdos contrários à sua política de uso ou aos que desrespeitem o seu devido funcionamento.

Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça considerou que não é o dever do provedor ser fiscalizador prévio de todos os conteúdos publicados através de sua plataforma, conforme se depreende da *ratio decidendi* dos Recursos Especiais nºs. 1.308.830²³ e 1.193.764²⁴. Entretanto,

²⁰ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso; NUNES, Beatriz Laus Marinho. *Marco civil da internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 96.

²¹ Loc. cit.

²² Loc. cit.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.308.830*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 08 de maio de 2012.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.193.764*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 19 de junho de 2012.

está no artigo 21²⁵ a exceção à regra disposta no artigo 19²⁶, ambos dispositivos do Marco Civil da Internet, em que o provedor deverá ser responsabilizado subsidiariamente ao desrespeitar notificação extrajudicial do participante ou representante legal ofendido para a remoção do conteúdo publicado por terceiro através de sua plataforma.

A aplicabilidade dessa exceção diz respeito a todo conteúdo de cunho sexual e nudez com caráter privado. O parágrafo único do mesmo artigo ainda garante que “a notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido”. Essa exceção se faz necessária pela velocidade que a propagação do conteúdo disponibilizado é capaz de alcançar, gerando, dessa forma, danos imensuráveis e irreparáveis à vítima.

É importante ressaltar as observações feitas por Teffé, Souza e Nunes quanto ao prazo para remoção. Não há no artigo 21 ou em qualquer outro dispositivo do Marco Civil da Internet informação sobre o prazo disponível para que o provedor possa remover o conteúdo danoso. Por esse motivo, incumbiu ao juiz avaliar, dentro do caso concreto, se houve ou não omissão por parte do provedor²⁷.

Há, portanto, nesse dispositivo, não somente a tutela ao *porn revenge*, mas a todos os diferentes casos de divulgação de imagens contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado que podem acontecer por inúmeras razões, uma vez que o legislador não especificou o motivo pelo qual alguém praticaria esses atos²⁸.

No campo da jurisprudência, no que tange ao direito civil, os Tribunais começaram a fixar indenização por dano moral. Interessantes os acórdãos a seguir, encontrados em artigo científico escrito por Flávio Tartuce, intitulado “A indenização *por revenge porn* no Direito de Família brasileiro”²⁹:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS ÍNTIMAS. Provada a conduta ilícita, a autoria, o dano e o nexo de causalidade, há de ser mantida a sentença que condenou o apelante ao pagamento da indenização arbitrada em favor da autora, em razão da divulgação indevida de fotos íntimas.³⁰

RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Partes que tiveram relacionamento amoroso. Hipótese em que o réu passou a ameaçar a autora, publicando mensagens desabonadoras na internet, fotos íntimas do casal e espalhando panfletos pelo bairro, afirmando que a autora era garota de programa. Fato de ter a autora tornado público o relacionamento entre as partes, na constância do casamento do réu, que configura risco originado da conduta do próprio réu. Danos morais devidos. Fixação da indenização em R\$ 10.000,00. Valor razoável, que não merece

²⁵ BRASIL. Lei nº 12.965/2014 - Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Artigo 21: “O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.”

²⁶ *Ibid.* Artigo 19: “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

²⁷ *Op. cit.*, p. 145.

²⁸ TEFFÉ; SOUZA; NUNES, loc. cit.

²⁹ TARTUCE, Flávio. A indenização por *revenge porn* no direito de família brasileiro. *Migalhas*, 27 jun. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104_MI282544,81042A+indenizacao+por+revenge+porn+no+Direito+de+Familia+brasileiro. Acesso em: 20 mar. 2019.

³⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 1.0180.11.004047-4/001*. Relator: Desembargador Wagner Wilson, 13 de novembro de 2013.

sofrer redução. Decisão mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do novo Regimento Interno deste Tribunal. Recurso desprovido.³¹

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECONVENÇÃO. Divulgação de fotos íntimas de relação sexual dos autores. Réu ex-namorado da autora. Prova da propagação das informações por ato do demandado. Procedência do pleito indenizatório. Critérios de fixação da indenização por danos morais. Majoração. Adequação aos parâmetros normalmente observados pela câmara. Apelação cível desprovida. Recurso adesivo provido.³²

Ainda no campo jurisprudencial, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça divulgou alguns casos concernentes à violência contra a mulher no ambiente digital. O primeiro deles refere-se a uma indenização de R\$114.000,00, fixada em 2017, por conta de vazamento de imagens íntimas de uma mulher, fotografada durante o ato sexual. Também no ano de 2017 foi mantida a prisão preventiva de um homem acusado de cometer crimes sexuais e extorsão, na medida em que coagia adolescentes a lhe enviar fotos e vídeos íntimos e, depois, a extorsão se dava na exigência de dinheiro para que não os divulgasse na internet. Outro caso refere-se a ameaças em rede social³³.

Essa realidade fez novamente provocar o Poder Legislativo na criação de legislação no combate a esse tipo de conduta pelo Direito Penal, resultando na criação de duas leis: Lei nº 13.718/2018 e 13.772/2018.

A Lei 13.718/2018, mais conhecida como “Lei da Importunação Sexual”, destaca-se por tipificar o crime de “divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”, acrescentando-o ao Código Penal pelo artigo 218-C. Nesse caso, as condutas tipificadas foram:

Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

A pena prevista para o crime acima é de 1 a 5 anos, podendo ser aumentada de 1/3 a 2/3, caso o crime for praticado por “agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação”.

Já a Lei 13.772/2018 trata da inserção do crime de registro não autorizado da intimidade sexual, acrescentando o artigo 216-B, ao Código Penal, tipificando as seguintes condutas: “Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes”. A pena para esse crime é de 6 meses a 1 ano, e multa, incorrendo na mesma pena aquele que “realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual

³¹SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 0003141-93.2007.8.26.0224*. Relator: Desembargador Rui Cascaldi, 29 de outubro de 2013.

³²RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 341337-66.2012.8.21.7000*. Relator: Desembargador Marilene Bonzanini Bernardi, 14 de novembro de 2012.

³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Crimes sexuais pela internet*: a violência contra a mulher entre o real e o virtual. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Crimes-sexuais-pela-internet-a-viol%C3%Aancia-contra-a-mulher-entre-o-real-e-o-virtual. Acesso em: 20 mar. 2019.

ou libidinoso de caráter íntimo”.

Essas duas legislações que adentraram ao ordenamento jurídico no ano de 2018 foram respostas do Estado, através do Poder Legislativo, para combater e punir diversas formas de violência contra a mulher no ambiente digital, no campo do direito penal.

E esse movimento todo evidentemente não ocorre somente no Brasil. Em Israel, por exemplo, há lei específica, criada em razão de um caso de grande repercussão, em que um homem divulgou um vídeo pelo *Whatsapp* mantendo relações sexuais com sua ex-namorada, alcançando milhares de visualizações³⁴. A partir disso, em 2014, foi sancionada uma emenda à *Prevention of Sexual Harassment Law, 5758-1998* (Lei de Prevenção ao Assédio Sexual), criminalizando aqueles que divulgarem imagens de caráter sexual sem consentimento, em situações que podem degradar e humilhar a pessoa. Essa norma não serve apenas para proteção contra o assédio como, também, a invasão de privacidade³⁵.

A Espanha é outro exemplo de país que criou normas específicas para atender as necessidades daqueles que têm sua intimidade divulgada na rede. Com a reforma do seu Código Penal, incluiu um tipo penal para criminalizar aquele que divulga imagens em caráter privado, sem autorização, na parte em que versa sobre crimes de revelação de segredos³⁶.

Com a crescente onda de violência contra a mulher, os Estados cada vez mais têm criado mecanismos para tentar coibi-la. Entretanto, mais uma vez deve ser ressaltado que somente a criação de legislação e o aumento de penas não resolverá o problema. Faz-se necessário uma mudança comportamental na sociedade, esvaziando o estigma de que o corpo da mulher é propriedade masculina ou que sua conduta sexual pode ser objeto de punição.

A atuação dos servidores, redes sociais e usuários em combate à violência

Dispositivos legais não são as únicas ferramentas combatentes à violação de privacidade, porque seu alcance é limitado pela falta de conhecimento dos usuários sobre seu uso e, até mesmo, pela culpabilização da vítima. Para tanto, algumas organizações não governamentais, instituições, grupos pequenos e fechados em redes sociais acabam por sensibilizar-se e mobilizar-se em razão da causa.

Mesmo demonstrando como o legislativo preocupou-se em regular a internet a fim de proteger o conteúdo e usuários, Sônia Correa, principal fundadora da organização feminista brasileira SOS Corpo, demonstra como algumas comunidades em redes sociais agiram para proteger-se dos discursos de ódio e ofensas disparadas por outros usuários, elegendo três formas para exemplificar esse fenômeno: (i) aquela em que uma equipe de moderadores supervisionam as informações do grupo e barram as ofensivas; (ii) outra em que os próprios usuários respondem as ofensas; (iii) e as páginas para debates e protestos contra as formas de opressão. Todas elas não são apenas formas de defender-se, mas também, uma maneira de afirmar a identidade³⁷.

Quanto às organizações não governamentais como a Safernet, prestam assistência às vítimas desses casos através da Helpline. É um serviço de orientação sobre os crimes cometidos contra

³⁴VALENTE, Mariana Giorgetti *et al.*; *Enfrentando disseminação não consentida de imagens íntimas: uma análise comparada*. São Paulo: InternetLab – Pesquisa em Direito e Tecnologia, 2016. p. 8.

³⁵Ibid., p. 18.

³⁶Ibid., p. 15.

³⁷CORREA, Sonia; SÍVORI, Horacio; ZILLI, Bruno. *Regulação da internet e política sexual no Brasil*. CLAM – Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/artigo_marco%20civil_Regulacao%20da%20Internet%20e%20Politica%20Sexual%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 04 set. 2018.

os Direitos Humanos dentro da internet, bem como atendimento psicológico e possibilidades de solucionar os problemas³⁸. Há também a ONG Marias da Internet, com o mesmo objetivo de auxiliar as mulheres vítimas dessa opressão; “e o aplicativo de celular For You, desenvolvido por três adolescentes paulistas para ajudar mulheres a lidarem com as consequências negativas da exposição na internet”³⁹.

Por fim, as próprias redes sociais oferecem recursos para remoção de conteúdos ilícitos e contrários a suas políticas de uso, cada um com suas especificidades, seja por meio de central de atendimento e reclamações ou mecanismos de denúncia na própria postagem realizada naquela plataforma.

Conclusão

A nossa história revela que o comportamento violento fez parte do cotidiano mundial. Diversos são os eventos que culminaram em uma nova era para a história. A queda do Império Romano e o da Idade Média, o Absolutismo e a Revolução Francesa dando início à Idade Contemporânea, dentre outros grandes marcos.

No que tange às relações sociais, a violência também se manifesta, sobretudo, com relação à mulher. Desde que as estruturas sociais passaram a contemplar o homem como detentor de privilégios, a mulher cada vez mais foi escoraçada pelos ordenamentos. No Brasil, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que a mulher passou a ter os mesmos direitos que o homem, na medida em que estabeleceu a igualdade como um dos pilares para nosso Estado Democrático de Direito.

Entretanto, a despeito disso, a mulher é frequentemente vítima de diversos comportamentos violentos, seja de ordem física, psicológica, sexual, moral ou patrimonial. Mostram-se cada vez mais comuns os casos em que abusos foram cometidos contra a mulher, apenas pela sua condição de ser mulher.

Recentemente, com o apogeu da internet e das redes sociais, o ambiente digital se tornou campo para a prática de violência direcionada à mulher, que é correntemente alvejada com comentários que visam denegrir sua imagem ou, ainda, que incitam a violência no mundo real. Não bastasse, é cada vez mais frequente o vazamento de imagens íntimas, gerando diversas reações na sociedade, sobretudo de maneira negativa e contra a própria vítima. Comentários como “ninguém mandou deixar filmar” ou “ela assumiu o risco de acontecer” tomam conta das redes sociais e demonstram o processo de culpabilização da vítima.

Em face disso, diante de sua notória vulnerabilidade em relação a certas situações jurídicas, o Poder Legislativo tem trabalhado para que esses comportamentos violentos sejam cada vez mais repelidos. Leis como a “Maria da Penha”, “Carolina Dieckmann” e as recentes legislações que adentraram no ordenamento jurídico em 2018 (Leis nº 13.718/2018 e nº 13.772/2018) que punem comportamentos como importunação sexual e divulgação de arquivos e dados carregados de imagens íntimas, foram as formas de o Estado tentar conter tais comportamentos abjetos.

Em que pese tais iniciativas pelo Poder Legislativo, ainda não é possível afirmar que o Brasil

³⁸VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O corpo é o código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab – Pesquisa em Direito e Tecnologia, São Paulo, 2016. p. 64.

³⁹CORREA; SÍVORI; ZILLI, op. cit., p. 4.

ofereça efetiva proteção para a mulher. Faz-se necessário, ainda, uma mudança de postura do Estado, de modo a implementar as mais diversas políticas públicas que visam combater a violência contra a mulher no ambiente digital, em parceria com os provedores, para que essa onda violenta seja progressivamente minimizada e coibida.

Mesmo com novos sofisticados mecanismos é impossível frear todos os ataques cibernéticos contra a mulher, sobretudo porque se trata de uma projeção para uma plataforma de um comportamento arraigado em nossa sociedade, que coloca a mulher em posição de subalternidade. Em face disso, a punição deve apresentar-se de forma exemplar, evitando, destarte, o aparecimento de novas vítimas das condutas violentas narradas nesta pesquisa, como a *revenge porn*.

Cabe à sociedade analisar certos paradigmas existentes, de modo a cultivar valores que visem o respeito à dignidade, para que a imagem da mulher esteja consideravelmente mais distante das práticas violentas cuja consequência é aniquilação física e social de toda camada feminina da população. É fundamental, portanto, que se construa um ambiente digital em que a mulher não seja alvo constante de ataques criminosos, causando-lhe sofrimento e violação aos seus direitos de personalidade.

Trata-se de um esforço conjunto necessário, que deve ser fomentado nos Três Poderes do Estado, cada qual cumprindo sua competência para um mesmo fim almejado, bem como por toda a sociedade, de modo a retirar as vestes de uma gama de comportamentos oriundos de uma sociedade que historicamente marginaliza a figura da mulher.

Referências

BRASIL. Lei nº 12.965/2014 - Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 23 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Crimes sexuais pela internet: a violência contra a mulher entre o real e o virtual*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Crimes-sexuais-pela-internet:-a-vio%C3%Aancia-contra-a-mulher-entre-o-real-e-o-virtual. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.193.764*. Relatora: Min. Nancy Andriighi, 19 de junho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.308.830*. Relatora: Min. Nancy Andriighi, 08 de maio de 2012.

CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. Brasil registra quase 60 mil pessoas assassinadas em 2017. *Portal de notícias G1*, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/brasil-registra-quase-60-mil-pessoas-assassinadas-em-2017.ghml>. Acesso em: 20 fev. 2019.

CÓDIGO Filipino ou Ordenações do Reino de Portugal. Livro 4. Edição fac-similar. Brasília, DF, 2004.

CORREA, Sonia; SÍVORI, Horacio; ZILLI, Bruno. *Regulação da internet e política sexual no Brasil*. CLAM – Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/artigo_marco%20civil_Regulacao%20da%20Internet%20e%20Politica%20Sexual%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 04 set. 2018.

HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino; LUCCHESI, Ângela Tereza. Crimes virtuais: cyberbullyng, revenge porn, sextortion, estupro virtual. *Revista Officium – Estudos de Direito*, Curitiba, v. 1, n. 1-2, p. 8-9, 2018.

IBGE. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

IBGE. *PNAD contínua TIC 2016*: 94,2% das pessoas que utilizaram a Internet o fizeram para trocar mensagens. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens>. Acesso em: 10 fev. 2019.

IBOPE. *65% dos internautas brasileiros acessam sites de conteúdo adulto*. IBOPE Inteligência, 23 set. 2016. Disponível em: <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/65-dos-internautas-brasileiros-acessam-sites-de-conteudo-adulto/>. Acesso em: 10 fev. 2019.

MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de; MORELLI JÚNIOR, Amirton Archanjo. *Violência de gênero no século XXI: a pornografia de vingança*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 1.0180.11.004047-4/001*. Relator: Desembargador Wagner Wilson, 13 de novembro de 2013.

PEREIRA, Ítalo Augusto Camargos. Criminalização do revenge porn. *Âmbito Jurídico*, ano 20, n. 159, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18796&revista_caderno=3. Acesso em: 20 fev. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 341337-66.2012.8.21.7000*. Relator: Desembargador Marilene Bonzanini Bernardi, 14 de novembro de 2012.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 6.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 0003141-93.2007.8.26.0224*. Relator: Desembargador Rui Cascaldi, 29 de outubro de 2013.

TARTUCE, Flávio. A indenização por revenge porn no direito de família brasileiro. *Migalhas*, 27 jun. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI282544,81042A+indenizacao+por+revenge+porn+no+Direito+de+Familia+brasileiro>. Acesso em: 20 mar. 2019.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso; NUNES, Beatriz Laus Marinho. *Marco civil da internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VALENTE, Mariana Giorgetti; et al. *Enfrentando disseminação não consentida de imagens íntimas: uma análise comparada*. São Paulo: InternetLab – Pesquisa em Direito e Tecnologia, 2016.

VALENTE, Mariana Giorgetti; et al. *O corpo é o código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab – Pesquisa em Direito e Tecnologia, São Paulo, 2016.

Obras consultadas

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. São Paulo: Companhia das letras, 2016.

MARIANO, Lydio. *Commentario a lei do casamento civil*. Rio de Janeiro: Oficina de Obras do Jornal do Brasil, 1898.

O patriarcado no direito de família brasileiro: uma história de desconstrução e permanência

MÁRCIA MARIA MENIN

Advogada. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito. Advogado.

LUÍS AUGUSTO GUAREIS DOS SANTOS

LUISI AGUIAR

AMANDA CRISTINA CARVALHO

CAMILA LEMOS PUYDINGER

GABRIELA CASTILIERI

GUILHERME BARTHOLOMEU

LARA SOUZA DOTI

YURI MARTINS

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente trabalho científico tem como objeto a análise da história do patriarcado na sociedade brasileira, mormente no direito de família, e como essa estrutura social tem decaído desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em razão do advento do Código Civil de 2002 e por meio da atividade jurisdicional. Entretanto, mesmo com diversos avanços no campo social e jurídico, ainda assim há resquícios da estrutura patriarcal no nosso sistema jurídico, o que traduz um caminho permanente de desconstrução e permanência.

Palavras-chave: Patriarcado. Família. Modernidade.

Abstract: The present scientific work has as its object the analysis of the history of patriarchy in Brazilian society and how this social structure has declined since the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, the Civil Code of 2002 and the jurisdictional activity. However, even with several advances in the social and legal field, there are still remnants of the patriarchal structure in our legal system, which translates into a permanent path of deconstruction and permanence.

Keywords: Patriarchy. Family. Modernity.

Introdução

A sociedade vem passando por grande evolução ao longo do tempo. A princípio, acredita-se que as sociedades eram matrilineares, ou seja, a descendência era determinada unicamente pela linhagem feminina, pois não se considerava que o marido tinha ligação sanguínea com os filhos. Entretanto, diversos fatores culturais e religiosos culminaram no surgimento do sistema patriarcal, onde a mulher se tornara submissa ao marido física e psicologicamente, como forma de assegurar sua virtude e, conseqüentemente, garantir a legitimidade dos filhos.

Tal submissão é evidente ao observar que, por muito tempo, a responsabilidade da mulher era única e exclusivamente cuidar do lar, desempenhando atividades domésticas e promovendo a educação dos seus filhos, enquanto cabia ao homem dedicar-se aos negócios e sustento da família, sempre exercendo sua autoridade sobre a mulher e filhos pelo então denominado pátrio poder,

reforçando a estrutura patriarcal das famílias.

Todavia, com as inúmeras alterações na estrutura da sociedade, o legislador observou a necessidade de modificações no ordenamento jurídico, de modo a atender o clamor de diversos movimentos sociais, em especial os movimentos feministas, que buscavam o reconhecimento dos direitos das mulheres. Toda essa mudança culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com o advento do Código Civil de 2002, que trouxeram mudanças significativas para as mulheres, não só reconhecendo, mas também consolidando direitos relacionados a igualdade de gênero no âmbito civil e familiar.

Todavia, a despeito das conquistas alcançadas pela luta feminina ao longo dos anos, não é possível afirmar que a mulher alcançou a igualdade plena de direitos, pois é evidente a existência de valores na sociedade que pregam a submissão da mulher a uma figura masculina, bem como é possível notar resquícios do sistema patriarcal nas redações de textos legislativos, como o Código Civil de 2002, que ainda usa o termo “concubinato”, por exemplo.

Destarte, o propósito deste trabalho será abordar, a partir de uma perspectiva histórica, social e jurídica, o patriarcado e seus reflexos no direito de família. Apresenta como fundamentação normas já existentes, com destaque da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, além de entendimentos doutrinários. Assim, será possível demonstrar que, apesar do notório avanço rumo a desconstrução da estrutura patriarcal, ainda se mostra flagrante o resquício do patriarcado no sistema jurídico brasileiro ou até mesmo na própria legislação, o que contribui para a permanência de uma estrutura de poder hierárquica e opressora.

O patriarcado

O patriarcado pode ser entendido como uma espécie de estrutura social através da qual a figura masculina é detentora dos meios de ação para ditar as regras nos diversos segmentos e instituições sociais, concernentes à família, política, mercado de trabalho e economia em geral, dentre outros.

Desta forma, o patriarcado se mostra presente na medida em que o homem, adulto, na figura do “pai”, rege toda a organização familiar, reservando para si o poder sobre seus filhos e mulher.

Essa espécie de organização social não surgiu recentemente. Em algumas sociedades percebeu-se que é a linhagem materna que realmente implantava seu domínio perante a população. As sociedades eram matrilineares, ou seja, a concepção do que realmente importa é a linhagem feminina da família, tendo em vista que o papel de liderança e poder eram exercidos pela mulher. Neste tipo de estrutura social, eram os homens que deixavam suas aldeias e familiares para viverem onde suas esposas viviam.

Tal fato é levantado como teoria a partir da análise dos ilhéus de Trobriand, em que o marido da família é considerado como sem nenhuma ligação sanguínea com os filhos do casal¹. Acredita-se que essa realidade habitou todas as sociedades até o surgimento do patriarcado.

A partir do surgimento da religião, mais especificadamente a cristã, multiplicou-se por meio de dominação e alienação de povos a chamada ética cristã. Esta concepção comportamental de sociedade implementou-se a partir da análise e disseminação da ideia bíblica de que o filho é fruto de seu pai², ou seja, de sua linhagem paterna, o que fez com que as sociedades começassem, a partir

¹RUSSEL, Bertrand. *Casamento e moral*. São Paulo: Unesp, 2015. p. 13.

²Id., p. 17.

de sua crença, a olhar a figura masculina como principal estruturadora familiar, na qual se baseavam as decisões familiares e a liderança dos grupos sociais.

Em decorrência disso, a sociedade, uma vez carregando a citada crença e filosofia de enxergar a vida, passou a visualizar as mulheres como procriadoras da família. A demonização da prática sexual era algo comum, tendo em vista a ideia de que a mulher e seu corpo eram sagrados e serviam para a reprodução. Além disso, o casamento e seu rito sagrado eram formas de evitar a fornicção.

Portanto, tal instrumento religioso e civil era uma forma de forte controle sobre a mulher, que a partir do momento do ato, era vista como propriedade masculina. O poder masculino fez com que ocorresse o surgimento do ciúme³, sentimento de posse em relação à mulher que passou a agir e se vestir perante outros homens conforme o desejo do marido.

Estas circunstâncias fizeram com que a liberdade sexual da mulher fosse reprimida e seus laços afetivos fossem restritos ao marido. Outro exemplo disso é a comprovação histórica de que a Igreja Católica combateu o hábito do banho⁴, uma vez que tal prática era provocativa, ou seja, a mulher teria que se privar até mesmo de seus hábitos higiênicos.

O patriarcado do século XX no Brasil: uma breve retrospectiva

No Brasil, durante o período de colonização e escravidão, o sistema patriarcal serviu de forma a explorar as mulheres nativas e as de origem africana de diversas formas. As mulheres eram as pessoas responsáveis pelas atividades domésticas e eram vistas como objeto dos homens colonos que as exploravam sexualmente fora de seus casamentos, fato que ocasionava a geração de filhos e que explica boa parte da miscigenação brasileira. Isto significa que o patriarcado tinha um lado estratégico⁵ para a colonização portuguesa, uma vez que o sexismo e o racismo denotavam o domínio do homem branco perante as mulheres, sejam elas suas próprias esposas traídas que suportavam a situação por conta do então considerado laço sagrado do casamento, ou suas amantes estupradas que não podiam se defender por conta do regime escravocrata presente.

No decorrer do tempo, a transformação da família patriarcal clássica para uma configuração mais moderna, denominada nuclear, ocorreu somente com a chegada da Corte Portuguesa, proporcionando oportunidades de estudo e diversas formas de ascensão social aos segmentos masculinos mais jovens da população.

Em um primeiro momento, os filhos tornaram-se menos dependentes do poder patriarcal, em razão da possibilidade de desempenharem carreiras autônomas ou políticas. Já no final do século XIX, a influência da burguesia industrial europeia atuaria no sentido inverso, levando a mulher para dentro de casa, para ser a responsável por diversas atividades.

Destarte, na família nuclear brasileira, em razão da ocorrência do matrimônio, os casais passaram a se constituir em outro domicílio, e não mais se agrupando - como em épocas anteriores - aos demais membros da família (avós, pais e genros).

Se nesta fase o comando do lar era responsabilidade da mulher, a qual deveria administrá-lo e proporcionar a educação dos filhos, a ausência do homem era comum, devido à sua dedicação aos negócios. Além disto, o homem deveria, por princípio, preservar a linhagem e a honra familiar,

³Id., p. 18.

⁴Id., p. 36.

⁵SOUSA, Roberta Meneses. Casa grande e senzala e o patriarcado: um diálogo crítico com a teoria feminista. *Revista Emancipação*, v. 14, n. 1, p. 61-72, 2014. p. 62. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/6896/4443>. Acesso em: 03 mar. 2019.

procurando exercer sua autoridade sobre a mulher, filhos e demais dependentes. Já as mulheres casadas passavam da tutela do pai para a do marido, cuidando dos filhos e da casa no desempenho das atividades domésticas.

Importante verificar, inclusive, que a permanência da mulher no interior da casa devia-se, principalmente, à sua função econômica, como aborda Jurandir Costa⁶:

Dependendo juridicamente, afetivamente, moralmente e religiosamente do marido, prestava-se docilmente a organizar a produção econômica da casa, supervisionando o trabalho escravo. Mão-de-obra gratuita, a mulher permitiu por muito tempo a autosuficiência das residências, fenômeno necessário ao despotismo senhorial sobre a cidade [...]. A dona de casa era enfermeira, médica, sacerdote e professora, distribuindo medicamentos em caso de doenças, ensinando aos filhos as primeiras letras e cumprindo uma enorme quantidade de obrigações religiosas (terços, novenas, promessas, entre outros.

Portanto, durante o século XIX, o desenvolvimento econômico brasileiro provocado pela cafeicultura e acontecimentos políticos importantes, como a Independência e a Proclamação da República, aliados à abolição da escravatura e à chegada de imigrantes, acentuaram o desenvolvimento urbano e a geração de papéis sociais informais, enfraquecendo, de certa forma, o sistema patriarcal brasileiro e a sua rigidez, com as tarefas divididas entre homens e mulheres.

No século XX, as indústrias incrementaram a oferta de trabalho fabril e burocrático, possibilitando, de forma paulatina, a inserção feminina nos mercados e o exercício de funções remuneradas combinadas às atividades domésticas, contribuindo, conseqüentemente, com a renda familiar.

Por outro lado, nesta época, já era perceptível as pequenas constituições familiares com coabitantes, parentes, amigos e afilhados, mudança que, no entanto, reforçou ainda a necessidade da mulher no ambiente doméstico que ficaria com a responsabilidade total pelos cuidados dos filhos e da casa, enquanto o marido provia o sustento da família.

Esta mudança na configuração da família, evidenciou-se, pelo menos, na prática, já que, teoricamente, a autoridade ainda permanecia nas mãos do sexo masculino. Verifica-se, então, nesta época, a existência de dois quadros familiares brasileiros: de um lado, as mulheres de família mais abastadas, ocupadas com bordados, músicas e filhos; de outro, as mais pobres, de participação ativa nos negócios (doceiras, cozinheiras, costureiras, tecelãs), contribuindo com recursos para a manutenção da casa.

No que concerne aos movimentos feministas, em 1910, o Partido Republicano Feminino foi formado como um local onde as mulheres pudessem expressar suas opiniões, lutar por sua emancipação, incluindo a representação no setor de prestação de serviços e no sufrágio feminino. A despeito da conquista do direito ao voto em 1932, o então presidente Getúlio Vargas fechou o Congresso, tornou os partidos políticos ilegais e suspendeu esse direito reconhecido em nível nacional, o que perdurou até 1945. Depois desse fato, apesar do retorno da democracia e mesmo após o Golpe Militar de 1964, o movimento feminista progrediu pouco até o início dos anos de 1970.

Somente a partir da metade dessa década, as mulheres de classe média, de nível universitário e classe baixa, organizaram movimentos no sentido de que fossem incluídas suas reivindicações,

⁶ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p. 93.

como a sua inserção na política e na economia, bem como uma mudança na direção da religião.

Em 1975, no governo de Ernesto Geisel, deu-se a abertura que veio trazer mais liberdade ao movimento político, com as feministas dando apoio à oposição. As Nações Unidas, por exemplo, tentando acabar com a desigualdade entre os sexos, apoiou o Dia Internacional da Mulher, fato importante que lhes permitiu a realização de encontros, demonstrações e conferências para comemorar essa data.

O feminismo teve importante desenvolvimento no momento acima referido e foi se construindo e se modificando ao longo do tempo. Ele denunciou, juntamente com outros movimentos de libertação, a existência de relações de opressão e desigualdades sociais, revelando a presença de relações de poder e opressão dentro das relações interpessoais.

Para Neuma Aguiar⁷:

A teoria feminista tem contribuído para essa constatação [referida à predominância do arbítrio pessoal em detrimento de regras igualitárias, característica do patriarcado] ao discutir a previsão weberiana sobre a predominância de regras universalistas na Economia e na esfera administrativa que eliminariam critérios particularistas no setor capitalista e na esfera estatal, ante a notável evidência de discriminações contra as mulheres, produtos das relações de gênero, ou, em outras palavras, das relações patriarcais que ainda se sustentam na vida contemporânea.

A teoria feminista permite, pois, analisar o patriarcado não apenas como uma forma de dominação tradicional, datada historicamente e fadada a desaparecer na modernidade, mas como um sistema de opressão que permanece e se atualiza mesmo com o avanço do capitalismo e da democracia liberal, constituindo-se como característica das sociedades modernas e configurando-se como um patriarcalismo do Estado de bem-estar.

Em termos de legislação pátria, vale ressaltar que em 1916, com o advento de um Código Civil de caráter patriarcal e paternalista, a mulher casada era considerada relativamente incapaz e apenas poderia trabalhar com a autorização do seu marido. Ademais, o marido era denominado chefe da sociedade conjugal e sua mulher, sua mera colaboradora; somente o marido poderia fixar domicílio, representar legalmente a família, administrar os bens comuns e os particulares da mulher em virtude do regime de bens adotado. Traduzia-se em um modelo de família cuja direção era absolutamente unificada, não permitindo em qualquer hipótese um sistema de gestão conjugal.

O Estatuto da Mulher Casada - Lei 4.121/62 - seria o primeiro passo para equalização dos direitos entre homem e mulher. Referido diploma legislativo pôs termo a incapacidade relativa da mulher casada e revogou outras disposições referentes às restrições a ela impostas, pelo que a mulher não mais necessitava de autorização do marido para exercer sua profissão, poderia aceitar ou rejeitar herança e em alguns casos litigar em juízo cível ou comercial. Além disso, para proteção do patrimônio da mulher foi criada a figura jurídica do bem reservado, representado pelo bem adquirido pelo produto auferido pela mulher no exercício de sua profissão, bem como os sub-rogados a ele. Tais bens ficaram excluídos da comunhão parcial e universal, sendo que a mulher poderia dispor livremente deles, exceto se fossem imóveis.

⁷AGUIAR, Neuma. Perspectivas feministas e o conceito de patriarcado na sociologia clássica e no pensamento sociopolítico brasileiro. In: AGUIAR, Neuma (Org.). *Gênero e ciências humanas: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1997. p. 175.

Ainda, como passo subsequente, tem-se a promulgação da Lei do Divórcio - Lei 6.515/77 – que, além de outras modificações, determinou que a inserção do sobrenome do marido ao sobrenome da mulher não mais seria obrigatória.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil brasileiro de 2002, como será visto no tópico seguinte, consolidaram alguns direitos femininos já existentes na sociedade. Até mesmo algumas nomenclaturas que constavam no revogado Código Civil foram alteradas a fim de diminuir a linguagem androcêntrica nele contido. Quanto à Constituição Federal de 1988, marco jurídico-político da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, a igualdade entre homens e mulheres, bem como a igualdade dos cônjuges dentro da sociedade conjugal foram erigidos à princípio constitucional.

Além dos diplomas legais de ordem constitucional e infraconstitucional, o Brasil é signatário junto à ONU a respeito de várias convenções que preconizam a eliminação de todas as formas de violência e de discriminação contra as mulheres.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002

Como é possível perceber por meio da análise histórica exposta até o presente momento, a sociedade brasileira experimentou diversas manifestações sociais decorrentes de inúmeras mudanças no modo de pensar da população. Tal fator culminou em uma reconstrução do pensamento jurídico do legislador que percebeu a necessidade de atender os anseios sociais que passaram a não ser supridos pela antiga legislação.

A Constituição Cidadã e, posteriormente, o Código Civil de 2002, demonstram com clareza que o pensamento social se distanciou daquele existente quando da vigência do Código de 1916. Isso porque a Carta Magna revolucionou o direito de família pátrio rompendo com o modelo patriarcal de família, e a legislação privada, como se sabe, seguiu o mesmo norte.

Antes da Constituição Federal de 1988, todas as demais Constituições se limitaram a copiar os textos de diplomas anteriores, sobretudo no que tange ao direito de família, assegurando a mulher o lugar de invisibilidade social e de submissão ao marido. Esse cenário legislativo perdurou por muito tempo, recebendo pequenas modificações com algumas alterações legislativas fundamentais para sua superação, alterações estas que demonstravam a mudança de pensamento pela qual a sociedade estava passando à época de suas publicações, dentre elas, merecem destaque os supramencionados Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio.

Percebe-se, portanto, que o caminho percorrido até a efetiva previsão legal de igualdade entre homem e mulher dentro da estrutura familiar, que se deu em 1988 com a Constituição Federal, fora demasiado longo, marcado por luta e sofrimento. Pode-se observar essa mudança de paradigma pela redação do já citado artigo 226, §5º, que determina que “os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Quanto a este princípio constitucional, ponderam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁸:

A evidente preocupação constitucional em ressaltar a igualdade substancial entre homem e mulher parece decorrer da necessidade de pôr cobro a um tempo discriminatório, em que o

⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Famílias*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 99.

homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher. Consagra-se, assim, a igualdade substancial (também dita igualdade material) no plano familiar, excluindo todo e qualquer tipo de discriminação decorrente do estado sexual. Vale chamar a atenção para o fato de que a norma constitucional não está igualando física ou psicologicamente o homem e a mulher. Proíbe, na verdade, o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas que estão na mesma situação. Destaque-se, porém, a possibilidade de tratamento diferenciado entre homem e mulher sempre que houver um motivo justificador. Isto é, sempre que estiverem em posições distintas, que exijam o tratamento discrepante.

Todo o trajeto histórico delineado anteriormente culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a publicação do Código Civil, teve sustentáculo em referida máxima da igualdade.

No que tange ao direito de família, o princípio da igualdade confere nova roupagem às relações entre o casal, mas também inaugura outras possibilidades de arquitetura familiar. Nesse ponto, ensina Paulo Lôbo⁹:

Nenhum princípio provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre os filhos de qualquer origem e entre as entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional feneceram, principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre sujeitos e sujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegiam, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas. O princípio geral da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao status de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados (art. 5º, I, da Constituição).

Outra importante previsão contida na Constituição Federal e que também auxiliou na minoração do sexismo, se deve ao reconhecimento da união estável¹⁰. Isto porque as mulheres que não viviam em uma situação de conjugalidade formal, restavam marginalizadas socialmente e, ainda, os ínfimos direitos conferidos aos companheiros após ruptura da união estável mantinham a mulher em situação de indigência financeira, dado que, na maior parte dos casos, por estarem apenas confinadas aos espaços privados, não tinham acesso a qualquer tipo de remuneração e nem tampouco aos bens adquiridos pelo homem no decorrer da união.

Desta forma, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, a Constituição Federal consubstancia o rompimento com a família matrimonializada de outrora, confirmando novos ideais de pluralidade e de igualdade entre seus membros e entre as diversas espécies de arranjos familiares.

O Código Civil seguiu o mesmo sentido de nossa Carta Magna e estabeleceu a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (art. 1.511), propugnou pela igualdade entre homem e mulher na direção da sociedade conjugal¹¹ (art. 1.567) e ainda determinou que o poder familiar fosse exercido em igualdade pelo pai e pela mãe do menor (art. 1.631).

⁹LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58.

¹⁰Art. 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.

¹¹Pela atual legislação privada, repetindo os ditames constitucionais, o casamento se funda na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, alinhando tal disposição à Constituição Federal, temos que tal igualdade se estende aos companheiros em união estável, bem como aos filhos, uma vez que fica estabelecida a igualdade entre todos os membros da família.

Ademais, o atual Código de Processo Civil determina a aplicação dessa igualdade em âmbito processual, revogando o então denominado foro privilegiado da mulher para propositura de ações do direito de família, conforme previa o art. 100, I, CPC/1973. A atual legislação processualista estabelece no art. 53, I, que é competente o foro para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável: do domicílio do guardião de filho incapaz; do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz; ou do domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal.

Portanto, fica evidente que os avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 1916 foram sobremaneira significativos, consubstanciando décadas de lutas do movimento feminista. Todavia, apesar de severas mudanças em âmbito legislativo, o patriarcado ainda permanece em nossa sociedade, até mesmo em alguns dispositivos legais que, em tese, não deveriam estar presentes em uma legislação marcada pelo progresso. Tais aspectos serão abordados no tópico seguinte.

O patriarcado no direito brasileiro atual: desconstrução e permanência

A história de lutas femininas para garantia de direitos, ainda que mínimos, foram fundamentais para chegarmos às legislações vigentes, contudo, tais conquistas, ao contrário da ideia passada, não foram pacíficas e muito menos rápidas, elas se deram com muito sangue, suor, luta e de forma paulatina.

Como bem assinala Rodrigo da Cunha Pereira¹²:

A história da mulher no Direito, ou, o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi um não lugar. Na realidade, a presença da mulher é a história de uma ausência, pois ela sempre existiu subordinada ao marido, ao pai, sem voz e marcada pelo regime da incapacidade jurídica.

Mesmo com diversas conquistas femininas e depois de alguns diplomas importantes que fazem parte do nosso ordenamento jurídico, como o citado Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), ainda não é possível afirmar que a mulher alcançou a igualdade plena.

É claro que a Constituição Federal de 1988 teve papel substancial ao consolidar alguns direitos pleiteados, notadamente, a igualdade resguardada pelo art. 5º, do referido diploma, sendo tais direitos, como visto, ratificados pelo atual Código Civil. Ademais, houve um grande avanço no direito de família. No entanto, apesar dos avanços mencionados, há âmbitos da sociedade que ainda pregam a submissão da mulher em relação ao homem, promovendo comportamentos negativos e violentos.

Inclusive, ainda hoje, é possível detectar alguns resquícios do sistema patriarcal – que há tanto tempo vem ditando regras, principalmente morais, em relação às mulheres, subjugando-as e colocando-as sempre à sombra do pai ou do marido, enfim, de uma figura masculina – no atual Código Civil, conforme analisaremos a seguir.

¹¹Pela atual legislação privada, repetindo os ditames constitucionais, o casamento se funda na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, alinhando tal disposição à Constituição Federal, temos que tal igualdade se estende aos companheiros em união estável, bem como aos filhos, uma vez que fica estabelecida a igualdade entre todos os membros da família.

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/desigualdade-dos-g%C3%AAneros-o-decl%C3%ADnio-do-patriarcalismo-e-discrimina%C3%A7%C3%B5es-positivas>. Acesso em: 17 mar. 2019.

É fato que a mulher atualmente ganhou notório papel na sociedade civil, desocupando o espaço majoritariamente “do lar” e passando a adentrar ao mercado de trabalho, contudo, se analisarmos os tipos de cargos por elas ocupados, notaremos a ausência de qualificação, sendo que na maior parte das vezes, por serem uma “mão de obra barata”, ganham menos para exercerem a mesma função masculina, corroborando a ideia de que a igualdade consagrada na Constituição Federal ainda é não é realidade plena.

Nesse sentido leciona Rodrigo da Cunha Pereira¹³:

Para que se alcance a igualdade formal consagrada no art. 5º, I, da Constituição Federal, é necessário que as leis estabeleçam benefícios para aqueles que estão em condições desiguais. Estes “benefícios legislativos” constituem atualmente o que denominamos de ações afirmativas. É que a realidade trazida pelas estatísticas mostra-nos a necessidade da elaboração de instrumentos normativos para diluir as desigualdades dos gêneros. Por exemplo, as mulheres recebem 40% a menos que os homens para a mesma atividade profissional; a participação das mulheres no mercado de trabalho é 40% menor que a dos homens.

Vale ressaltar, ainda, que na maior parte das ações movidas que envolvem guarda, os filhos ficam sob os cuidados da genitora, corroborando a ideia romântica da maternidade, instinto materno e de que a mãe deve ser a cuidadora, cabendo ao pai o dever de prestar alimentos essenciais à subsistência do menor e exercer o direito de convivência.

Ademais, vale mencionar o aviso de Maria Berenice Dias, referindo-se a decisões emanadas do Poder Judiciário: “limitações que não estão na lei acabam sendo impostas às mulheres com acentuada conotação discriminatória, pois não exigidas dos homens”¹⁴. A autora lista três exemplos: o primeiro refere-se aos casos que envolvem a guarda dos filhos. Os magistrados costumam fazer uma espécie de avaliação comportamental concernente a determinados papéis sociais e, nesses casos, há inúmeras decisões confundindo a liberdade sexual da mulher e a capacidade de ser uma boa mãe, não levando em consideração elementos como o afeto e a cultura para o desenvolvimento dos filhos¹⁵. Já o segundo exemplo tem relação com a viuvez, pois não é possível que a mulher possa excluir o nome do marido, decisão essa sem qualquer amparo legal que determina a continuação do uso do nome. Por fim, o terceiro exemplo refere-se a algumas decisões que impossibilitam a correção do nome da mãe na certidão de nascimento do filho, quando aquela se divorciou¹⁶.

Há alguns resquícios do patriarcado presentes no atual Código Civil de 2002 que são quase imperceptíveis, contudo, ao analisarmos o contexto da mudança, notamos alguns pontos prejudiciais às mulheres, como é o caso do devedor de alimentos.

Apesar do notório inadimplemento do devedor de alimento, – vide o número de ações de cumprimento de sentença de alimentos distribuídas –, em sua maioria pais, o atual Código Civil de 2002, em seu art. 206, §2º, reduziu o prazo prescricional para cobrança das prestações alimentares a partir da data do vencimento para dois anos, sendo que no Código Civil de 1916 o prazo era de cinco anos (art. 178, §10, I).

¹³ Ibid.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 119.

¹⁵ Loc. cit.

¹⁶ Loc. cit.

Em uma primeira análise, podemos notar uma mudança lesiva à mulher, genitora e guardiã, pois além de ter a criança consigo – o que por si só gera um encargo maior – presta auxílio material no dia a dia e, ainda, o auxílio imaterial, como afeto, cuidado, atenção, dentre outros.

Neste caso, como vimos, a mudança reduziu o prazo prescricional para cobrança dos alimentos vencidos, beneficiando o genitor que deveria, no mínimo, prestar os alimentos em dia e não o faz, sobrecarregando a guardiã. Vale pontuar, ainda, que muitas vezes a genitora não executa a dívida visando o melhor interesse da criança, evitando que o filho veja o genitor privado da liberdade.

Outro resquício do sistema patriarcal existente no atual Código Civil é o art. 1.573 que estabelece algumas causas que possam “impossibilitar” a comunhão de vida tais como o adultério, o abandono voluntário do lar, podendo, ainda, o juiz considerar outros fatos não dispostos em lei. Ora, como sabido, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, não é mais discutida a questão da culpa no casamento, contudo, o referido artigo insiste em trazer ao magistrado um rol, aparentemente, de “novas culpas”, a fim de justificar a impossibilidade da comunhão de vidas.

O instituto da filiação também veio carregado de alguns toques do patriarcado. O artigo 1.597 do Código Civil dispõe expressamente que “presumem-se concebidos na constância do casamento, os filhos”. Essa presunção traz uma verdade legal, detendo uma função pacificadora, “pois visa eliminar a incerteza do marido em relação as filhos de sua esposa”¹⁷, ou seja, o que a lei faz presumir de fato não é o estado de filiação, mas, sim, “a fidelidade da esposa ao seu marido. Com base no ‘dever’ de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade ‘efetiva’, é que se formou a regra *pater est*”¹⁸.

Como pode-se perceber, a sutil regra, na verdade, não visa estabelecer a presunção da filiação. Sua essência revela que a presunção concerne a não traição da esposa, reforçando o dever de fidelidade. É evidente que, até o momento, somente a mulher pode gerar filhos e que a presunção deveria recair à mulher, entretanto, a crítica se faz na medida em que o legislador tenta reforçar o dever de fidelidade à mulher.

Adiante, o artigo 1.600, também do Código Civil, tem a seguinte redação: “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”. Novamente, o legislador reforça o dever de fidelidade da mulher, enaltecendo a figura masculina, bem como nota-se que a palavra da mulher quanto a presunção legal da paternidade é desconsiderada, possuindo pouco ou nenhum valor.

Outro dispositivo que reforça o patriarcado no Código Civil é o 1.601, segundo o qual, “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. A crítica que se faz refere-se à filiação socioafetiva, ao tornar imprescritível tal direito. Ora, a parentalidade socioafetiva que decorre da conjugação dos elementos *tractatio* (as partes se tratam como pai/mãe e filho), *reputatio* (o relacionamento entre pai e filho e reconhecido pela comunidade) e o acessório *nominatio* (uso do sobrenome do pai pelo filho)¹⁹, é uma das modalidades existentes em nosso direito, carregando consigo a chamada “verdade socioafetiva”.

O dispositivo supracitado concede ao pai o direito de contestar a paternidade, podendo ser exercido mesmo depois de estabelecido vínculo socioafetivo com o filho, vindo a desconstituí-lo por mera conveniência, com o escopo de que não se trata de vínculo biológico, utilizando de

¹⁷DIAS, op. cit., p. 414.

¹⁸Loc. cit.

¹⁹TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 444.

subterfúgios engano ou, ainda, vingança, em caso de se terminar um relacionamento.

O instituto da tutela também carrega alguns resquícios do patriarcado. No Código de 1916, no artigo 414, I, as mulheres poderiam escusar-se da tutela, ao passo que no Código vigente, o artigo 1.736 traz no rol dos que podem se escusar da tutela, a mulher casada, sendo, evidentemente, um tratamento desigual entre homens e mulheres, uma vez que pelo simples fato de ser mulher e casada tem o “direito” de declinar do encargo da tutela.

Referido artigo, nas palavras de Maria Berenice Dias²⁰, traz “o ranço do regime de submissão, que condicionava a vontade da mulher à vênia do marido, tanto que o simples fato de ela ser casada autoriza a declinar do encargo”.

Por fim, o artigo 1.727 do presente Código ainda utiliza o termo “concubinato”, sendo um resquício linguístico trazido pelo legislador que já havia sido superado pela Lei do Divórcio. Polêmicas a parte, o termo acaba por restringir direitos de uma entidade que, independente da aceitação social, existe e possui efeitos patrimoniais.

Assim, é possível depreender que, apesar de paulatinamente se desconstruir a estrutura patriarcal, infelizmente ela ainda é presente, muitas vezes através do uso da força física ou do uso de ideias moralistas, transmitidas por linguagens persuasivas e acusatórias. Apesar de haver uma desconstrução, nota-se a permanência de alguns resquícios na atual legislação, bem como a sua permanência cultural.

A igualdade nas legislações vigentes, ou seja, Constituição Federal e Código Civil de 2002, são apenas no âmbito formal-legislativo, haja vista a permanência de uma memória cultural que insiste em definir papéis específicos para mulheres e homens, notadamente no âmbito familiar, como bem acentua Flávia Ribeiro e Edvania Gomes da Silva²¹:

[...] Entretanto, embora seja possível falar em igualdade sob o ponto de vista formal-legislativo, não é possível afirmar que tal modificação espelha o rompimento de uma memória sobre a tradição familiar que delimita funções específicas para mulheres e homens dentro da sociedade conjugal. A despeito da lei atribuir os mesmos direitos e obrigações aos cônjuges, existe uma memória que circula em torno de funções naturais ou inatas que ligam o homem a noção de virilidade, sustento e proteção e a mulher, nessa mesma perspectiva, vincula-se às noções de fragilidade, afetividade, dependência.

Algumas alternativas para se alcançar a igualdade entre gêneros são as ações afirmativas, com o intuito de resguardar direito e deveres inerentes a condição de ser humano. Cumpre ressaltar que embora tais ações, por si só, não garantam total efetividade, são instrumentos fundamentais para a redução da desigualdade. Nesse sentido, destaca-se o trecho extraído do texto “A solução para a desigualdade”, de Maria Berenice Dias²²:

O que se deve atentar não é à igualdade perante a lei, mas ao direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades, o que impõe que se estabeleçam diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição.

²⁰Op. cit., p. 115.

²¹RIBEIRO, Flávia David; SILVA, Edvania Gomes da. Memória e estereótipos: o tema “mulher casada” nos principais diplomas civis brasileiros. *Laplage em Revista*, v. 4, p. 171-185, jan./abr. 2018. p. 181.

²²DIAS, Maria Berenice. *A solução para a desigualdade*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq\(cod2_748\)3_acoes_afirmativas_a_solucao_para_a_desigualdade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq(cod2_748)3_acoes_afirmativas_a_solucao_para_a_desigualdade.pdf). Acesso em: 22 fev. 2019.

Assim, além das ações afirmativas, deve haver uma adequação do ordenamento jurídico brasileiro, tanto em seu texto normativo, quanto na mudança cultural, para que as distorções criadas pela inserção de normas nas legislações vigentes que remontam ao patriarcado sejam corrigidas, a fim de efetivar o princípio da igualdade, consagrado no preâmbulo e no art. 5º da Constituição Federal.

Apesar da história de pequenas desconstruções do patriarcado e sua mitigação na Constituição Federal e na legislação privada, ainda há uma permanência cultural e alguns resquícios, como os citados artigos 206, §2º; 1.573; 1.597; 1.600; 1.601, 1.736 e 1.727 do Código Civil.

Para a desconstrução dessa permanência é necessário que as mudanças normativas e culturais narradas estejam atreladas a adequação do ordenamento jurídico, a fim de que sejam condizentes com as atuais conquistas femininas, notadamente a equiparação salarial e de condições igualitárias de tratamento entre homens e mulheres.

Dessa forma, para que, finalmente, a mulher possa alcançar a igualdade plena, ou seja, além do âmbito formal-legislativo, é necessário, primeiramente, olhar para as diferenças, reconhecê-las como um processo social e cultural e garantir que a mulher tenha um lugar de inclusão, de sujeito de direitos e deveres, e que seja vista de forma independente, ou seja, não sendo submissa à figura masculina.

Conclusão

Tomando por base as exposições acima, nota-se que, com a aplicação efetiva dos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Brasileira de 1988, houve a ressystematização das vertentes que norteavam as relações familiares. Nesse espectro, o papel da mulher na sociedade abriu espaço para novas considerações das funções anteriormente preestabelecidas, culminando na mudança do cenário engessado e institucionalizado do que era a família e da figura feminina.

Em síntese, a concentração das proteções estatais no âmbito familiar pela Constituição limitou o poder discricionário do legislador em códigos esparsos, moldados pelos interesses políticos, ideológicos e econômicos. Com esse escopo, a flexibilização normativa quebrou paradigmas existentes, possibilitando a interpretação a cada caso concreto, acompanhando os avanços sociais e garantindo os direitos individuais. Por efeito consequente, é possível constatar que os comportamentos patriarcais, embora mitigados pelos avanços legislativos, permanecem ainda na atualidade.

Com efeito, essa evolução trouxe à tona um cenário expressivamente conservador, a exemplo a incorporação da política conservadora em constante embate com a frente progressista brasileira, rotineiramente difundindo e legitimando a desigualdade estrutural a que estamos submetidos.

A elaboração de instrumentos normativos poderia reduzir as desigualdades de gênero, estabelecendo diferenciações específicas, promovendo a efetiva aplicação do princípio da isonomia. O objetivo é a construção social de uma nova realidade, mais igualitária, resistindo à ofensiva de uma sociedade que ainda admite expressiva força patriarcal reincorporada na atualidade.

A história nos revela que o patriarcado foi adotado pelo ocidente por diversos séculos. A modernidade, cada vez mais, tem adotado medidas para que essa estrutura social seja mitigada.

No Brasil, o principal “divisor de águas” foi a Constituição de 1988. A Carta Constitucional impôs a igualdade entre homens e mulheres e, no campo do direito de família, a igualdade entre os cônjuges e a igualdade entre os filhos. Essa mudança de paradigma advém dos diversos movimentos sociais que introduziram na sociedade outros valores, o principal deles, a igualdade.

O princípio da igualdade é um dos vetores principais que norteiam o direito de família. É ela – igualdade – que quebra os paradigmas patriarcais, colocando no mesmo planaque o homem, a mulher e os filhos, sem atribuir privilégios a nenhum membro. Não se quer dizer que cessou a hierarquia dos pais para com os filhos, mas, sim, que foram cessados os privilégios, como outrora ocorria.

A igualdade é, sem dúvidas, uma das principais bases para o direito de família atual, servindo como ferramenta essencial para que estruturas como a patriarcal não voltem a tomar conta da sociedade.

O Código Civil, na esteira da Carta Constitucional, incorporou o postulado da igualdade, construindo um direito de família plural. Entretanto, há, ainda, resquícios do patriarcado, como vimos nos artigos 206, §2º; 1.573; 1.597; 1.600; 1.601, 1.736 e 1.727 do Código Civil.

Desta forma, podemos concluir que o patriarcado, no direito de família, é uma história de desconstrução, uma vez que o legislador tem norteado a relação familiar pela igualdade, mas, ainda remanesecendo alguns dispositivos que deixam o patriarcado vivo.

Referências

AGUIAR, Neuma. Perspectivas feministas e o conceito de patriarcado na sociologia clássica e no pensamento sociopolítico brasileiro. In: AGUIAR, Neuma (org.). *Gênero e ciências humanas: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1997. p. 165-186.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

DIAS, Maria Berenice. A solução para a desigualdade. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_748\)3_acoes_afirmativas_a_solucao_para_a_desigualdade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_748)3_acoes_afirmativas_a_solucao_para_a_desigualdade.pdf). Acesso em: 22 fev. 2019.

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

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Famílias*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/desigualdade-dos-g%C3%AAneros-o-decl%C3%ADnio-do-patriarcalismo-e-discrimina%C3%A7%C3%B5es-positivas>. Acesso em: 17 mar. 2019.

RIBEIRO, Flávia David; SILVA, Edvania Gomes da. Memória e estereótipos: o tema “mulher casada” nos principais diplomas civis brasileiros. *Laplage em Revista*, v. 4, p. 171-185, jan./abr. 2018. p. 181.

RUSSEL, Bertrand. *Casamento e moral*. São Paulo: Unesp, 2015.

SOUSA, Roberta Meneses. Casa grande e senzala e o patriarcado: um diálogo crítico com a teoria feminista. *Revista Emancipação*, v. 14, n. 1, p. 61-72, 2014. p. 62. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/6896/4443>. Acesso em: 03 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5, p. 444.

Obras consultadas

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. São Paulo: Companhia Das Letras, 2017.

CRUZ, Mônica da Silva; WAQUIM, Bruna Barbier. A (curiosa) transformação legislativa do direito de família brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 103, n. 944, p. 17-29, jun. 2014.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. A mulher casada no Código Civil de 1916. Ou, mais do mesmo. Textos de História: *Revista do Programa de Pós-graduação em História da UnB*, v. 12, n. 1-2, p. 127-144, 2004. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/textos/article/view/6027>. Acesso em: 15 set. 2018.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes; MELO, Hildete Pereira de. Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1918 e 1962. Ou como são feitas as leis. *Revista de Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, p. 463-488, maio/ago. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200008>. Acesso em: 15 set. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PITANGUY, Jacqueline. *As mulheres e a Constituição de 1988*. Disponível em: <http://cepia.org.br/wp-content/uploads/2017/11/nov089.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência: uma análise de seus efeitos no âmbito do direito de família

ETTORE GUERREIRO LOTTO

Advogado e bacharel em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduando em Direito Civil: Família e Sucessões.

MÁRCIA MARIA MENIN

Advogada. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente estudo visa analisar os efeitos operados no Direito de Família após a entrada em vigor do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), a despeito das inovações operadas por esta lei na teoria das incapacidades e consequentes controvérsias surgidas no âmbito civil. Ademais, nesse interregno, também entrou em vigor o novo Código de Processo Civil e, por falta de técnica do legislador, foi possível vislumbrar lacunas legais e conflito de normas em razão desse “atropelo legislativo”, tema que será também abordado e apresentadas possíveis interpretações surgidas no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da situação jurídica dos relativamente incapazes. Outrossim, será exposto uma inovação inserida pelo novo Estatuto no Código Civil capaz de prestar uma espécie de assistência à pessoa com deficiência que necessite de amparo antes de tomar decisões acerca de sua vida civil, denominada de “Tomada de Decisão Apoiada”.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Direito de família. Inovações legislativas. Teoria das incapacidades.

Abstract: This scientific article aims at analyzing the effects of Family Law after the new Statute of the Person with Disability Act (Law 13.146/2015) came into force, despite the innovations made by this law in the theory of disabilities and consequent controversies arising in the civil scope. In addition, in this interregnum, the new Code of Civil Procedure also came into force and, due to lack of technique of the legislator, it was possible to glimpse legal gaps and conflict of norms due to this “legislative violation”, a theme that will also be approached and presented possible interpretations arises in the doctrinal and jurisprudential context about the legal situation of the relatively incompetent. In addition, an innovation inserted by the new Statute in the Civil Code capable of providing a kind of assistance to the disabled person in need of protection before making decisions about their civil life, called “Supported Decision Making”.

Keywords: Statute of the Person with Disabilities. Family law and succession. Legislative innovations. Theory of disabilities.

Introdução

O Código Civil faz uma distinção entre pessoas absolutamente incapazes (artigo 3º) e pessoas relativamente incapazes (artigo 4º). Os primeiros são os que não possuem qualquer capacidade de manifestar validamente sua vontade pessoalmente, sendo irrelevante, juridicamente, sua manifestação de vontade em relações jurídicas e processuais. Por conta disso, devem ser representados por uma terceira pessoa – o representante legal – que, então, praticará os atos da vida civil em nome do representado.

Entre a incapacidade absoluta e a capacidade plena há uma zona intermediária, chamada de capacidade relativa. Isso porque há pessoas que, por questão etária ou mental, não possuem a plena capacidade a certos atos ou à maneira de os exercer. É por isso que o artigo 4º do Código Civil limita a capacidade dessas pessoas, consideradas relativamente incapazes, sendo necessário serem assistidas em seus atos jurídicos eventualmente travados com terceiros.

Sendo assim, os atos praticados pelo incapaz, sem a presença de seu representante ou assistente, implicará em invalidade, gênero do qual abrange a nulidade e a anulabilidade. Assim, os atos praticados pelo absolutamente incapaz serão rechaçados de nulidade e não produzirão nenhum efeito jurídico. Já os atos praticados pelos relativamente incapazes serão anuláveis e produzirão efeitos até que lhes sobrevenha uma decisão judicial invalidante.

Ocorre que as hipóteses de restrição da capacidade contempladas na Lei Civil foram substancialmente alteradas pelo advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/15, publicada em 07.07.2015. Referida Lei regulamenta a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, a qual o Brasil é signatário¹ e trouxe ao ordenamento jurídico importantes inovações que visam a efetiva inclusão e integração social das pessoas com deficiência, além de assegurar sua plena capacidade civil, deixando a incapacidade para hipóteses residuais.

Nessa ambiência, sob a perspectiva da proteção internacional aos deficientes, a Convenção de Nova Iorque (Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência) inovou ao revisar a teoria das incapacidades em relação àqueles.

Em conformidade com a Convenção de Nova Iorque, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/15) tem por escopo garantir o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento, assim como o exercício real e efetivo de direitos por parte das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com o restante dos cidadãos e cidadãs, por meio da promoção da autonomia pessoal, da acessibilidade universal, do acesso ao emprego, da inclusão comunitária e de uma vida independente, com a erradicação de toda forma de discriminação².

Pela redação original do Código Civil, a pessoa com deficiência se enquadrava no conceito de incapaz. Pelo conceito de deficiência³ emanado da Convenção de Nova Iorque, não se vislumbra qualquer incapacidade para gerir seus próprios atos. Assim, com a promulgação da esperada Lei 13.146/15, nosso sistema moderniza e se compatibiliza com o texto solidarista da Constituição Federal.

Ademais, antes mesmo da promulgação desta lei, a Convenção era, segundo a doutrina, equivalente ao status de Emenda Constitucional. Isso porque, conforme determina o §3º do artigo 5º da Carta Magna, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, serão equivalentes às emendas constitucionais, observado o rito de três quintos dos votos em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos. Assim, pela norma de expansão de direitos humanos, a Convenção já se sobrepunha às normas infraconstitucionais⁴.

De acordo com a redação originária dos artigos 3º e 4º do Código Civil, a deficiência física ou mental acarretava a incapacidade jurídica, relativa e absoluta, devendo então a pessoa ser assistida e representada, respectivamente. Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência há uma mitigação da teoria das incapacidades, em que tais pessoas são realçadas ao nível de pessoa humana plenamente capaz, mantendo como absolutamente incapaz, apenas, o menor de dezesseis anos.

Pondera Joyceane Bezerra de Menezes, em artigo científico sobre o tema:

¹A aludida Convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186/08.

²MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.1231.

³Pessoas com deficiência, conforme o artigo 2º da Lei 13.146/15, são “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

⁴Com a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o parágrafo único do artigo 1º preconiza que tal legislação se deu em conformidade com o §3º do art. 5º da Constituição Federal, tendo, então, status de emenda constitucional.

Ainda que ambos os artigos associassem a deficiência à ausência, à redução ou à incompletude do discernimento para qualificação da incapacidade absoluta ou relativa (art. 3º, inciso II e art. 4º, incisos II e III) faziam referência à deficiência em si. Mantinham a deficiência como espécie de causa do discernimento, configurando-a como um critério discriminatório. Desconsiderava-se que, a despeito da deficiência, a pessoa poderia ostentar alguma capacidade para exercer os atos da vida civil.⁵

Assim, para se adequar com as normas e princípios esculpidos no referido Estatuto, e por ser lei posterior, houve modificação dos referidos artigos 3º e 4º do Código Civil passando a mostrar-se compatível com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e em razão de tal fato entre os absolutamente incapazes restaram apenas os menores de dezesseis anos, uma vez que é a ausência de discernimento – da capacidade de querer e de entender os efeitos de sua escolha – que retira da pessoa o direito de praticar atos da vida civil.

Em plena segunda década do século XXI, com preocupações de maior promoção dos direitos humanos fundamentais, solidariedade fraternal e inclusões sociais, não haveria mais motivos para que as leis infraconstitucionais considerassem uma pessoa absolutamente incapaz por conta de uma deficiência física ou mental. Além disso, sua vontade e decisões dependiam de um terceiro, o curador, aniquilando por completo seu bem viver “o que equivalia, na prática, a uma verdadeira morte civil de um humano”⁶.

Em suma, com a nova redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil baseada no inovador Estatuto, “o deficiente tem uma qualidade que os difere das demais pessoas, mas não uma doença. Por isso, é excluído do rol dos incapazes e se equipara à pessoa capaz”⁷.

Seria discriminatório e ofensivo à dignidade de um ser humano considerá-lo incapaz somente por conta de uma deficiência física, mental ou sensorial. O incapaz é aquele que possui limitações ao livre exercício da plena aptidão para praticar atos jurídicos e, para a decretação de sua incapacidade e nomeação de um curador, por parte do Judiciário, demanda prévio estudo psicológico em processo de jurisdição voluntária cuja competência é da Vara da Família.

Entretanto, resta ainda ressaltar nestas linhas introdutórias que há os que entendam – e com razão – que faltou cautela do legislador ao inovar a teoria das incapacidades por “excesso de cuidado”⁸. Isso porque, deixou de considerar absolutamente incapaz uma pessoa que esteja completamente sem discernimento, sem nenhuma capacidade de entendimento ou de manifestação de sua vontade. Tais pessoas foram transpostas para o rol dos relativamente incapazes.

Assim, se uma pessoa estiver em coma induzido por questões médicas, sem qualquer discernimento – ainda que temporariamente – como poderá tal pessoa realizar um ato com assistência ou auxílio? Pelo sistema jurídico, ainda que tal pessoa fosse interdita, seria considerada relativamente incapaz e o problema persistiria, pois o incapaz não poderá participar dos atos da vida civil. O equívoco do legislador, nesse ponto, é evidente e merece reparos.

Dessa forma, o presente trabalho analisará as consequências jurídicas provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pela teoria das incapacidades no âmbito do Direito de Família.

⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, v. 15, p. 141-187, maio/jun. 2016.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson P. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6. p. 328.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 690.

⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 69.

Casamento válido

O casamento é a união de duas pessoas formado com o objetivo de constituição de uma família, baseada em vínculos de afeto, visando auxílio mútuo (material e espiritual) dos cônjuges, sendo reconhecido e regulamentado pelo Estado.

Estabelece o artigo 1.511 do Código Civil que o casamento é a “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Com isso, vislumbra-se o tratamento igualitário entre homem e mulher, ratificando o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges.

A finalidade do casamento é o estabelecimento de uma vida em comum, através de relações de afeto, o desenvolvimento da personalidade de cada um, garantindo-lhes dignidade e, também, a felicidade e realizações pessoais.

Após o reconhecimento de sua existência, o casamento será válido se estiver em conformidade com os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, há casos de invalidade absoluta e relativa do casamento – nulidade e anulabilidade, respectivamente. De todo modo, para caracterizar uma invalidade, é preciso haver expressa previsão legal, não sendo admitidas “invalidades virtuais, sendo lógico que toda e qualquer invalidade matrimonial somente pode ser reconhecida nos casos definidos em lei”⁹, traduzindo o brocardo gaulês *pas de la nuitte sans texte*.

A nulidade absoluta de um casamento implica em violação a normas de ordem pública. Assim, a formação inválida do ato nupcial estará em desacordo com o artigo 1.548 da Codificação privada. Tal vício, se violado, além de não produzir qualquer efeito na órbita jurídica, poderá ser reconhecida *ex officio* pelo juiz, a requerimento de terceiro interessado e até pelo Ministério Público, conforme dispõe o artigo 1.549 do mesmo diploma legal¹⁰. Ademais, são vícios que não poderão ser convalidados (inclusive pela conversão substancial do artigo 170 do Estatuto Civil), não é suscetível de confirmação e tampouco se convalida pelo decurso do tempo.

Por preconceito ou ignorância, durante muitos anos se pensou que as pessoas com deficiência não tinham desejos sexuais ou afetivos. E, visando superprotegê-las, o legislador originário de 1916 e de 2002 apontou como inválido, absolutamente, o casamento por elas contraído ou, o que era pior, retirou-lhes a oportunidade de manifestação de vontade de casar.

Pois bem, tendo em vista que as hipóteses de nulidade devem estar previstas em lei, o Código Civil estabelecia duas dessas hipóteses em seu artigo 1.548. A redação original dispunha que seria nulo o casamento contraído: a) pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; b) por infringência de impedimento.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a primeira hipótese foi expressamente revogada, conforme determinou o artigo 6^o¹¹, inciso I e 123, inciso IV do referido Estatuto, que afastou a nulidade do casamento por incapacidade mental. Destarte, nem seria preciso tal previsão expressa, eis que tal barreira – com origem em uma patologia psíquica - não se mostrava compatível

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.133.

¹⁰ Artigo 1.549, Código Civil: “A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”.

¹¹ Artigo 6º, Lei 13.146/15: A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

com um ordenamento preocupado com a inclusão e a cidadania, e como dito acima, a finalidade do casamento é garantir a dignidade, felicidade e realização pessoal de cada consorte.

Pondera Vladimir Andrei Ferreira Lima, em artigo científico sobre a possibilidade de reconhecimento de união estável em face do enfermo mental, que:

Ora, é certo que o enfermo mental tem um déficit na sua capacidade de cognição, mas não é um decreto de interdição que fará com que ele deixe de manifestar sentimentos, compartilhar alegrias e tristezas, rir, chorar ou amar.¹²

A revogada norma visava proteger aqueles que não tinham vontade relevante para o ato a ser celebrado, estando em sintonia com a antiga redação do artigo 3º, II do Código Civil, eis que “enfermidade e doença seriam expressões sinônimas”¹³. Dessa forma, como a deficiência não obsta a plena capacidade da pessoa, o novo Estatuto fez muito bem em revogar essa imperiosa causa de nulidade de casamento celebrado por tais pessoas (art. 123, IV), visando à plena inclusão destas, inclusive para casar-se e constituir união estável.

Assim, as pessoas antes descritas no comando podem se casar livremente, não sendo mais consideradas como absolutamente incapazes no sistema civil brasileiro. Em sede de casamento, portanto, houve um avanço em nosso sistema positivado.

Ademais, essas mudanças em nosso sistema encontram-se em consonância com a Convenção de Nova Iorque, que extirpa qualquer norma jurídica tendente a barrar a prática de atos da vida civil por pessoas portadoras de deficiência, pois são consideradas preconceituosas. A mesma Convenção já garantia ao deficiente com idade núbil o direito de se casar e de estabelecer família, determinando aos Estados partes o dever de tomarem as medidas efetivas e apropriadas para “eliminar toda discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos ao casamento, família, paternidade, relacionamentos e planejamento familiar em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 23).

A esperada inovação veio em boa hora, já que a lei presumia que o casamento seria prejudicial aos outrora incapazes, o que atualmente não se sustenta com a atual sociedade e posicionamento de nossos tribunais superiores, mas sim com o antigo entendimento de casamento do século passado – patriarcal, indissolúvel e hierarquizado - o qual não se compatibiliza com nossa Constituição garantista.

Importa trazer à baila que nesse sentido, foi o voto do Ministro Luiz Felipe Salomão no REsp 1.183.378/RS de 2011 que tratando do casamento civil de pessoas do mesmo sexo, encontra-se em consonância com a matéria:

É bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional de casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o

¹²LIMA, Vladimir Andrei Ferreira. Da possibilidade do reconhecimento de união estável em face do enfermo mental declarado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 19, p. 152, 2013.

¹³DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1081.

intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizada da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade (STJ – Recurso Especial: Resp 118833378 – RS, j. 20.10.2011).

O que ocorreu foi a mudança da visão institucionalista da codificação anterior, para uma visão de privilégio de valores essenciais à pessoa humana, como a *dignidade, a solidariedade social, a igualdade substancial e a liberdade*, vindo o novo Estatuto coadjuvar e ampliar tais preceitos, alcançando, também, as pessoas que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Destarte, o casamento – assim como outras entidades familiares que se constituem em nossa atual sociedade – é um ato existencial, servindo de meio, instrumento, através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena.

O que se pretende, portanto, é prestigiar e resguardar o “ser” em detrimento do “ter” e, nesse diapasão, nada justificaria a criação de obstáculos legislativos ao casamento das pessoas com algum tipo de deficiência, mas que pode manifestar sua vontade.

Pondera Joyceane Bezerra de Menezes que “se a deficiência não pode ser critério incapacitante, por si, tampouco poderá ser um motivo para justificar a invalidade do casamento de quem o contrai”¹⁴.

É incontroverso que a pessoa com deficiência tem direito fundamental à vida familiar, sem preconceitos ou embaraços e em igualdade de condições com quaisquer outras pessoas. Passaram-se aqueles tempos em que os deficientes eram submetidos a uma superproteção, o que os conduzia a uma limitação no desenvolvimento das iniciativas de vida. Havia uma verdadeira “*absoluta segregação*”, o que terminava por vedar qualquer possibilidade de convivência familiar”¹⁵.

Dessa forma, a manifestação volitiva para o casamento de uma pessoa com deficiência não pode ser considerada nula, sob pena de afrontar e comprometer valores existenciais e sua própria dignidade. Destarte, todas as pessoas, deficientes ou não, são portadoras de energia sexual, eis que a sexualidade nasce com as pessoas; e a deficiência física, sensorial ou mental não afeta em nada este impulso sexual que a natureza deposita em todos.

Com isso, a pessoa com deficiência psíquica, ou intelectual, pode contrair casamento pela simples declaração de vontade, pessoalmente ou por meio de procurador ou através de seu curador.

Portanto, a única hipótese restante de invalidade absoluta de casamento, com o advento da Norma Estatutária, seria aquele contraído infringindo algum dos impedimentos legais previstos no artigo 1.521 do Código Civil, quais sejam: o matrimônio entre ascendentes com descendentes; os afins em linha reta; o adotante com quem foi o cônjuge do adotado com quem o foi do adotante; os irmãos e demais colaterais até o terceiro grau; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Vale ressaltar que o Projeto de Lei n. 757/15 propõe resgatar parcialmente a redação do

¹⁴Op. cit., p. 149.

¹⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 114.

dispositivo, a fim de considerar inválido o casamento contraído pelo incapaz sem o apoio ou a autorização legalmente necessários. Caso tal proposta seja aprovada seria um total retrocesso, pois competiria ao curador autorizar questão existencial de um incapaz e a curatela não serve mais para incidir sobre matérias existenciais, como o casamento. Ademais, iria afrontar diversos dispositivos legais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo passível, então, de controle de convencionalidade¹⁶.

Flávio Tartuce é favorável à proposta de reprimenda do dispositivo codificado (art. 1.548, I) eis que, não obstante o casamento celebrado por pessoa com deficiência ser considerado válido pelo que consta do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o legislador “esqueceu das situações de pessoas sem qualquer condição de manifestar vontade, caso do portador de Mal de Alzheimer”¹⁷. Na hipótese da incoerência do retorno do citado dispositivo no Código Civil, o mesmo autor conclui que seria caso de casamento inexistente, pois não houve manifestação de vontade daquele que celebra o ato.

Curatela

No ordenamento jurídico brasileiro o instituto da curatela importa na representação legal e processual dos incapazes maiores de idade que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; dos ébrios habituais; dos viciados em tóxicos; e dos pródigos, conforme se desprende do artigo 1.767, incisos I, III e V do Código Civil brasileiro.

A curatela pode ser conceituada como um encargo ou um múnus público conferido a alguém, tendo sob sua responsabilidade uma pessoa maior de idade, que não pode reger sua vida sozinha ou administrar os seus bens¹⁸.

Em regra, todo o indivíduo maior de idade presume-se capaz com a assunção da maioridade civil, podendo, então, reger sua pessoa e administrar seus bens. Mas há pessoas que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade, não possuindo o completo discernimento, achando-se impossibilitadas de cuidarem dos seus próprios interesses e por isso “sujeitam-se à curatela, como medida de amparo e proteção”¹⁹. O mesmo ocorre com os ébrios habituais e os viciados em tóxicos e com os pródigos, conforme dito.

Entretanto, serve tal encargo como uma medida protetiva excepcional, extraordinária, conforme as necessidades e circunstâncias casuísticas e deve durar o menor tempo possível²⁰, “sendo restrita aos atos de natureza negocial e patrimonial, sem afetar, no entanto, os direitos de ordem pessoal, que permanecem íntegros”, no ensinamento de Maria Berenice Dias²¹.

A jurisprudência já adotava o entendimento da excepcionalidade da interdição, inclusive com a senectude que, por si só, não enseja o reconhecimento de uma incapacidade jurídica:

¹⁶Controle de convencionalidade é a compatibilidade da produção normativa de um país com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor desse mesmo país. O primeiro a desenvolver o tema no Brasil foi Valerio Oliveira Mazzuoli. Tal sistema tornou-se possível no Brasil após a EC 45/2004, a qual acrescentou ao art. 5º da Constituição o §3º o qual atribuiu aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos status de emenda constitucional, ou seja, se o tratado for aprovado de acordo com o rito previsto nesse parágrafo terá valor material e formalmente constitucional.

¹⁷TARTUCE, Flávio. Projeto de lei do Senado *Federal n.757/2015*. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, v. 15, p. 111-140, maio/jun. 2016.

¹⁸No dizer de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal a curatela surge como “o encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade. É, visivelmente, uma forma de proteção a alguém que, embora maior de idade, não possui a plena capacidade jurídica” (op. cit., p. 906).

¹⁹MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 400.

²⁰Artigo 84, §3º da Lei 13.146/15: A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

²¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 670.

O fato de o interditando ter idade biológica avançada não justifica, por si só, a interdição, se o mesmo não é portador de nenhum problema mental que o impeça de gerir sua própria pessoa, conforme apontado em perícia médica (TJ/MG, Ac. Unân., 2ª Câm. Cív., Ap. Cív. 1.0481.02.018476-0/001 – Comarca de Patrocínio, Rel. Des. Jarbas Ladeira, j. 14.02.2006).

Destarte, o tribunal mineiro trouxe ilustre e recente julgado da excepcionalidade da curatela:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - LEI Nº 13.146 /15 - DEFICIENTES - PLENA CAPACIDADE CIVIL - NOMEAÇÃO DE CURADOR - POSSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA NOS ATOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL - PROCEDÊNCIA PARCIAL. - Nos termos da Lei nº 13.146 /15, a deficiência, seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, não afeta a plena capacidade civil da pessoa, que mantém o direito de exercê-la, em igualdade de condições com as demais. - Os deficientes poderão ser submetidos a curatela, desde que o caso efetivamente exija a proteção extraordinária, porém o curatelado somente será assistido nos atos relativos às questões patrimoniais e negociais, mantida sua capacidade e sua autonomia para todos os demais atos da vida civil. (TJMG – Apelação Cível 10003140040258001, Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira, j. 16.02.2017).²²

Para os que possuem deficiência mental é adotado, pelo Código Civil, o critério biológico para declarar se uma pessoa é incapaz de reger seus bens, eis que tal deficiência deve ser de tamanha gravidade de modo que seja impossível que o enfermo governe sua própria conduta. Destarte, a doença mental não precisa ser contínua e, tampouco, acidental, mas sim habitual, ainda que houver intervalos de lucidez.

Ensina Rolf Madaleno que a curatela, em sua atual configuração jurídica, visa prestar assistência ao incapaz, zelar por suas rendas e tomar as decisões de seu interesse, devendo prestar contas, em juízo, dos rendimentos, despesas e bens do interditando²³. Ou seja, com o novel Estatuto, o escopo da curatela restringe-se aos aspectos de natureza patrimonial, não atingindo mais direitos pessoais como, por exemplo, o exercício do poder familiar, o direito ao trabalho, ao voto ou de testemunhar em juízo²⁴.

Nesse diapasão, partindo-se da premissa de que a pessoa humana deve ter o domínio único de seus atos, exercendo suas vontades de forma exclusiva, infere-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe ao Direito Civil e ao ordenamento jurídico como um todo disposições que, além de assegurarem igualdade plena de condições e oportunidades, instrumentalizam uma mudança paradigmática no tratamento jurídico quanto à incapacidade civil do deficiente, mantendo as escolhas de caráter pessoal ao seu livre-arbítrio e da maneira como mais lhe trará a plena felicidade.

Afirmado que o Estatuto da Pessoa com Deficiência está em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ponderam que:

²²Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/438554067/apelacao-civel-ac-10003140040258001-mg>.

²³Op. cit., p. 1231.

²⁴Nesse sentido, decidiu o tribunal goiano: "O Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterou de forma significativa disposições do Código Civil concernentes à incapacidade civil e à curatela. A incapacidade é relativa daqueles que não podem exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente, devendo ser submetido à curatela em casos excepcionais. Neste caso, a curatela afeta apenas aspectos patrimoniais, mantendo o incapaz o controle dos aspectos existenciais de sua vida, a exemplo do direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, educação, saúde, trabalho, voto, etc (art. 85 da 13.146/2015). Portanto, a sentença merece parcial reforma a fim de delimitar a incapacidade do apelado de acordo com disposições constantes no Estatuto da Pessoa com Deficiência e, de consequência, fixar a extensão da curatela à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento do tratamento de saúde do apelado. Recurso Conhecido e Parcialmente Provido" (TJ-GO, Apelação Cível 01107791120148090097, Rel. Des. Marcus da Costa Ferreira, j. 07.02.2017).

Em verdade, este importante estatuto, pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis.²⁵

Desse modo, um deficiente psíquico, físico ou sensorial não será necessariamente considerado incapaz. Caso um dos legitimados deseje interdita-lo, por haver indícios de incapacidade, sua deficiência deverá ser concretamente avaliada por perícia psicológica, via ação de interdição (vulgo ação de curatela)²⁶ em processo de jurisdição voluntária cuja competência é da Vara da Família, consolidada em sentença declaratória de seu estado demencial.

Compete à medicina identificar quais tipos de enfermidade serão capazes de privar o enfermo ou o deficiente mental de discernimento, ficando para a justiça o papel de “interditar” tal pessoa cuja doença mental fora diagnosticada e considerada hábil ou torná-la incapaz de reger sua vida e seus bens. Certo é que, repise-se, com o novo escopo trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência nenhuma dessas pessoas será considerada automaticamente – leia-se, pela lei – demente, sem que sua causa incapacitante seja judicialmente auferida e declarada pelo juiz da Vara da Família.

Como a pessoa com deficiência deixou de ser considerada absolutamente incapaz com o advento da Lei 13.146/15, caso seja declarada incapaz por sentença judicial conforme o procedimento acima, ensina Rolf Madaleno que:

[...] sua interdição deve ser pronunciada segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, com os limites da curatela, que irão se circunscrever-se às restrições do art. 1.782 do Código Civil, que respeita às mesmas restrições da interdição do pródigo.²⁷

A curatela deve perdurar enquanto presente a causa incapacitante para a devida proteção e administração, por parte do curador, do patrimônio do curatelado. Ou seja, poderá o instituto da interdição ter um fim e, cessando a causa que gerou a incapacidade, necessário será o levantamento da curatela²⁸.

É comum deparar-se com casos de recuperação da plenitude da manifestação de vontade de pessoas interdidadas por alcoolismo ou toxicomania. Para tanto, há o mecanismo jurídico para que o curatelado retome sua plena capacidade jurídica, cessando os efeitos da curatela outrora deferida por sentença judicial.

Assim, o próprio curatelado ou qualquer interessado (exemplo, o cônjuge ou companheiro) será o autor da ação, objetivando rescindir a sentença que o declarou incapaz e, “desta feita trilha o caminho inverso, e se submete novamente a exame pericial – por médico ou por equipe multidisciplinar - para verificação de sanidade e demonstra terem cessado, ou que nunca existiram as causas motivadoras da sua precedente interdição”²⁹.

Ademais, o Ministério Público será parte legítima para o levantamento da curatela, conforme entendimento de Pontes de Miranda, “frente à amplitude de sua missão de proteção da pessoa contra

²⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. p. 2.

²⁶O termo “interdição” mostra-se incompatível com o advento do Estatuto e seu cunho personalista, devendo tal expressão, ainda que usada de forma didática no presente artigo, ser evitada, por se mostrar preconceituoso por indicar ideia de medida restritiva de direitos. O termo correto será “curatelando” e “ação de curatela”.

²⁷Op. cit., p. 1236.

²⁸Art. 756, CPC: Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou.

²⁹MADALENO, op. cit., p. 1258.

a injusta interdição, ou pela injustiça de sua indevida continuação”³⁰. Rolf Madaleno e Luiz Gonzaga de Carvalho entendem ser cabível, inexistindo causa para interdição e desde que presentes os pressupostos contidos no artigo 966 do Código de Processo Civil, o ajuizamento de ação rescisória, eis que transitada em julgado está a sentença que declarou a incapacidade do curatelado³¹.

Com relação ao levantamento da curatela, debates doutrinários surgiram e duas posições são engendradas por vozes consideráveis da doutrina civilista.

A primeira vertente entende que os deficientes outrora declarados incapazes por sentença judicial passariam, com a vigência do Estatuto, automaticamente à condição de plenamente capazes, por ser lei relacionada ao estado de uma pessoa, tendo, portanto, eficácia imediata. É o pensamento de José Fernando Simão:

Todas as pessoas que foram interditas em razão de enfermidade ou deficiência mental passam, com a entrada em vigor do Estatuto, a serem consideradas plenamente capazes. Trata-se de lei de estado. Ser capaz ou incapaz é parte do estado da pessoa natural. A lei de estado tem eficácia imediata e o levantamento da interdição é desnecessário. Ainda, não serão mais considerados incapazes, a partir da vigência da lei, nenhuma pessoa enferma, nem deficiente mental, nem excepcional (redação expressa do artigo 6º do Estatuto).³²

Outro é o pensamento de Flávio Tartuce e Pablo Stolze Gagliano, para os quais será necessário ajuizar uma ação de reabilitação ou de “desinterdição”. Os autores sustentam suas opiniões na estabilidade social e na proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal). De acordo com as palavras do último autor:

[...] não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora a sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em nova perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais. Seria temerário, com sério risco à segurança jurídica e social, considerar, a partir do Estatuto, “automaticamente” inválidos e ineficazes os milhares – ou milhões – de termos de curatela existentes no Brasil. Até porque, como já salientei, mesmo após o Estatuto, a curatela não deixa de existir.³³

O tema também é polêmico na jurisprudência. Normalmente, os tribunais pátrios, além de definirem os limites da curatela ao relativamente incapaz, reconhecem a necessidade de levantamento de interdição. Nesse sentido, o Tribunal do Rio Grande do Sul:

Diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), o apelante não pode ser mais considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. A sua patologia psiquiátrica (CID 10 F20.0, Esquizofrenia) configura hipótese

³⁰MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: 1977. t. XVI. p. 403.

³¹CARVALHO, Luiz Gonzaga de. *Dos insanos mentais, nulidade do negócio jurídico, conflito jurisprudencial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 72.

³²SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I)*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-6/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 12 jul. 2017. Este também é o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “a nova regra, inclusive, alcança as pessoas que estavam interditas por decisão judicial anterior, uma vez que se trata de norma a respeito do estado de pessoa, com aplicabilidade imediata” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson P. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 616).

³³GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição?* Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Acesso em: 12 jun. 2017.

de incapacidade relativa (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), não sendo caso de curatela ilimitada. Caso em que o recurso vai parcialmente provido, para reconhecer a incapacidade relativa do apelante, mantendo-lhe o mesmo curador e fixando-se a extensão da curatela, nos termos do artigo 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde (TJRS, Apelação Cível 70069713683, Oitava Câmara Cível, Relator Rui Portanova, julgado em 15/9/2016).

Fato é que há conflito de norma material com norma processual, eis que o espírito do Estatuto, cujos dispositivos visam à inclusão da pessoa com deficiência, concede-lhe a plena capacidade (arts. 6º e 84) e situa em hipóteses residuais a nomeação de curador; ao passo que o Código de Processo Civil manteve, em seu artigo 756 e parágrafos, outrora comentado, o procedimento do levantamento da curatela.

José Fernando Simão ainda lembra o fato de que as sentenças proferidas antes da entrada em vigor do novo Estatuto foram feitas com base em dispositivo de lei revogados e, sendo assim, não há como manter uma decisão – ou depender de uma nova decisão para a “desinterdição” – com base em lei revogada. Seria uma afronta ao próprio espírito do novo Estatuto e também ao novo escopo de celeridade e economia processual. Ademais, o judiciário se esforçaria, tão apenas, para dizer o óbvio: não há mais interdição, nem incapacidade em razão de deficiência³⁴.

Porém, o mesmo autor José Fernando Simão se esqueceu daquelas pessoas com deficiência que não estão em condições mínimas de expressar sua vontade e que, em tais casos, mediante uma perícia psicológica, seriam consideradas incapazes – e relativamente incapazes pelo sistema.

Curatela de capazes

Um fato inusitado pela mudança perpetrada pelo novo Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades foi admitido em nosso sistema: a interdição de pessoa capaz.

O artigo 84, §1º da Lei 13.146/15 prevê que “quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”. E, como o *caput* do mesmo artigo 84 e o artigo 6º da referida lei assegura a plena capacidade da pessoa com deficiência, “a orientação do Estatuto é clara: mesmo com a curatela, não temos pessoa incapaz”, conforme pondera José Fernando Simão³⁵.

Trata-se, em verdade, de uma nova categoria de pessoas capazes: os capazes sob curatela. Esse é o pensamento de Pablo Stolze Gagliano:

Temos, portanto, um novo sistema que, vale salientar, fará com que se configure como “imprecisão técnica” considerar-se a pessoa com deficiência incapaz. Ela é dotada de capacidade legal, ainda que se valha de institutos assistenciais para a condução da sua própria vida.³⁶

Com isso, fica a dúvida entre os civilistas sobre qual ser a função do curador de pessoa capaz e se as regras referentes aos incapazes seriam aplicadas a tais pessoas.

Primeiramente, o Estatuto não indica a função do curador do deficiente. O artigo 85 de referida legislação aduz que a curatela afetará apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial

³⁴Op. cit.

³⁵Ibid., p. 3.

³⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. *O estatuto da pessoa com deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em: 13 jul. 2017.

e negocial, ao passo que o parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que ela não alcançará o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Dessa forma, duas hipóteses podem ser levantadas. A primeira seria a de que o deficiente sob curatela praticaria pessoalmente os atos da vida civil, sem assistência do curador. Mas, nesse caso, não haveria motivos jurídicos e práticos para se nomear um curador ao deficiente, considerado plenamente capaz. A segunda hipótese seria a necessidade de o curador representar ou assistir o deficiente. Nesse caso, o desafio seria descobrir se o curador deverá representar ou assistir o deficiente, eis que, como se trata de pessoa capaz, não haveria no sistema uma resposta a essa pergunta.

Caberá ao magistrado, então, definir se o curador deverá representar ou assistir o deficiente, respeitando sempre o que dispõe o texto legal do artigo 85 do Estatuto, limitando-se às questões patrimoniais, e respeitados sempre os interesses do curatelado conforme preceitua o §2º do mesmo dispositivo legal.

Com isso, urge indagar a respeito das consequências dos atos praticados sem a assistência ou representação.

Pela literalidade do artigo 84 e §1º do Estatuto, concluir-se-ia que a única consequência nesse caso seria a validade do ato, pois trata-se de pessoa capaz. Entretanto, essa resposta estaria contra o espírito do Estatuto ao inovar o ordenamento jurídico brasileiro, não protegendo o deficiente como pretende. “Afinal, se curatela há é em razão de uma necessidade”³⁷.

Dessa forma, deve-se aplicar analogicamente as disposições do Código Civil em matéria de invalidade do negócio jurídico, sujeitando-se às regras dos artigos 166, I (nulidade absoluta) e 171, I (nulidade relativa) a depender do grau de incapacidade declarada em sentença pelo magistrado, respectivamente³⁸. Por exemplo, um contrato de compra e venda de bem imóvel assinado exclusivamente pelo deficiente capaz, mas que esteja sob curatela, será nulo se o juiz fixar em sentença que o curador o representa, eis que, nesse caso, estar-se-ia o curatelado submetido às regras da nulidade do negócio jurídico.

Convém ressaltar que a aplicação analógica de regras que cuidam da invalidade é solução contrária ao Direito, pois se a regra é a validade dos negócios jurídicos, as invalidades são excepcionais e não admitem analogia porquanto tratam-se de regras restritivas de direitos.

Vemos, portanto, mais um equívoco do legislador nesse ponto da curatela de capazes, cabendo aos operadores do direito versarem e interpretarem sempre de acordo com o “melhor interesse do deficiente”, expressão aqui usada para se chegar às conclusões que sempre irão lhes trazer a mais ampla proteção, inclusão e igualdade com as demais pessoas além de, sempre, respeitar a sua vontade e a maneira de a expressar.

Curatela compartilhada

A nova Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência acrescentou ao Código Civil o artigo 1.775-A, o qual incorpora posição já amplamente adotada pela jurisprudência pátria, admitindo a possibilidade de curatela compartilhada.

Nesse ponto também não há que se criticar a positivação desta técnica, com cunho visivelmente

³⁷SIMÃO, op. cit., p. 4.

³⁸Caso não fosse essa a solução, a consequência seria a total validade do ato praticado pelo curatelado capaz o que, não obstante estar de acordo com o que preconiza o novo Estatuto em relação aos deficientes, seria, por isso, completamente inútil a nomeação de um curador para os mesmos.

protetivo, maximizando a tutela jurídica do curatelando e permitindo, diante das especificidades do caso concreto, que duas ou mais pessoas exerçam o *mínus publicum*, resguardando os interesses do mesmo.

Seria um exemplo prático do instituto o caso dos pais que se dividem no exercício da curatela de seus filhos maiores e capazes.

O Tribunal gaúcho, de forma exemplar, já adotara a técnica antes mesmo da entrada em vigor do novel Estatuto:

A curatela, assim como a tutela, é um *mínus público* a ser exercido na proteção dos interesses do curatelado e de seus bens, incumbindo aos curadores, por exemplo, o dever de defesa, sustento e representação do interdito. Assim, a designação de curador deve se pautar pela prevalência dos interesses do incapaz. Nessa perspectiva, revela-se possível o exercício da curatela compartilhada, conforme postulado pelos autores, que são pais do interdito, considerando que, embora não haja regra expressa que a autorize, igualmente não há vedação à pretensão. Em situações como a dos autos, em que expressamente requerido o exercício da curatela compartilhada e que não há, sob qualquer perspectiva, conflito entre os postulantes, nada obsta que seja ela concedida, notadamente por se tornar, na espécie, uma verdadeira extensão do poder familiar e da guarda – que, como sabido, pode ser compartilhada.³⁹

Há que se ressaltar que tal instituto não se confunde com a Tomada de Decisão Apoiada, conforme abaixo se verá.

Tomada de Decisão Apoiada: um *tertium genus* assistencial da pessoa com deficiência

Pela nova arquitetura esculpida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, existem pessoas que possuem algum tipo de deficiência, porém são capazes de exprimir sua vontade, afastando a incidência da incapacidade relativa.

Assim, o moderno Estatuto introduziu em nosso ordenamento jurídico uma nova sistemática das incapacidades, eis que uma pessoa com Síndrome de Down, por exemplo, é reputada como plenamente capaz, podendo, independentemente de representação ou assistência, expressar sua vontade e praticar atos jurídicos.

Por evidente, a Lei 13.146/15 concretizou um grande avanço em nosso sistema, em sintonia com Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual o Brasil é signatário, por meio de Decreto 6. 949/09. Assim, dispõe o artigo 12.3 do referido Decreto que “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitem no exercício de sua capacidade legal”.

Com vistas a assegurar a plenitude da capacidade de uma pessoa e ao mesmo tempo sua dignidade e igualdade substancial, surge a Tomada de Decisão Apoiada, estampada no artigo 1.783-A do Código Civil, como um terceiro gênero assistencial e intervencionista, visando a proteção de uma pessoa com um grau não elevado de deficiência.

Assim, dispõe o citado dispositivo legal:

³⁹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Acórdão da 8ª Câmara Cível*. Apelação Cível 70054313796. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 01.08.13. Retirado de: FARIAS; CUNHA; PINTO, op. cit., p. 337.

Art. 1.783-A, Código Civil. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que a pessoa possa exercer sua capacidade.

No direito alienígena existem institutos parecidos com a Tomada de Decisão Apoiada, mais especificamente na legislação argentina, na qual no ano de 2016 entrou em vigor o Novo Código Civil no qual em seu artigo 43 prevê proteção para o exercício de situações jurídicas por parte de “indivíduos juridicamente vulneráveis”. No *Codice Civile* Italiano, em seus artigos 404 a 413, o instituto da “*administratore di sostegno*” existe desde 2004, havendo a figura do administrador de apoio.

Essa inovação legislativa no ordenamento brasileiro encontra-se não como um elo entre as pessoas plenamente capazes, ou seja, sem deficiência, e aquelas pessoas com algum tipo de deficiência (física ou psíquica), mas sim como forma intermediária entre tais extremos. Assim, há uma verdadeira “triologia” da intervenção estatal na vida dessas pessoas, a fim de lhes assegurar uma vida digna.

Tal instituto não se confunde com a curatela pois, como dito, é mantida a plena capacidade de agir e a autodeterminação do apoiado. Ademais, a curatela visa atender, preferencialmente, a sociedade e à família, na medida em que afasta o curatelado daquela e protege a dilapidação de seu próprio patrimônio ou de sua família. A Tomada de Decisão Apoiada, ao revés, “objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais”, no ensinamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁰.

Na Tomada de Decisão Apoiada, a plena capacidade da pessoa beneficiada não é atingida, estando em pleno gozo de seus direitos civis, estando certos atos por ela praticados, apenas, condicionados à aquiescência dos seus apoiadores.

Para formular o pedido de Tomada de Decisão Apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Assim, uma pessoa com mais de dezoito anos que, em razão de uma deficiência física, psíquica ou intelectual, sinta necessidade de ser acompanhada e protegida em sua gestão patrimonial ou, até mesmo na condução do cotidiano da vida, poderá requerer judicialmente a nomeação de dois apoiadores – que não serão representantes ou assistentes, diga-se de passagem, pois não há incapacidade. São os casos das pessoas tetraplégicas; que possuem sequelas em decorrência de acidente vascular cerebral e ainda os cegos e surdos.

Dessa forma, o pedido de Tomada de Decisão Apoiada será requerido pela própria pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no *caput* do art. 1.783-A. Destarte, não apenas a pessoa que deseja nomear os apoiadores teria o legítimo interesse para requerer a Tomada de Decisão Apoiada, mas também os legitimados para ação de curatela, como os familiares e o Ministério Público, por ser um modelo jurídico que materializa o princípio da dignidade da pessoa humana em dupla acepção: protetiva e promocional das situações existenciais⁴¹.

⁴⁰Op. cit., v. 6, p. 923.

⁴¹FARIAS; ROSENVALD, op. cit., v. 6, p. 924.

No que tange ao rito processual, recebida a petição inicial, o juiz deve designar equipe interdisciplinar para proceder a uma avaliação da pessoa a ser apoiada, ouvirá pessoalmente esta e as pessoas que lhe prestarão apoio e, após oitiva do Ministério Público, se pronunciará sobre o pedido de Tomada de Decisão Apoiada.

Para evitar eventuais divergências entre a pessoa a ser apoiada e seus apoiadores, a decisão judicial terá de prefixar os limites do apoio a ser prestado, levando em consideração, sempre, a vontade e preferências do apoiado. Em razão disso, a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja dentro dos limites do apoio acordado, conforme dispõe o §4º do artigo 1.783-A do Código Civil.

Nos casos de risco de potencial prejuízo aos interesses da pessoa apoiada, terceiros com quem esta mantenha relação negocial poderão solicitar dos apoiadores que assinem um acordo, por escrito, sua função em relação ao apoiado⁴². Destarte, no caso de divergência de ideias da pessoa apoiada e do apoiador ou em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo àquela, visando preservar o interesse do vulnerável, deverá o juiz, após ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

Acaso o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações previamente assumidas, será caso de sua destituição. Para tanto, a própria pessoa apoiada ou qualquer pessoa capaz poderá denunciar tal desídia ao Ministério Público ou ao próprio magistrado. Se procedente a denúncia, além da destituição do encargo, o juiz nomeará outra pessoa para a prestação de apoio, desde que esta seja de interesse da pessoa apoiada.

Em razão do procedimento da Tomada de Decisão Apoiada estar submetido, residualmente, às regras da curatela e, também, por ser resguardado a plena capacidade da pessoa apoiada, esta poderá, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado do processo da Tomada de Decisão Apoiada. Outrossim, o próprio apoiador poderá, também a qualquer tempo, solicitar sua exclusão do processo de decisão apoiada, sendo este requerimento, entretanto, condicionado à manifestação do juiz, conforme determina.

Por fim, o juiz não está adstrito à nomeação dos apoiadores indicados na petição inicial, podendo optar por outros que eventualmente se mostrem mais aptos, desde que fundamente sua decisão.

Ademais, nada impede de ser requerido, preventivamente, que uma pessoa vulnerável seja submetida a uma tomada de decisão apoiada para, posteriormente, após exame pericial ou psicológico, ser reconhecida sua incapacidade relativa, passando, após isso, ao regime da curatela. Ocorre que, na prática, tende-se à continuação do requerimento da curatela provisória (tutela antecipada), como outrora acontecia na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, após vislumbrar-se indícios de incapacidade da pessoa vulnerável.

Por fim, um ponto que causa estranhamento é a razão da intervenção do Ministério Público. Este, como defensor dos interesses dos incapazes, oficia nos processos nos quais figuram pessoas com essa qualificação. Contudo, tratando-se de pessoa capaz, não parece razoável a intervenção ministerial. Afinal de contas, as pessoas com deficiência são consideradas plenamente capazes pelo novo diploma legal.

No entanto, há razões plausíveis para sua intervenção, não obstante se tratar de pessoa com

⁴²Art. 1.783-A, §5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

deficiência de plena capacidade. Isso porque está-se diante de estado de pessoa e, conforme dito acima, é possível vislumbrar no decorrer do procedimento, após a análise da equipe multidisciplinar, indícios de incapacidade, o que tornaria o procedimento, então, em possível nomeação de curador, caso constate a incapacidade relativa da pessoa a ser apoiada. Outro fundamento da intervenção ministerial seria o interesse público que envolve o tema, bem como a existência de interesse individual indisponível, sendo atribuição constitucional do *parquet* atuar em tais hipóteses (art. 127, CF).

Outrossim, tal novação, possivelmente, servirá somente para as pessoas que tiverem o discernimento reduzido. Certamente quem não tem discernimento algum jamais irá se valer da Tomada de Decisão Apoiada, pois a pessoa não tem condições de entender o que se passa, “quanto mais descobrir a existência desse instituto e nomear duas pessoas idôneas e de confiança, bem como ingressar no Poder Judiciário com o requerimento”²⁴³.

Conclusão

A Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificou profundamente a teoria das incapacidades do Código Civil, mas não a aniquilou, adequando seus princípios e regras aos previstos na Constituição Federal e na Convenção de Nova Iorque.

Nossa sociedade, para ser mais inclusiva e cada vez menos excludente, necessita reconhecer a diversidade humana em seus mais diversos segmentos, abarcando e refletindo as necessidades específicas das chamadas “minorias” - as quais se incluem as pessoas com deficiência -, para que, a partir daí, promova ajustes profundos e correções imprescindíveis para seu pleno desenvolvimento social e existencial.

Nesse ponto, nossa novel legislação é digna de aplausos, pois assegura-lhes oportunidades, em par de igualdade com todas as pessoas, para inclusão social dos deficientes, fruto do paradigma da inclusão social dos direitos humanos encampado na segunda geração/dimensão desses direitos e da solidariedade e fraternidade de terceira geração dos direitos humanos.

Diz-se que houve acerto do legislador pois não se concebe, por absoluta coerência filosófica, reputar incapaz uma pessoa com deficiência, conforme outrora imperava. Sob a ótica civil-constitucional, especialmente à luz da dignidade humana e igualdade substancial, as pessoas com deficiência possuem dos mesmos direitos e garantias fundamentais do que qualquer outra pessoa, inexistindo motivos plausíveis para negar-lhes plena capacidade.

Ao mesmo tempo em que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência merece ser elogiada no assunto atinente aos direitos existenciais, o mesmo não pode ser dito com relação ao regime das incapacidades e questões patrimoniais, campo que terá muitos desafios ao operador do direito, exigindo-lhe cuidado para evitar que a proteção nessa esfera não seja violada nem diminuída. Interpretações frias da lei possivelmente acarretariam ausência de respostas a inúmeras questões, o que demanda ponderação do intérprete.

A importância desse novo regramento, no entanto, reside em uma nova perspectiva e no início de uma nova era, tão esperada com a promulgação de nossa Carta Cidadã de 1988, a qual o Estatuto jungiu legislações esparsas e positivou na Lei 13.146/2015 institutos que já serviam para a inclusão

⁴³KONDER, Cintia Muniz de Souza. A celebração de negócios jurídicos por pessoas consideradas absolutamente capazes pela Lei 13.146 de 2015, mas que não possuem o necessário discernimento para os atos civis por doença da mente: promoção da igualdade perante a lei ou ausência de proteção? In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coord.). *O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 167-184.

das pessoas com deficiência, porém, agora, de forma mais profunda.

Isto é, a dignidade da pessoa com deficiência desdobra-se na garantia de sua plena inclusão não apenas social, mas também jurídica, por meio de mecanismos que possibilitem que tais pessoas participem ativamente da sociedade.

Referências

CARVALHO, Luiz Gonzaga de. *Dos insanos mentais, nulidade do negócio jurídico, conflito jurisprudencial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson P. Curso de direito civil: direito das famílias. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson P. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição?* Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Acesso em: 12 jun. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O estatuto da pessoa com deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em: 13 jul. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

KONDER, Cíntia Muniz de Souza. A celebração de negócios jurídicos por pessoas consideradas absolutamente capazes pela Lei 13.146 de 2015, mas que não possuem o necessário discernimento para os atos civis por doença da mente: promoção da igualdade perante a lei ou ausência de proteção? In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coord.). *O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 167-184.

LIMA, Vladimir Andrei Ferreira. Da possibilidade do reconhecimento de união estável em face do enfermo mental declarado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 19, p. 152, 2013.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, v. 15, p. 141-187, maio/jun. 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: 1977. t. XVI.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I)*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-6/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 12 jul. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. Projeto de lei do Senado Federal n.757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, v. 15, p. 111-140, maio/jun. 2016.

Obras consultadas

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

VELOSO, Zeno. *Estatuto da pessoa com deficiência: uma nota crítica*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica> Acesso em: 12 jul. 2017.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: efeitos de sua atuação nos casos José Pereira e Fazenda Brasil Verde no enfrentamento ao trabalho em condições análogas à escravidão¹

MARIANA DA SILVA JACOB

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente trabalho analisou, sob o âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, violações de direitos humanos praticadas pelo Brasil com ênfase nos casos José Pereira e Fazenda Brasil Verde. A partir do tema do trabalho em condições análogas à escravidão, foi feito um levantamento das principais normas internacionais e nacionais de combate a esse tipo de violação de direitos humanos, bem como se analisou o impacto das decisões e recomendações da Comissão no caso José Pereira e a relevância da recente decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Fazenda Brasil Verde. Os métodos utilizados foram o analítico, o dedutivo e o fenomenológico. Concluiu-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos constitui-se como importante e efetiva ferramenta para a proteção dos direitos que assegura e muitos avanços relativos ao tema do trabalho escravo foram alcançados por meio de tal sistema. É indiscutível que se, no âmbito interno, as decisões e recomendações dos tribunais internacionais de proteção aos direitos humanos nortegassem a atuação dos três poderes, a eficácia de tais mecanismos seria ainda maior e os Estados cumpririam, com mais frequência, os tratados internacionais dos quais fazem parte e que são fontes para o desenvolvimento dos direitos humanos como um todo.

Palavras-chave: Direitos humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Trabalho escravo. Caso José Pereira. Caso Fazenda Brasil Verde.

Abstract: The present work analyzed, under the framework of the Inter-American Human Rights System, human rights violations committed by Brazil with emphasis on the case José Pereira and Fazenda Brasil Verde Case. Based on the theme of working in conditions analogous to slavery, a survey was made of the main international and national norms to combat this type of human rights violation, as well as the impact of the decisions and recommendations of the Commission in the case of José Pereira and the relevance of the recent ruling of the Inter-American Court of Human Rights in the case of Fazenda Brasil Verde. The methods used were the analytical, the deductive and the phenomenological. It was concluded that the Inter-American Human Rights System is an important and effective tool for the protection of the rights it ensures, and many advances on the subject of slave labor have been achieved through such a system. It is undisputed that if, at the domestic level, the decisions and recommendations of the international human rights tribunals were to guide the action of the three powers, the effectiveness of such mechanisms would be even greater and states would more frequently comply with the international treaties of which are part of and are sources for the development of human rights as a whole.

Keywords: Human rights. Inter-American Human Rights System. Slavery. Case of Jose Pereira. Fazenda Brasil Verde case.

Introdução

Inicialmente, buscou-se compreender o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e de seus mecanismos de proteção aos direitos humanos, quais sejam, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir de então, fez-se análise de casos submetidos à apreciação dos mencionados órgãos com vistas a estabelecer a eficácia dos mecanismos regionais internacionais de proteção aos direitos humanos diante do sistema jurídico nacional e das leis estabelecidas internamente.

¹Este artigo resulta de trabalho de conclusão de curso intitulado "O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: efeitos de suas decisões no enfrentamento ao trabalho em condições análogas à escravidão", desenvolvido ao longo do ano de 2017, sob a orientação da Professora Ana Paula Polacchini de Oliveira.

O tema central do trabalho foi delimitado ao se considerar o Caso José Pereira e o caso da Fazenda Brasil Verde, ambos sobre o mesmo tema: o trabalho em condições análogas à escravidão no Brasil na atualidade. A partir de então, levantou-se dados sobre as formas análogas ao trabalho escravo no Brasil, partindo dos levantamentos promovidos pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos e também pelo Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho.

Finalmente, a pesquisa procurou compreender os desdobramentos internos resultantes da solução amistosa promovida no caso José Pereira, os avanços, soluções e políticas públicas voltadas ao tema que foram editadas a partir da visibilidade do caso na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como, a partir da recente condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela prática de trabalho escravo, os possíveis desdobramentos positivos do caso, tendo em vista a forte tendência de se reduzir o atual conceito de trabalho escravo adotado internamente, bem como dificultar e retroceder em algumas medidas de grande importância no combate ao trabalho em condições análogas à escravidão que foram conquistadas ao longo do tempo.

Dentre os objetivos do trabalho estão os de compreender a estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mormente a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a competência e funcionamento de tais órgãos e o conflito existente entre este sistema internacional regional e a soberania dos Estados que dele fazem parte. Ademais, a partir da análise de dois casos concretos, um que tramitou no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e outro que foi julgado recentemente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, entender qual é a influência exercida por estes órgãos no legislativo, executivo e judiciário brasileiros. Dessa forma, pretende demonstrar que, para que o direito internacional cumpra realmente a sua função, é necessário que, no âmbito interno sejam aceitas e seguidas as recomendações feitas por tribunais internacionais que o Brasil tenha reconhecido a competência por meio de tratado internacional, para maior eficácia das decisões proferidas por tais órgãos e para o avanço e proteção cada vez maior dos direitos humanos.

Para tanto, o artigo foi desenvolvido partindo do levantamento, consulta e análise da legislação pertinente ao tema com suas posteriores alterações bem como por meio de estudos doutrinários. Para a realização do levantamento bibliográfico considerou-se a doutrina de direitos humanos com vistas à compreensão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como também estudos sobre trabalho escravo em suas formas contemporâneas. Dessa forma, uma vez que os conceitos passaram a ser decompostos, estudados e comparados, o método utilizado foi o analítico. A legislação, por sua vez, foi compreendida através do método dedutivo, pois, primeiramente, foi analisada em seu caráter geral e abstrato e, em seguida, a partir do método fenomenológico, analisou-se uma solução amistosa proferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e um caso contencioso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Organização dos Estados Americanos

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, que trata dos direitos sociais e econômicos, são as quatro normas principais que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. As normas supracitadas ressaltam a obrigação de respeito aos direitos humanos por parte dos Estados que as aderiram, sendo que a mencionada obrigação é implementada por dois sistemas distintos de responsabilização dos Estados que violarem direitos

humanos.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) é o primeiro desses dois sistemas e adota os preceitos estabelecidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que enumera os direitos fundamentais da pessoa humana que deveriam ser respeitados pelos Estados-membros, e na Carta da Organização dos Estados Americanos, que consagrou o dever genérico de respeito aos direitos fundamentais do homem. O segundo sistema é o estabelecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica e apenas uma parte dos países americanos o integra. Além da citada convenção, o Protocolo de San Salvador, introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto no 3.321, de 30 de dezembro de 1999, também integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e passa a garantir, de forma expressa, os direitos sociais, econômicos e culturais, dentre eles o direito ao trabalho, considerando-o como direito fundamental, inerente a toda pessoa, sem qualquer discriminação e em igualdade de condições². Ademais, o instrumento mencionado também estabelece diretrizes acerca de condições dignas de trabalho. Ressalta-se que os direitos sociais, econômicos e culturais já estavam previstos no Pacto de San José da Costa Rica, em seu capítulo III, mas não de forma expressa. Como bem explicita André de Carvalho Ramos³, havia a obrigatoriedade de os Estados buscarem, de forma progressiva e na medida dos seus recursos, a implementação dos direitos sociais de forma ampla, por isso a necessidade de se elaborar um protocolo adicional que tratasse de forma expressa sobre os mencionados direitos.

Para garantir os direitos elencados no mencionado Pacto e nas demais convenções firmadas internacionalmente no âmbito regional, tal sistema possui dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, *grosso modo*, tem a função de promover a observância e a proteção dos direitos humanos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com funções consultivas e jurisdicionais.

É importante ressaltar que os membros do segundo sistema são também membros do primeiro e as regras da Carta da OEA aplicam-se, subsidiariamente, àqueles no que for omissa a Convenção Americana de Direitos Humanos. Todavia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão apenas do sistema constituído em torno da Convenção Americana de Direitos Humanos e exerce sua jurisdição apenas sobre os Estados que expressamente reconhecerem a sua competência.

Por outro lado, a Comissão, a partir da entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, assumiu um duplo papel: continuou atuando no âmbito da Organização dos Estados Americanos, zelando pelos direitos humanos, processando petições individuais sobre violações de direitos humanos que sejam protegidos pela Carta da OEA e pela Declaração Americana de Direitos Humanos. Por outro lado, também se tornou órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos e, além de analisar e processar petições individuais que retratem violações de direitos humanos, no sistema da Convenção, pode interpor ação de responsabilidade internacional contra um Estado perante a Corte, desde que o referido Estado reconheça a competência do órgão mencionado.

A diferença na atuação da Comissão nesses dois sistemas (OEA e Convenção Americana de Direitos Humanos) está na possibilidade ou não de processar um Estado violador de direitos

²BRASIL. Decreto no 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 12, 31 dez. 1999. (Seção 1).

³RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152.

humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta possibilidade só existe no âmbito da Convenção e somente se o Estado houver reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte.

Caso o país membro da OEA ainda não tenha ratificado a Convenção ou a tenha ratificado sem reconhecer a jurisdição da Corte, a Comissão apenas pode acionar a Assembleia Geral da OEA, o que, de acordo com André de Carvalho Ramos⁴, não tem sido muito eficaz.

Fundamentação teórica dos direitos humanos e as principais normas internacionais e nacionais de proteção contra o trabalho em condições análogas à escravidão

Difícil tarefa é conceituar o que são os direitos humanos. Fábio Konder Comparatto⁵, em sua obra “A afirmação histórica dos direitos humanos”, sustenta que é a igualdade de essência da pessoa, fundada na matéria comum a todas as pessoas, ou seja, nas características inerentes a todos os seres humanos, que formou o núcleo do conceito de direitos humanos.

Por sua vez, André de Carvalho Ramos⁶ entende que direitos humanos são “*um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade*”. Para completar este conceito, necessário se faz entender o que é dignidade e, para tanto, citaremos as lições de Sarlet a respeito do tema. Para ele dignidade é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁷

Quanto à fundamentação dos direitos humanos, existem quatro correntes: a negacionista, a jusnaturalista, a positivista e a da fundamentação moral.

Todavia, há que se destacar, ainda, que há uma outra posição acerca da fundamentação dos direitos humanos, baseada na afirmação histórica desses direitos. Para os adeptos dessa vertente, da qual se destaca Fábio Konder Comparatto⁸, deve-se levar em conta as reflexões filosóficas sobre a essência da pessoa humana, as fundamentações científicas sobre a evolução biológica e a própria evolução cultural e social das sociedades para dar fundamentação aos direitos humanos. Sendo assim, tais direitos possuem caráter histórico e são uma construção histórica.

Para André de Carvalho Ramos⁹, “o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades que garante a dignidade do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas”. O marco histórico inicial de proteção dos direitos humanos na ordem internacional foi a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945¹⁰ que consagrou a vontade internacional de reconhecer e fazer respeitar os direitos humanos.

⁴RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 59.

⁵COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

⁶RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25. (grifo do autor).

⁷SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 2001. p. 60.

⁸Op. cit., p. 44.

⁹Op. cit., 2012. p. 34.

¹⁰BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 17.097, 5 nov. 1945. (Seção 1).

Ademais, algumas convenções também estabelecem mecanismos de supervisão e controle do respeito, por parte dos Estados, aos direitos nela elencados. A Convenção Americana de Direitos Humanos possui a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil já foi processado inúmeras vezes tanto na Comissão quanto na Corte. A respeito do tema, vale ressaltar dois casos significativos e que serão alvo de análise mais acurada posteriormente, sendo uma solução amigável ocorrida no âmbito da Comissão e um caso contencioso decidido recentemente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quais sejam, o Caso José Pereira e o Caso Fazenda Brasil Verde. Ambos tratam do tema da escravidão contemporânea, aconteceram na mesma região do Brasil e relativamente no mesmo período de tempo, o que denota, inicialmente, a ineficácia da solução amigável realizada no âmbito de atuação da Comissão, posto que se o Estado brasileiro tivesse seguido à risca os termos do acordo, não estaria sujeito a outro processo, agora contencioso, sujeito à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Fica claro, portanto, que, no plano internacional, os direitos humanos podem nascer da atividade legislativa dos Estados, por meio da elaboração de tratados internacionais, e da atividade jurisdicional dos tribunais de direitos humanos, que criam novas esferas de proteção e ampliam o alcance de direitos há muito consagrados através de interpretações evolutivas. Além disso, os direitos humanos apresentam-se, em regra, como princípios jurídicos, dotados de abstração, sendo necessária, portanto, a atividade judicial para concretizar o conteúdo dessas normas.

Outro ponto controvertido sobre a internacionalização dos direitos humanos é a hierarquia assumida pelas normas internacionais de direitos humanos frente ao ordenamento jurídico interno de cada Estado e as hipóteses de resolução de eventuais conflitos normativos nesse sentido.

Sabe-se que há uma tendência no sentido de considerar as normas internacionais de direitos humanos superiores às normas internas de cada país, visto que exprimem a consciência ética universal. Em várias constituições existem normas que dão aos tratados de direitos humanos equivalência às normas constitucionais. No Brasil, a partir da emenda constitucional 45/2004, inseriu-se um parágrafo ao artigo 5º da Constituição Federal estabelecendo um procedimento para que os tratados internacionais assumissem status constitucional. A inserção do referido dispositivo foi um retrocesso, apesar das posições doutrinárias que reconhecem caráter constitucional aos tratados de direitos humanos mesmo após a referida emenda sob o fundamento de que são constitucionais pura e simplesmente pela sua matéria.

Na comunidade internacional é unânime o posicionamento de que as normas internacionais de direitos humanos são normas imperativas de direito internacional geral, conhecidas como *jus cogens*, e, como tal, só podem ser derogadas ou modificadas por outra norma internacional de mesma natureza¹¹. Dessa forma, vai se consolidando a tese de que, vindo a ocorrer conflito entre normas internas e internacionais em matéria de direitos humanos, deve prevalecer a norma mais favorável ao sujeito de direitos, visto que a dignidade da pessoa humana é o centro de todo sistema jurídico.

As principais normas de proteção contra o trabalho em condições análogas à escravidão

A Lei Bill Aberdeen, de 1845, aprovada pelo parlamento inglês, foi um marco para o combate à escravidão. No final do século XIX a proibição internacional da escravidão foi consolidada no Ato

¹¹COMPARATO, op. cit., p. 75.

Geral da Conferência de Berlim de 1885. A Organização Internacional do Trabalho foi instituída por meio do Tratado de Versalhes de 1919 e complementada, em 1944, pela Declaração de Filadélfia. A partir de sua instituição, foram elaboradas diversas convenções e duas tratam do trabalho escravo: a Convenção n.º 29 de 1930, sobre trabalho forçado ou obrigatório, ratificada pelo Brasil em 1957, e a Convenção n.º 105 de 1957, sobre abolição do trabalho forçado, ratificada pelo Brasil em 1965. No âmbito das Nações Unidas foram elaboradas a Convenção sobre a escravatura de 1926 e a Convenção suplementar sobre a abolição da escravidão, tráfico de escravos e instituição e práticas semelhantes à escravidão de 1956, que ampliou a definição de escravidão, inserindo entre as práticas proibidas todas as condições análogas à escravidão, como a servidão e a servidão por dívidas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também salvaguarda o direito de não ser submetido à escravidão ou servidão e proíbe a escravidão e o tráfico de escravos em todas as suas formas. Esse instrumento internacional protege o direito de todas as pessoas de não serem submetidas a tratamento cruel, desumano ou degradante. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, traz proibição expressa à escravidão, ao tráfico de escravos, à servidão e à execução de trabalhos forçados ou obrigatórios (art. 8). A Organização Internacional do Trabalho (OIT) elaborou a Convenção n.º 182/1999, que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e sobre ações imediatas para a sua eliminação e elenca o trabalho escravo e em condições análogas à escravidão como uma das piores formas de trabalho infantil.

No âmbito regional, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 inclui o direito de toda pessoa ao trabalho e a condições dignas, o direito à justa remuneração e ao descanso. O Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, proibiu expressamente a escravidão, a servidão e o tráfico de escravos e de mulheres e o direito de não ser constrangido a executar trabalhos forçados ou obrigatórios. Em 1988 foi elaborado o Protocolo adicional à convenção americana em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, que estabeleceu o direito ao trabalho e a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho.

No Brasil, a relação escravagista se deu, principalmente, no período colonial. O movimento abolicionista iniciou no século XIX, mas, infelizmente, teve mais fulcro econômico do que humanista. Foi editada, em 1850, a primeira lei de combate ao trabalho escravo, que proíbe o tráfico de escravos no Brasil. E com a promulgação da Lei Áurea, em 1888, foi abolida a escravidão. Em 1998, a Lei 9.777 alterou os artigos 203 e 207 do Código Penal e representou um avanço para o combate ao trabalho em condições análogas à escravidão. A Lei ampliou as hipóteses de caracterização do crime de fraude a direitos trabalhistas incluindo a coação por retenção de documentos e o *trucksistem*, e do crime de aliciamento de trabalhadores no território nacional com vistas a combater a atuação dos aliciadores. Em 2002, houve alteração na lei do seguro-desemprego para conceder o benefício aos trabalhadores que fossem resgatados de trabalhos em condições análogas à escravidão. Em 2003, foi elaborado o primeiro Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo. O segundo Plano foi lançado somente no ano de 2008. Ainda em 2003, é criada a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), para promover o planejamento conjunto entre Estado e sociedade civil organizada e monitorar ações que tenham como escopo a erradicação do trabalho escravo. Em 2004 o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) (Portaria MTE 540/2004) instituiu a lista suja de exploradores de trabalho escravo. O rol é atualizado pelo MTE periodicamente e as pessoas físicas e empresas que o integram sofrem restrições fiscais. Em 2005 é criado o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho escravo em que grandes empresas e multinacionais se

comprometem a impor uma série de restrições a empresas fornecedoras de matéria-prima que tenham explorado o trabalho em condição análoga à escravidão. A Lei número 10.803, de 11 de dezembro de 2003, alterou o artigo 149 do Código Penal, e, com a nova redação, se aproximou mais à realidade enfrentada no combate ao trabalho em condições análogas à escravidão e tipifica como crime a submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, a sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho e a restrição da sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Incorre no mesmo crime aquele que cerceia o uso de qualquer meio de transporte pelo trabalhador, que mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador com a finalidade de retê-lo no local de trabalho. O artigo 243, da CF prevê a expropriação de propriedades rurais ou urbanas em que for localizada a exploração de trabalho escravo¹².

A questão do trabalho escravo no Brasil e sua relação com casos de violação a essa proibição levados ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O Caso José Pereira, que tramitou exclusivamente perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e teve como resultado uma solução amistosa, será o primeiro a ser analisado. José Pereira Ferreira, adolescente com 17 (dezessete) anos de idade, em 1989, foi vítima de trabalho escravo, na Fazenda Espírito Santo, na cidade de Sapucaia, localizada no sul do estado do Pará. Em setembro de 1989, quando tentou fugir da fazenda, junto com outra vítima do trabalho escravo, foi vítima de uma tentativa de homicídio. Ele e outro trabalhador da fazenda caminharam durante muitas horas e então foram encontrados pelos guardas, que atiraram nos dois trabalhadores. José Pereira foi atingido na região do olho, mas sobreviveu. José Pereira formalizou a denúncia quando foi para Belém fazer um tratamento no olho, procurou a Polícia Federal e denunciou as práticas de trabalho escravo que aconteciam na Fazenda Espírito Santo. Em consequência, acompanhou a diligência realizada pela Polícia Federal na referida fazenda e quando lá chegaram encontraram 60 (sessenta) trabalhadores em condições de trabalho análogas à escravidão, sendo que os responsáveis pela fazenda já haviam fugido.

Em dezembro de 1994, as organizações não governamentais Américas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil, denunciando a situação de trabalho escravo descrita acima e alegando que o Estado brasileiro violara o direito à vida e o direito à justiça na Fazenda Espírito Santo, no Sul do estado do Pará. Com base nos fatos descritos acima, as petionárias aduziram que o Brasil violou os artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade pessoal), XIV (direito ao trabalho e a uma justa remuneração) e XXV (direito à proteção contra a detenção arbitrária) da Declaração Americana de Direitos Humanos; e os artigos 6 (proibição de escravidão e servidão); 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), em conjunção com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos elencados na convenção), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹³.

Em 24 de fevereiro de 1999 a Comissão aprovou relatório de admissibilidade e mérito, responsabilizando o Brasil pela violação de diversos dispositivos da Declaração e da Convenção

¹²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

¹³COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório n.º 95/03. Caso 11.289. Solução amistosa. José Pereira. Brasil, 24 de outubro de 2003. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017.

Americana de Direitos Humanos, fazendo várias recomendações ao Estado. Em março do mesmo ano tal relatório foi enviado ao Estado brasileiro para que fossem tomadas as providências necessárias no prazo de 02 (dois) meses. Posteriormente, por iniciativa da Comissão, iniciou-se processo de solução amistosa e, em 14 de outubro de 2003, as partes apresentaram à Comissão o acordo entabulado entre elas, assinado no dia 18 de setembro de 2003 em Brasília. No teor do acordo constava o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado em relação ao caso específico de trabalho escravo narrado e também o comprometimento de criar uma comissão para erradicação do trabalho escravo no Brasil. Trata-se da Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), que foi criada por Decreto presidencial de 31 de julho de 2003¹⁴. O Estado brasileiro também se comprometeu a dar seguimento nas investigações e nos mandados de prisão expedidos contra os acusados de ter cometido crimes contra José Pereira. Sobre as medidas indenizatórias, ficou estabelecido que o Estado pagaria uma indenização a título de danos materiais e morais no valor de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) a José Pereira, montante que foi pago a ele em 25 de agosto de 2003, quase catorze anos após as violações de direitos humanos sofridas por ele.

Quanto às medidas de prevenção, elas se subdividiram em medidas legislativas, medidas de fiscalização e repressão do trabalho escravo e medidas de sensibilização contra o trabalho escravo. Dentre as medidas legislativas, o Estado se comprometeu a fazer as alterações das leis propostas no primeiro Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Por fim, também ficou estabelecido que o Estado brasileiro se comprometeria a determinar que a competência para julgamento das ações que versassem sobre o crime de redução à condição análoga à escravidão fosse de competência federal.

No tocante às medidas de fiscalização e repressão do trabalho escravo, o Estado se comprometeu a fortalecer o Ministério Público do Trabalho, promover a observância e aplicação efetiva da legislação já existente sobre o tema, fortalecer o grupo móvel do Ministério do Trabalho e Emprego, fiscalizar o Poder Judiciário para garantir que os autores do crime de redução à condição análoga à escravidão fossem punidos; revogar, por meio de atos administrativos, o Termo de Cooperação existente entre o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e proprietários de fazendas; fortalecer a Divisão de Repressão ao Trabalho Escravo e de Segurança dos Dignatários - DTESD, criada no âmbito do Departamento da Polícia Federal por meio da Portaria - MJ N° 1.016, de 4 de setembro de 2002, de maneira a dotá-la com fundos e recursos humanos adequados para melhorar o cumprimento das funções da Polícia Federal nas ações relacionadas às denúncias de trabalho escravo. Em relação às medidas de sensibilização, ficou acordado que o Brasil realizaria uma campanha nacional de sensibilização contra a prática do trabalho escravo com enfoque particular no Estado do Pará. Durante esta campanha, também se estabeleceu que se daria publicidade aos termos do acordo firmado entre o Estado e as petionárias.

O outro caso a ser destacado foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que é o primeiro caso sobre trabalho escravo julgado por tal órgão, o que permitiu a consolidação de sua jurisprudência a respeito do tema. A Fazenda Brasil Verde está localizada no sul do estado do Pará, no município de Sapucaia, tem área total de 1.780 (mil setecentos e oitenta) alqueires e destina-se à pecuária. Os fatos levados a julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

¹⁴BRASIL. Decreto de 31 de julho de 2003. Cria a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo - CONATRAE. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 7, 1 ago. 2003. (Seção 1).

aconteceram entre os anos de 1988 a 2000.

Em 1988, familiares dos adolescentes Iron Canuto da Silva e de Luís Ferreira da Cruz, acompanhados de membros da Comissão Pastoral da Terra e da Diocese de Conceição do Araguaia, apresentaram à Polícia Federal denúncia de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde e também de desaparecimento forçado dos adolescentes. Nesta mesma oportunidade, Adailton Martins dos Reis, vítima do trabalho escravo na fazenda em comento e que conseguiu fugir, denunciou as condições degradantes que eram impostas a ele e aos demais trabalhadores. Afirmou que foi trabalhar na Fazenda Brasil Verde acreditando na proposta feita a ele de condições de trabalho e salários melhores. Afirmou que quando chegou à fazenda foi colocado para roçar juquira e passou a morar em uma casa, que não tinha a menor condição de sobrevivência, junto com sua mulher e seus filhos. Relatou que não recebeu nenhum dinheiro por seus serviços durante todo o tempo que ali permaneceu e quando precisou de remédios, teve que vender vários pertences seus aos administradores da fazenda e ainda ficou devendo. Disse que quando decidiu deixar o local, não lhe foram fornecidos os meios necessários para tanto. Acrescentou que todos os trabalhadores passam muita fome, são humilhados e sofrem com a vigilância ostensiva da fazenda¹⁵.

A partir de então foram feitas diversas fiscalizações na Fazenda Brasil Verde e, em todas elas, várias irregularidades foram verificadas, incluindo a redução dos trabalhadores a condição análoga à escravidão, crime pelo qual foi denunciado o gerente da fazenda. A última fiscalização ocorreu no ano de 2000 e, graças a ela, o Ministério do Trabalho e a Polícia Federal constataram a prática de trabalho escravo no local e todos os trabalhadores ali encontrados manifestaram o desejo de regressar à sua cidade de origem.

Em decorrência das irregularidades, das sérias violações de direitos humanos e trabalhistas e também da ocorrência de infrações penais na Fazenda Brasil Verde, foram instaurados processos perante a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal. Na Justiça do Trabalho, instaurou-se uma ação civil pública que culminou em um acordo entre o Ministério do Trabalho e o proprietário da fazenda, João Luiz Quagliato Neto, sendo que o procedimento foi arquivado em 2002, pelo fato do Ministério do Trabalho ter entendido que os termos do acordo foram cumpridos. Quanto ao processo penal instaurado para averiguar e punir os responsáveis pelos crimes cometidos na Fazenda Brasil Verde, este foi proposto perante a Justiça Federal que, por sua vez, declinou a competência para a Justiça Estadual e a partir de então não se teve mais notícias do processo.

Os trâmites do caso em análise junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos tiveram início em 12 de novembro de 1998, quando a petição enviada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) denunciando a prática de trabalho em condições análogas à escravidão na Fazenda Brasil Verde e as violações a direitos elencados na Declaração Americana de Direitos Humanos e na Convenção Americana de Direitos Humanos foi recebida por tal órgão internacional de proteção aos direitos humanos. A Comissão, então, fez uma série de recomendações ao Brasil e, após a realização de fiscalizações para verificar o cumprimento de tais recomendações e diante da falta de informação por parte do Brasil a respeito de avanços no cumprimento delas, a Comissão considerou que não foram cumpridas as recomendações feitas. Dessa forma, em 04 de março de 2015, a Comissão submeteu o caso à apreciação da Corte, com o fim de que tal órgão declarasse a responsabilidade

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso n.º 12.066/15*. Sentença de 20 de outubro de 2016. p. 33.

internacional do Brasil pelas violações de direitos já mencionadas acima e que estabelecesse, como medidas de reparação, as mesmas recomendações feitas pela Comissão.

A Corte definiu o conceito atual de escravidão, tomando por base a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros diplomas pertencentes ao direito internacional. Deliberou que a escravidão não se fundamenta exclusivamente na propriedade sobre determinada pessoa, mas se coaduna com outros dois elementos, quais sejam, o estado ou condição de um indivíduo e o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade sobre a pessoa, a ponto de que ela perca a sua própria personalidade em decorrência do controle e domínio exercidos pelo escravizador. Destacou que o estado ou condição decorre tanto da situação de direito quanto de fato, não sendo necessário que exista uma definição legal para que o fenômeno da escravidão se caracterize. Quanto ao elemento “exercício de algum dos atributos da propriedade”, a Corte definiu que, no fenômeno da escravidão, ele deve ser entendido como posse, “como o controle exercido sobre uma pessoa que lhe restrinja ou prive significativamente de sua liberdade individual, com intenção de exploração mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojamento de uma pessoa”, sendo obtido por meio da violência, coação ou fraude. Também considerou como atributos do direito de propriedade, a ocorrência dos seguintes elementos: restrição ou controle da autonomia individual; perda ou restrição da liberdade de movimento; obtenção de um benefício por parte do escravizador; ausência de consentimento da vítima, ou até mesmo a impossibilidade de exercê-lo devido ao uso de ameaça, violência, outras formas de coerção, fraude ou falsas promessas; uso de violência física ou psicológica; posição de vulnerabilidade da vítima; detenção ou cativeiro e exploração¹⁶.

Para a Corte, a absoluta proibição da escravidão e o seu conceito evoluíram muito ao longo dos anos, de maneira que hoje tal conceito abarca também formas análogas. Dessa forma, a servidão deve ser entendida como uma forma de trabalho análoga à escravidão, sendo igualmente proibida, nos termos do artigo 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e deve ser interpretada como “a obrigação de realizar trabalho para outros, imposto por meio de coerção, e a obrigação de viver na propriedade de outra pessoa, sem a possibilidade de alterar essa condição”¹⁷. A Corte também considerou o trabalho forçado ou obrigatório como forma análoga à escravidão.

Dessa forma, a Corte chegou à conclusão, no tocante à fiscalização realizada no ano 2000, de que todas essas violações de direitos humanos realmente foram perpetradas na Fazenda Brasil Verde. Referido órgão julgou que a escravidão tem caráter pluriofensivo, pois, ao ser submetida à escravidão, a pessoa tem diversos direitos individuais violados, tais como o direito à personalidade jurídica, integridade pessoal, liberdade pessoal, honra, dignidade e também ao direito de circulação e residência. Diante de tudo o que foi exposto, a Corte concluiu que o Brasil violou o direito de não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, previsto no artigo 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar direitos sem qualquer discriminação), 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 11 (proteção da honra e da dignidade) e 22 (direito de circulação e de residência) do mesmo instrumento, em prejuízo dos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000 na Fazenda Brasil Verde. A Corte também concluiu que o Estado violou o

¹⁶CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 71-72.

¹⁷Ibid., p. 74.

¹⁸Ibid., p. 90.

artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos (direitos da criança)¹⁸.

A respeito dos processos instaurados a partir da fiscalização de 1997, a Corte concluiu que o Estado violou os direitos previstos nos artigos 8.1 (garantias judiciais) em relação ao artigo 1.1 (obrigação de respeitar direitos), ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois o Estado, através de suas autoridades judiciais, não observou a diligência necessária para a resolução judicial do caso e responsabilização das pessoas que perpetraram as violações de direitos humanos contra os trabalhadores da Fazenda Brasil Verde¹⁹.

A efetividade da proteção judicial também não foi observada. Conforme o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o artigo 25.1 do Pacto de São José da Costa Rica prevê que é obrigação de todos os Estados-partes oferecer a todas as pessoas sob a sua jurisdição efetivo recurso judicial contra atos de violação de direitos. Além disso, mais do que expressa previsão desse recurso no ordenamento jurídico interno, ele deve ser dotado de efetividade, ou seja, deve fornecer resultados às violações de direitos e, ainda, meios para garantir a sua execução.

No tocante à fiscalização ocorrida no ano 2000, foram iniciadas uma ação civil pública e uma ação penal. A ação civil pública culminou em um acordo em que o proprietário da Fazenda Brasil Verde se comprometeu a não admitir e nem permitir o trabalho em condições análogas à escravidão e proporcionar condições dignas de trabalho às pessoas que empregasse em sua fazenda, sob pena de multa. Todavia, tal acordo não levou em conta os trabalhadores que foram vítimas do trabalho escravo, nada prevendo sobre a reparação dos danos causados a eles. Quanto à ação penal iniciada também como consequência da fiscalização ocorrida no ano 2000, o Estado não conseguiu obter qualquer informação ao seu respeito, demonstrando total desídia em relação a ela. Tendo em vista que os procedimentos iniciados internamente não analisaram o mérito da questão em tela, não determinaram responsabilidades e nem puniram os responsáveis, não forneceram mecanismos de reparação às vítimas e não foram impactantes no tocante à prevenção e interrupção de violações aos direitos das vítimas, a Corte concluiu pela total ineficácia dos procedimentos descritos

A Corte considerou incompatível com o direito internacional e com as obrigações assumidas internacionalmente pelo Brasil, a aplicação do instituto da prescrição ao processo penal iniciado a partir da fiscalização de 1997. Ressaltou que a aplicação da prescrição representou um obstáculo à investigação, punição dos acusados e, principalmente, reparação dos danos sofridos pelas vítimas, desconsiderando totalmente o caráter de delito de direito internacional que possui a escravidão e suas formas análogas, bem como o fato da proibição à escravidão ser uma norma de *jus cogens*.

A Corte concluiu que o Brasil violou o direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos sem discriminação) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) do mesmo diploma, em detrimento dos trabalhadores encontrados na Fazenda Brasil Verde nas fiscalizações de abril de 1997 e março de 2000. Além disso, em relação a Antônio Francisco da Silva, menor de 18 (dezoito) anos na data dos fatos, também houve a violação do artigo 19 (direitos da criança) da Convenção.

A Corte declarou, em sentença proferida em 20 de outubro de 2016, que o Brasil é responsável pela violação do direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, previsto no artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos sem discriminação), 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 5

¹⁹Ibid., p. 93-95.

(direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 11 (proteção da honra e da dignidade) e 22 (direito de circulação e de residência) do mesmo diploma, em prejuízo dos trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000 na Fazenda Brasil Verde. Ademais, em relação a Antônio Francisco da Silva, a mesma violação descrita acima ocorreu em relação ao artigo 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por ele ser criança no momento dos fatos. Declarou que o Estado é responsável por violar as garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável para a conclusão do processo, estabelecidas no artigo 8.1 (garantias judiciais) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo dos 43 trabalhadores da Fazenda Brasil Verde encontrados durante a fiscalização de 23 de abril de 1997, e por violar o direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção em relação aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos sem discriminação) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) do mesmo diploma em prejuízo dos 43 trabalhadores encontrados durante a fiscalização de 23 de abril de 1997 e dos 85 trabalhadores encontrados durante a fiscalização de 15 de março de 2000²⁰.

Por fim, de acordo com o artigo 63.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte estabeleceu as reparações aos direitos que declarou violados. Estabeleceu que o Estado deverá iniciar, com a devida diligência, as investigações e processos penais decorrentes dos fatos descobertos por meio da fiscalização de março de 2000 e reiniciar ou reconstituir o processo que se iniciou na justiça federal de Marabá e não chegou ao fim e o Estado e as partes nem sequer souberam informar qual o seu desfecho. Da mesma forma, estabeleceu que o Brasil deverá implementar as medidas internas necessárias para que o instituto da prescrição não seja aplicado ao crime de escravidão e suas formas análogas, por ser um delito de direito internacional e constituir uma norma que deve ser observada e respeitada por todos os Estados. Quanto ao montante indenizatório, a Corte estabeleceu que o Brasil deverá pagar, a título de dano imaterial, a quantia de US\$ 30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos 43 (quarenta e três) trabalhadores da Fazenda Brasil Verde que foram encontrados durante a fiscalização de 23 de abril de 1997 e a soma de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos 85 trabalhadores da Fazenda Brasil Verde que foram resgatados durante a fiscalização de 15 de março de 2000²¹.

Diante de tudo o que foi exposto sobre o caso da Fazenda Brasil Verde e diante da sentença emanada pela Corte em relação a este caso, é válido ressaltar que, conforme já foi explicado neste trabalho, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos é expresso, no artigo 68, item 1 da Convenção Americana, o dever de todo Estado responsabilizado por violação a direito nela elencado, cumprir integralmente o conteúdo da sentença proferida pelo órgão competente. Da mesma forma, o princípio da boa-fé, que vigora na ordem internacional, vincula os Estados a cumprirem de forma integral as decisões proferidas pelos mecanismos de proteção aos direitos humanos existentes no sistema interamericano.

Resultados

Desde 1995, quando o Brasil reconheceu, diante da comunidade internacional, a existência de trabalho escravo em seu território e se comprometeu a adotar medidas para a sua erradicação, muitas foram as etapas e fases para o enfrentamento a essa espécie de violação a direitos humanos e pode-se dizer que grandes foram os avanços. Todavia, nos últimos anos houve e há uma forte

²⁰ Ibid., p. 122-123.

²¹ Ibid., p. 123-124.

tendência ao retrocesso no combate à escravidão, pois há carência de recursos humanos e financeiros ao Ministério do Trabalho, o que dificulta a realização das fiscalizações que demandam certa quantidade de funcionários e também bastante dinheiro. Além disso, também existem inúmeros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que tendem a reduzir o conceito de trabalho escravo, dificultar a expropriação de terras em que for flagrada a utilização de mão de obra em condições análogas à escravidão, bem como reduzir direitos que foram conquistados ao longo dos anos e que são tão caros à sociedade como um todo, mas principalmente a todos os que dependem de sua força de trabalho.

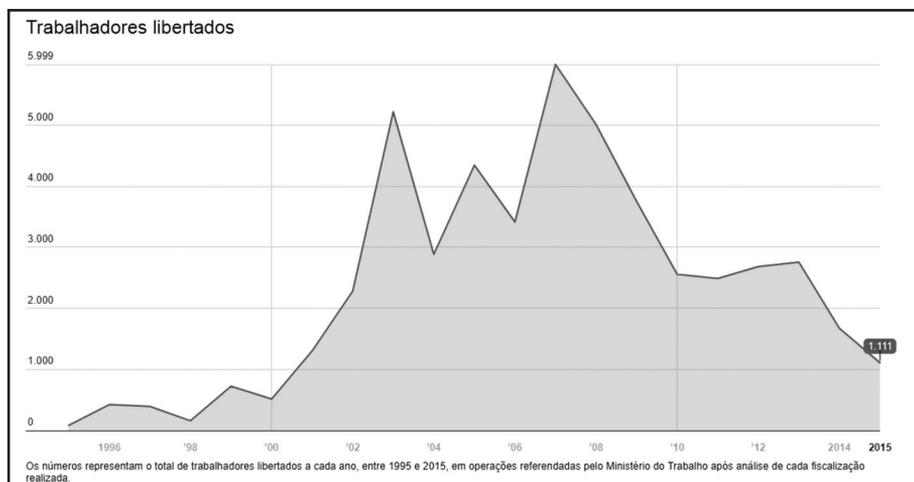
De acordo com dados do Ministério do Trabalho e Emprego, de 1995 até os dias de hoje, mais de 47 mil trabalhadores foram resgatados de condições análogas à escravidão, sendo que 95% desses trabalhadores são do sexo masculino, 83% têm idade entre 18 e 44 anos, 33% são analfabetos e 39% estudaram apenas até a quarta série do ensino fundamental, o que denota a vulnerabilidade desses trabalhadores, que acabam acreditando em falsas promessas de trabalho e acabam sendo submetidos a condições desumanas e degradantes de trabalho. Ademais, os dados demonstram que a imensa maioria dos casos de trabalho escravo se dá no âmbito rural, que totaliza 73% desses casos, somando-se agricultura e pecuária.

Dessa forma, é evidente que a realidade enfrentada por José Pereira e pelos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde é algo mais comum do que se pensa, vez que milhares de pessoas passam pela mesma situação todos os dias, principalmente no meio rural. Todavia, a palavra comum não pode ser sinônimo de algo que é aceito com naturalidade pela sociedade, pois a escravidão contemporânea deve ser combatida mais energicamente a cada dia. Por isso, projetos de lei que tendam a abrandar o conceito de trabalho escravo e dificultar a realização de procedimentos de punição aos perpetradores desse crime tão grave contra os direitos humanos devem ser rechaçados. Exemplos de projetos de lei nesse infeliz sentido é o projeto de número 3.842/2012, que visa alterar o artigo 149 do Código Penal, reduzindo o conceito de trabalho escravo, que seria tipificado apenas se o trabalhador fosse submetido a trabalhos forçados ou obrigatórios mediante ameaça, coação ou violência ou, em razão de dívida contraída com o empregador, tivesse sua liberdade de locomoção restringida; o projeto de número 432/2013, do Senado Federal, que, em sua redação original, tem o escopo de regulamentar o artigo 243, da Constituição Federal, com a redação dada pela emenda constitucional 81/2014, estabelecendo o procedimento a ser adotado para a expropriação de terras em que for flagrada a exploração de trabalho em condições análogas à escravidão, bem como do confisco dos bens utilizados para tal prática, bem como estabelecer um conceito de trabalho escravo diferente do atualmente adotado pelo Código Penal para a finalidade específica da expropriação de terras; e o projeto de número 6.442/2016, que pretende revogar a atual lei que regula o trabalho rural (Lei n.º 5.889, de 1973) instituindo novas normas para se regular este tipo de trabalho e que, em consequência, traz uma série de retrocessos quando permite jornadas de trabalho de até doze horas, trabalho durante dezoito dias para então gozar do descanso semanal remunerado, a possibilidade de recebimento de salário ou remuneração de qualquer espécie, dentre outros.

Ademais, ao lado dessa atividade legislativa tendente a reduzir conceitos tão elogiados pela doutrina dos direitos internacionais está a falta de recursos humanos e financeiros enfrentada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, o que dificulta a realização das fiscalizações e, por via de consequência, o resgate de trabalhadores que se encontram reduzidos a condições de trabalho análogas à escravidão.

O Gráfico 1 mostra uma queda no número de trabalhadores resgatados nos últimos anos, todavia, tal fato não deve ser encarado positivamente, pois decorre mais das dificuldades enfrentadas no combate ao trabalho em condições análogas à escravidão do que à redução dessa prática abominável.

Gráfico 1 – Trabalhadores libertados entre 1995 e 2015



Considerações finais

Ante todo o exposto, resta claro que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mormente Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, tiveram e continuam tendo papel fundamental na proteção dos direitos humanos como um todo e principalmente nos casos ora estudados, pois foi a partir do sistema regional internacional de proteção aos direitos humanos que as principais medidas internas foram tomadas para o efetivo combate ao trabalho em condições análogas à escravidão.

Todavia, inúmeras são as dificuldades que ainda precisam ser enfrentadas, a começar pelo já conhecido mau uso do dinheiro público que comumente é retirado dos setores que mais precisam para enriquecer (ilicitamente) a parcela da população que detém o poder.

Além disso, qualquer projeto de lei que vise o retrocesso nas políticas de combate ao trabalho em condições análogas à escravidão deve ser combatido, não só por representar o interesse de poucos, dos detentores do capital e dos grandes latifúndios, em detrimento da população menos favorecida, que depende de sua força de trabalho, mas também porque a dignidade da pessoa humana e o princípio da vedação ao retrocesso ditam que as normas que garantam direitos fundamentais, sejam eles sociais ou não, não podem ser suprimidas ou restringidas.

Portanto, o Brasil e os países em geral que assumam obrigações por meio de tratados internacionais e que reconheçam a competência de órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, devem primar pelo cumprimento de acordos e sentenças proferidas por tais órgãos, vez que nenhuma norma de direito interno pode elidir a responsabilidade assumida internacionalmente por um Estado. Ademais, para dar mais força às decisões proferidas pelos órgãos em comento, os tribunais nacionais devem observar a interpretação dos direitos humanos por eles fornecida e assim contribuir para a eficácia cada vez maior dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.

De mais a mais, estabelecer punições mais severas aos Estados que descumprem recomendações de órgãos internacionais seria um caminho interessante para combater a desídia comumente demonstrada pelo Estado no trato das questões relativas aos direitos humanos. No caso José Pereira, ficou claro que muitos foram os esforços do Brasil para cumprir os pontos do acordo, todavia, com o passar dos anos, as determinações foram perdendo força e até hoje várias estão pendentes de cumprimento. O caso da Fazenda Brasil Verde, por fim, representa o retorno da esperança no combate ao trabalho em condições análogas à escravidão e espera-se que, sob os “olhos” da Corte Interamericana de Direitos Humanos, muitas medidas retrógradas para o combate a essa violação de direitos humanos sejam “esquecidas” e, por outro lado, outros avanços possam se fazer possíveis.

Referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto de 31 de julho de 2003. Cria a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo - CONATRAE. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 7, 1 ago. 2003. (Seção 1).
- BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 17.097, 5 nov. 1945. (Seção 1).
- BRASIL. Decreto no 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 12, 31 dez. 1999. (Seção 1).
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório n.º 95/03*. Caso 11.289. Solução amistosa. José Pereira. Brasil, 24 de outubro de 2003. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brazil.11289.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso n.º 12.066/15. Sentença de 20 de outubro de 2016.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 2001.

Obras consultadas

- BRASIL. Decreto n.º 3.597 de 12 de setembro de 2000. Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 4, 13 set. 2000. (Seção 1).

- BRASIL. Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 3, 26 set. 2002. (Seção 1).
- BRASIL. Decreto n.º 41.721 de 25 de junho de 1957. Promulga as convenções internacionais do trabalho, de números 11, 12, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 99, 100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p.16.338, 28 jun. 1957. (Seção 1).
- BRASIL. Decreto n.º 58.822, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 105 concernente à abolição do trabalho forçado. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 8.092, 20 jul. 1966. (Seção 1).
- BRASIL. Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966. Promulga a Convenção sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 5.987, 3 jun. 1966. (Seção 1).
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 23.911, 31 dez. 1940. (Seção 1).
- BRASIL. Lei n.º 10.706 de 30 de julho de 2003. Autoriza a União a conceder indenização a José Pereira Ferreira. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 1, 31 jul. 2003. (Seção 1).
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 30. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NOGUEIRA, C. V. *et al.*; Recentes avanços legislativos no combate à escravidão. *Revista de direito do trabalho*, v. 158, ano 40, p. 3-20, jul./ago. 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A verdade e a prova no processo civil: análise da construção da verdade no processo e da atuação instrutória à luz do sistema da apreciação das provas e do livre convencimento motivado

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Doutorando no programa de doutorado em Filosofia do Direito da PUC-SP. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil e pós-graduado em direito de família e sucessões pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ASHELEY SHIRLEY DA SILVA

BÁRBARA SOARES GIUS

BRUNO FERREIRA DA SILVA

CAMILA LEMOS PUYDINGER

CARINA ALAMINO TRIDA

CAROLINE DA SILVA JACOB

DAIALY BORDINI UJAQUE

MARCUS VINÍCIUS DOS SANTOS NOVAES

THALES HENRIQUE DOS SANTOS

THAYSE MASTROCOLA SOARES

Graduandos em Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: Este artigo aborda a construção da verdade a partir das disposições legislativas processuais vigentes, concernentes à produção de provas, atividade cognitiva do julgador e a partir da perspectiva do livre convencimento. Diferentemente da codificação processual anterior, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe nova roupagem para a marcha processual, cuja atuação do julgador passou a se pautar a trazer aos autos, por meio da atividade cognitiva, o que se denomina na comunidade jurídica como verdade “real”, que muitas vezes foi achincalhada diante da rigidez processual de outrora. Em contraponto, tal atuação pode ter alguns freios, como a aparente mitigação do “livre convencimento”. Dentro desse cenário, o presente trabalho visa abordar a busca pela verdade formal a partir da nova legislação processual.

Palavras-chave: Verdade real. Atuação do julgador. Livre convencimento motivado.

Abstract: This article deals with the construction of truth based on current procedural laws, concerning the production of evidence, cognitive activity of the judge and from the perspective of free conviction. Unlike the previous procedural codification, the Code of Civil Procedure of 2015 brought a new guise for the procedural march, whose performance of the judge began to bring to the record, through cognitive activity, what is denominated in the legal community as truth “real”, “which was often tarnished by the procedural rigidity of the past. In contrast, such action may have some restraints, such as the apparent mitigation of “free will”. Within this scenario, the present work aims to approach the search for the formal truth from the new procedural legislation.

Keywords: Real truth. Judge’s performance. Free motivated convincing.

Introdução

Sem a intenção conceituar o que é a verdade, este trabalho tem como objetivo tão somente tecer considerações sobre a construção da realidade fática nos autos, a partir da atividade cognitiva tocada pelo julgador, pelos meios de provas existentes, em busca da denominada “verdade real”.

A legislação processual vigente traz nova perspectiva para a apreciação do mérito, somando todos os esforços para sua resolução, preocupando-se cada vez menos com os aspectos formais do processo, de modo a eliminar os julgamentos que sacrificaram diversas demandas por privilegiar formalismos muitas vezes exacerbados.

Não se quer dizer que a formalidade seja um mal dentro do sistema procedimental. Ela visa a garantia do devido processo legal, para evitar as arbitragens do Estado e para nortear a atuação das partes e do julgador, para que se possa discutir o direito. O que se denuncia nesta introdução é o excesso de rigidez, às vezes injustificada, que impedia a análise do mérito da demanda.

Essa foi a preocupação do legislador: permitir a análise de mérito, buscando-se trazer aos autos a verdade real.

Nesse sentido, além de flexibilizar o procedimento, novos meios de provas surgiram, muito por conta dos avanços tecnológicos consubstanciados em aparelhos que permitem registrar eventos humanos com clareza, além de permitirem ao cartorário registrar determinada situação por meio de atas.

Além disso, a legislação conferiu ao magistrado uma atuação mais ampla para se buscar esclarecimentos de determinados pontos controvertidos.

Todavia, mesmo diante desses avanços, o legislador parece ter colocado um freio no que diz respeito ao “convencimento” do magistrado, retirando a expressão “livre”. Ao que parece, numa primeira leitura, a intenção é justamente evitar o abuso dessa prerrogativa de liberdade de julgar para conduzir o julgamento a partir da análise de toda a construção probatória.

É a partir dessas colocações que este trabalho se concentrará: diante de uma série de flexibilizações procedimentais, dos novos modelos probatórios e de uma ampla atuação do julgador, a verdade real tem mais possibilidades de ser buscada; entretanto, a formação do convencimento do julgador não pode ser totalmente livre sob pena de se cometer arbitrariedades.

Verdade real e verdade formal

A definição sobre o que é a verdade é, certamente, uma das maiores polêmicas da humanidade, razão pela qual o presente trabalho não ousa entrar em tal missão, alvo de discussão milenar de grandes filósofos.

Nesse sentido, importante ressaltar a brilhante lição de Moacyr Amaral Santos. Para discutir a verdade em sua vasta obra sobre o direito probatório, o autor apresenta o conceito de Malatesta sobre a verdade: “A verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade”¹. A partir daí, o jurista destrincha tal conceito:

Conceito da verdade relativa, não da verdade absoluta, sempre procurada, nunca alcançada. Se a verdade somente pode ser procurada e se apresentar através dos sentidos e da inteligência, compreende-se, logo, precários como são aqueles, insuficientes como é esta, a relatividade que deve presidir à conformidade da noção ideológica com a realidade. Exatamente por isso, a verdade varia no tempo e no espaço. A verdade – terra plana, de ontem – transformou-se na verdade – terra

¹MALATESTA apud SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 12.

redonda, de hoje; a verdade – a pena é uma vingança – se traduz na verdade – a pena é um método de regeneração para os povos civilizados.²

A verdade, portanto, tema de intenso debate, não será alvo deste trabalho. A abordagem da verdade residirá tão somente no campo do direito processual, que pode ser dividida em “formal” e “real”.

A legislação processual de 1973 não tinha grandes preocupações com a busca da verdade real ou “material”, diferentemente do processo penal, cujo norte é sempre a realidade dos fatos. No processo civil, em diversas ocasiões, o julgamento era baseado na ausência de formalidades de atos, de forma exacerbada. Daí pode-se extrair o que é a verdade “formal”, ou seja, é a decisão judicial que põe fim ao processo, num procedimento em que havia grande probabilidade da realidade fática não pode ser discutida diante de diversas formalidades.

Já a verdade real – *também conhecida por verdade absoluta ou material* – nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, é aquela “que supõe a perfeita correspondência entre a realidade e a ideia que dela se faz”³, ou seja, a verdade corresponde exatamente aos fatos, é absoluta e, por essa razão, de difícil verificação, por outro lado, a verdade formal, segundo os supracitados doutrinadores, “seria uma verdade limitada, própria de processos que trabalham com interesses disponíveis”⁴.

A partir da conceituação, percebe-se que o Novo Código de Processo Civil adotou a tendência pela busca da verdade real, diferentemente do Código anterior, que dava grande margem para a formal. É o que está positivado no artigo 4º, do Código de Processo Civil, onde “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Posta como norma fundamental, a primazia da resolução do mérito é um dos pilares da nova legislação processual.

De outro lado, o artigo 7º do mesmo Código incutiu, entre as normas fundamentais do processo, a isonomia processual, com o intuito de que a paridade de tratamento seja o meio que garanta a persecução do verdadeiro fim de um processo. Além disso, o dispositivo em comento também ampliou consideravelmente os poderes do julgador, uma vez que este poderá distribuir os ônus processuais a fim de garantir a isonomia material.

A ideia de cooperação relacionada à prova está intimamente ligada à valorização do poder instrutório do juiz pelo legislador, uma vez que, a partir do NCPC, aquele tem a incumbência de determinar o suprimento de pressupostos processuais e saneamento de outros vícios, conforme disposto no artigo 139, inciso I, além de poder, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos legais, determinar que o autor a emende ou complemente (art. 321).

Além disso, o juiz também pode distribuir dinamicamente o ônus da prova, conforme se depreende do artigo 373, §1º, quando houver impossibilidade ou dificuldade excessiva em se cumprir o encargo, *onus probandi*, na forma do *caput* do dispositivo retro, sendo que referido artigo não possui correspondente no CPC/1973, oportunidade em que o legislador optou por uma regra estanque aplicada a todas as situações, de acordo com o artigo 333 da referida legislação, equivalente ao atual artigo 373, *caput* e incisos.

²Loc. cit.

³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 169.

⁴Loc. cit.

Com a oportunidade de distribuição dinâmica do ônus probatório, o legislador tentou por fim aos meios ardis de ocultar provas necessárias ao deslinde da lide por aqueles que não possuíam o ônus de provar determinado fato, uma vez que a parte que não se desincumbia de seu ônus probatório estava fadada à sucumbência no processo. Agora, o juiz pode distribuir ônus às partes de acordo com a capacidade e maior aptidão a provar a veracidade ou falsidade de determinada alegação, demonstrando, por isso, a tendência de busca da verdade real, mediante a valorização do poder instrutório do juiz, garantindo a isonomia material e a cooperação processual, chegando a uma decisão justa.

Eram vários os casos nos quais, na vigência do código anterior, que a sentença era de procedência ou improcedência, baseada na alegação de que a parte não comprovou determinado fato, mas tal situação somente ocorria porque a parte não tinha condições ou meios de provar, e o legislador buscou corrigir tal situação trazendo o dispositivo ora mencionado, parelho ao Código de Defesa do Consumidor.

As provas, dentro de um processo, têm a finalidade de reconstruir o fato sobre o qual pesa a controvérsia, a fim de que o juiz, exercendo o seu livre convencimento motivado, aprecie um direito de maneira justa, não arbitrária, considerando-se tudo o que foi evidenciado anteriormente quanto à busca pela verdade real inserida no Novo Código de Processo Civil.

Via de regra, o ônus probatório de determinado fato é da parte que alega, ressalvadas as hipóteses do artigo 374 que elenca os fatos que independem de prova. De acordo com o artigo 373 do NCPC, o ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto ao fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, contudo, o Novo Código inseriu a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova (artigo 373, §1º) anteriormente analisada. Além disso, o legislador estabeleceu que as partes poderão convencionar sobre o ônus da prova, exceto quando recair sobre direito indisponível ou quando tornar extremamente oneroso o exercício de um direito a uma das partes, segundo o artigo 373, §3º.

O Novo Código de Processo Civil permite, diferentemente do CPC/1973, a utilização de prova emprestada, de acordo com o artigo 372, ou seja, a utilização de prova produzida em outro processo. O juiz poderá também solicitar de ofício, ou a requerimento das partes, as provas que achar necessárias para o esclarecimento da demanda, possuindo poderes para indeferir aquelas provas que considerar inúteis ou de caráter meramente protelatório, desde que de maneira fundamentada, conforme preceitua o artigo 370 do NCPC.

A partir das novas regras processuais, a verdade real ganhou novos contornos para que seja alcançada.

Construção da verdade no processo pelas partes

A discussão do Direito e a demonstração por meio da dilação probatória é realizada através de procedimento que autorize tal atividade. Via de regra, o procedimento de conhecimento é o campo mais propício para tal exercício. Nesse ponto, o processo cognitivo é o ponto de partida para a compreensão finalística do direito processual civil. Verifica-se que o processo de conhecimento é instaurado com o objetivo de alcançar a tutela jurisdicional pleiteada pelo demandante para a satisfação de direitos. Para tanto, se faz necessário apresentar ao juiz da causa a ocorrência dos fatos que justifiquem a pretensão alegada.

Da mesma forma, o demandado será citado para tomar conhecimento da ação movida pelo

requerente e no momento oportuno poderá impugnar as alegações do autor, podendo inclusive, apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

Não obstante, é na fase cognitiva que se realiza a produção de provas. Nesta fase, ocorre a colheita dos depoimentos pessoais das partes e a oitiva das testemunhas, visando o esclarecimento do direito postulado em juízo, demonstrando ao magistrado se há ou não a efetiva adequação da situação fática ao direito tutelado pelo ordenamento jurídico.

Conclui-se que é no processo de conhecimento que as partes exercem o poder de convencimento e demonstram os fundamentos jurídicos que ensejam o intermédio da atividade jurisdicional para a obtenção de um direito material.

Dentro dessa atividade de busca pela verdade, a legislação prevê algumas condutas para as partes litigantes.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva é um princípio basilar que rege as relações jurídicas obrigacionais e visa estabelecer um padrão ético de conduta para as partes, portanto, trata-se de uma *norma* que proíbe condutas atentatórias ao Estado Democrático de Direito. Ademais, o princípio da boa-fé torna ilícitas as condutas processuais evadidas de má-fé. Assim, é uma norma ampla tomando-se a fonte dos demais deveres.

No que concerne os deveres das partes, registre-se por oportuno a previsão do art. 5º, do Novo Código de Processo Civil: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

O princípio da cooperação, que também pode ser denominado princípio da colaboração, positivado no direito processual civil, extraído dos princípios da boa-fé e do princípio do contraditório, estabelece que as partes devem atuar de forma a conduzir o processo para resolução do mérito, sem se portarem de maneira protelatória de modo a embaraçar a atividade jurisdicional.

Outrossim, o princípio da cooperação diz respeito às regras que precisam ser observadas pelo magistrado na condução de um processo. Logo, cabem ao juiz os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes.

Vale destacar a relevância de existir um elo entre todos os envolvidos no litígio, de forma a construir um diálogo entre as partes e o juiz da causa, objetivando, assim, atingir a finalidade social do processo.

Desta forma, a cooperação dos demandantes se refere, por exemplo, na apresentação de documentos quando solicitados pelo juízo, podendo subsistir quando pertinentes para apreciação de provas, bem como a observância de prazos processuais previstos em lei. Neste sentido, o art. 6º do CPC dispõe que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Ademais, no que tange a colaboração no processo, deve ser levada em conta que os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção.

A atuação do juiz na instrução para buscar a verdade no processo

A condução do processo é realizada pelo julgador, a quem o Estado confere determinados poderes. Vale dizer que a palavra “poder” “invariavelmente como “dever-poder”⁵. Embora a Lei 13.105/2015 tenha ampliado o rol de poderes dos magistrados no art. 139, a ênfase deve recair no

⁵BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 190.

dever, e não do poder, na medida em que claramente o poder só existe como meio direto, proporcional e exato para o cumprimento do dever. Os denominados deveres-poderes previstos nos incisos do art. 139 do CPC são medidas instrumentais para expor o direcionamento do processo.

Para conduzir o processo, o juiz deve se atentar a diversos princípios, sob pena de alijar o Estado Democrático de Direito. Um deles, basilar para o processo civil, concerne no princípio do Juiz Natural, também denominado “princípio da vedação dos tribunais de exceção”, tem por fundamento dois incisos do art. 5º da CF, XXXVII e LIII, os quais, respectivamente, prescrevem que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

O teor dos mencionados incisos tem por objetivo principal a garantia da imparcialidade do órgão judiciário, na medida em que a causa deve ser apreciada por órgão judicial que já exista no momento do litígio e que tenha sua competência preestabelecida pela CF e por lei, não havendo a possibilidade de escolher o juiz.

A Constituição Federal, portanto, cria e aceita determinados órgãos jurisdicionais para julgar determinados assuntos, determinadas pessoas e assim por diante, definindo qual será o “juiz natural” competente para atuar em determinadas lides. Trata-se, neste ponto, do “princípio da imparcialidade” que, embora não esteja previsto expressamente na Carta Cidadã, é entendido pela doutrina como decorrência do “princípio do juiz natural”, de modo que a pessoa natural que ocupa o cargo de magistrado no órgão competente para julgamento deve ser imparcial, agindo de maneira indiferente em relação ao litígio.

Assim, o princípio da imparcialidade, que decorre do princípio do juiz natural, é norma fundamental para a construção do processo civil dentro de um Estado Democrático de Direito, através do qual o Juiz deve ser imparcial na condução do processo, sob pena de transformar a prestação jurisdicional em verdadeira arbitragem sobre o indivíduo.

Vale destacar que o Código de Processo Civil prevê um procedimento para a garantia da imparcialidade, tutelando dois institutos importantíssimos: impedimento e suspeição.

Com efeito, os magistrados no exercício da função pública devem exercer a denominada “vontade funcional”, com total imparcialidade, ainda que não coincida com suas vontades pessoais, de modo que a ausência de imparcialidade nos seus atos atrai, por consequência, uma nulidade processual.

O risco de corromper a imparcialidade daqueles que exercem função pública, atuando nos processos pode ser repellido através dos casos de impedimentos e suspeição previstos no Código de Processo Civil.

O impedimento caracteriza-se, de acordo com o art. 144, do CPC, quando o juiz: (i) interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; (ii) conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; (iii) nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; (iv) for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; (v) for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; (vi) for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; (vii) figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato

de prestação de serviços; *(viii)* figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; e, *(ix)* promover ação contra a parte ou seu advogado.

O impedimento ou suspeição podem ser reconhecidos pelo magistrado, no momento em que recebe a petição, devendo, neste caso, determinar a remessa dos autos ao seu substituto legal, nos termos do art. 146, §1º, do CPC, caso contrário, determinará a atuação em apartado da petição, apresentando as razões que entender pertinentes e, se for o caso, documentos e de rol de testemunhas.

Na eventual situação em que dois ou mais magistrados forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, o primeiro que conhecer do processo impede que o outro nele atue, incumbindo ao segundo declarar o impedimento e remeter os autos ao seu substituto legal, nos termos do art. 147, do CPC.

A suspeição dá-se nas seguintes situações, conforme o art. 145: *(i)* quando o magistrado for amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; *(ii)* quando o magistrado receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; *(iii)* quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; e, *(iv)* quando o juiz for interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes. É permitido ao magistrado declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar as razões para tanto (CPC, art. 145, §1º).

A arguição de impedimento ou a suspeição será efetivada pela parte interessada, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, nos termos do §1º, art. 148, do CPC, tendo que não será aceita a alegação de suspeição, quando o motivo utilizado como fundamentação for provocado por quem a alega e a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido, conforme o art. 145, §2º, também do CPC.

Ressalte-se que as causas de impedimento e de suspeição estendem-se ao membro do Ministério Público, aos auxiliares da justiça e demais sujeitos atuantes do processo que devam agir com imparcialidade, enquanto que a arguição de imparcialidade das testemunhas, denominada “contradita”, é disciplinada por matéria própria (CPC, art. 457, §1º) como ressalvado pelo §4º do art. 148, do CPC.

Outro importante princípio é a motivação das decisões judiciais. Também chamado de princípio da fundamentação, tem por objetivo disciplinar o poder jurisdicional, impondo-lhe limites para que tal poder afaste da sua função toda e qualquer arbitrariedade em detrimento dos direitos inerentes ao cidadão.

A observância ao princípio da fundamentação das decisões judiciais expressa a necessidade de toda e qualquer decisão judicial ser explicada, motivada e justificada pelo magistrado que a proferiu, explicitando de forma cristalina os porquês, quer seja favorável ou desfavorável, ambas, obrigatoriamente, deverão ter seus motivos de direito saciados, ainda que tal sentença ou decisão seja concisa.

Ainda que o magistrado possua autoridade no exercício de suas funções, ao formular livremente a sua decisão acerca dos fatos expostos no processo e proferir a sua decisão, de acordo com o

princípio do livre convencimento motivado, mencionada decisão deve ser motivada, conforme o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Tais normas – imparcialidade e fundamentação – são dois dos pilares basilares para que se possa adequar a condução do processo pelo magistrado, em busca da verdade real.

A prova e seus meios

A prova é um dos institutos basilares de um Estado Democrático de Direito. É através dela que o direito poderá ser efetivamente demonstrado e por ela os fatos poderão ser aclarados. A origem do vocábulo “prova” remete ao latim *probatio*, ou seja, remete a “ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação”⁶, derivando do verbo *probare*, ou seja “(probo, as, are) provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar”⁷.

No sentido jurídico, a prova, segundo Moacyr Amaral Santos:

Significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação. Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhar, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor faz a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção.⁸

Nesse contexto, importantes as lições de Francesco Carnelutti⁹:

Na linguagem comum, prova se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar; não pertence à prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada senão, pelo contrário, aquele mediante o qual se demonstra ou se encontra uma verdade afirmada.

Com efeito, o direito probatório torna-se necessário para que o órgão jurisdicional se convença da veracidade dos fatos alegados pelos litigantes, para que tais fatos sejam devidamente comprovados. Diante disso, diversos são os meios probatórios previstos na legislação processual civil: a ata notarial (CPC, art. 384), a confissão (CPC, arts. 389 a 395), exibição de documento ou coisa (CPC, arts. 396 a 404), documentos eletrônicos (CPC, arts. 439 a 441), prova documental (CPC, arts. 405 a 438), prova testemunhal (CPC, arts. 442 a 463), prova pericial (CPC, arts. 464 a 480) e inspeção judicial (CPC, arts. 481 a 484).

Há que se ressaltar que o artigo 369 do Código de Processo Civil preceitua que as partes “têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Desta forma, podem ser admitidos outros meios de prova.

⁶SANTOS, op. cit., p. 11.

⁷Loc. cit.

⁸Op. cit., p. 12.

⁹CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 67.

Nesse ponto, cabe trazer, em paralelo, o importante avanço da tecnologia, que permitiu a criação de diversos aparelhos que conseguem retratar de forma instantânea e com precisão vários eventos humanos. Com efeito, os meios eletrônicos são admitidos como meio de prova. Contudo, caberá ao magistrado analisar a autoria do documento, a veracidade, bem como a licitude e a legitimidade deste documento.

Por fim, cabe ressaltar a importante comunicação que podem ter os institutos do negócio jurídico e das provas. Diferentemente da legislação anterior, o Código de Processo Civil vigente autoriza, por meio de negócio jurídico processual, a organização consensual do processo (artigo 357) e a escolha consensual do perito (artigo 471). Assim, as partes também poderão acordar sobre as provas, de forma a atender melhor as necessidades do processo para discussão do direito. Atualmente, parece ainda um mundo distante, embora exista legislação que autorize.

Saneamento e a atribuição do ônus da prova

Dentre as diversas fases que compõem um processo judicial, o saneamento é uma das mais importantes na resolução de questões pontuais que podem prejudicar o andamento da lide. Sanear vem da ideia de cuidar; de prover condições favoráveis ao desenvolvimento de alguma circunstância ou situação. E não é diferente quando se trata do saneamento aplicado às relações jurídicas.

Não obstante muito comentado nos dias de hoje, a fase saneadora do processo já existe desde os primórdios do processo civil. Positivado no artigo 331, §3º, do CPC de 1973 (incluído pela Lei 10.444, de 2002), estabelecia que o juiz poderia sanear o processo em caso da não admissão de transação ou impossibilidade desta, ordenando a produção de provas. Chama a atenção que em nenhum momento o artigo apresentava a possibilidade da definição dos responsáveis pela produção do ônus da prova.

Cabe aqui observar que o papel do saneamento foi gradativamente se mostrando mais importante, a ponto de trazer alterações na própria denominação do capítulo no qual ele se encontrava. No CPC de 1973, todo o momento de saneamento processual se encontrava em capítulo denominado “Do despacho Saneador”, que acabou, no mesmo ano, por ter sua denominação alterada para “Saneamento do Processo”. Atualmente, a etapa da instrução se encontra prevista no Capítulo X, seção IV do CPC de 2015, intitulada “Do Saneamento e da Organização do Processo”, deixando incontestada sua importância.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, normatizado pelo artigo 357, o juiz, em decisão de saneamento, terá o papel de organizar as questões processuais pendentes, delimitando e especificando as provas pertinentes, além de definir os responsáveis pelo ônus da prova, analisar as questões relevantes ao mérito e, se necessário, designar audiências de instrução e julgamento. Neste último aspecto, que trata da possibilidade ou não da designação de audiência de instrução e julgamento, claramente se observa a presença dos princípios da celeridade e da economia processual, uma vez que só em casos realmente necessários a designação de uma audiência instrutória seria efetivada.

O Código de Processo Civil de 2015 preza pela maior participação das partes dentro de um processo, visando a cooperação, além de conceder ao juiz maior flexibilidade de ação e maior participação, não somente enquanto decisor da causa proferindo uma sentença de acordo com os fatos averiguados, mas também como um orientador cujo objetivo é detalhar o processo da maneira mais clara possível, extraindo dele o que se pode considerar enquanto medida protelatória (que só

atrapalharia a celeridade tão buscada na justiça), ao mesmo tempo em que viabiliza um melhor prosseguimento da lide.

Cabe, entre todas as ideias apresentadas em mencionado artigo, conceder destaque aos incisos II e III que trazem, respectivamente, a delimitação das questões de fato sobre as quais incidirá a prova e a definição da atribuição do ônus probante.

Não se trata de alterar a condição de que ao autor cabe provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos modificativos, impeditivos e extintivos daqueles uma vez alegados pelo autor. Trata-se, de fato, de trazer ao processo uma maior liberdade para que o juiz, respeitando o previsto no artigo 373, §1º do Código de Processo Civil de 2015, atribua a prova àquela parte que tenha maior facilidade em obter prova de fato contrário ou outra peculiaridade, desde que devidamente fundamentada.

Técnicas processuais para busca da verdade no processo

Há no processo uma tentativa para se buscar a verdade processual, essa que é obtida com a juntada aos autos de provas que as partes detêm, sendo necessários alguns meios para a busca, pleonástica, da verdade “verdadeira”. Como dito certa vez por uma jurista “o dever de buscar a verdade, para que se faça, dessa forma, uma justiça ‘justa’ no processo”¹⁰.

Contudo, a doutrina majoritária afirma que a busca da verdade absoluta no processo é inatingível, não passando de uma utopia. Esse pensamento se dá pela simples análise de que é impossível reproduzir um ato já praticado, principalmente porque quem detém as provas é o próprio autor do ato. Logo, analisando a própria natureza humana, o detentor da prova não entregará o que tem em seu poder livremente, sendo necessário coagi-lo de alguma forma.

Podemos observar, portanto, a existência de um contraditório entre a não produção de provas contra si próprio (art. 5º, LXIII, da CF) e a busca da verdade processual.

Atos processuais orais na busca pela verdade

Os meios de buscar a verdade de forma oral foram substituídos, ao logo da história, até o final da Idade Média, pela forma escrita, pois se acreditava que a escrita proporcionava maior segredo processual e que a fala estaria próxima da mentira e do engano. Somente com as reformas do século XIX que a oralidade voltou a ganhar espaço.

Para Ivan Furmann¹¹, o princípio da oralidade poderia resolver o problema da impessoalidade do processo escrito. O processo escrito é tido como impessoal, enquanto a palavra oral seria caracterizada pela pessoalidade, sendo o remédio para o modelo documental.

Ao buscar a verdade no processo, o juiz não deve somente reconstruir o acontecimento por meio do inquérito, ele deve analisar a credibilidade e a veracidade da informação, sendo “um tanto quanto psiquiatra, investigador, caçador”, verificando se a pessoa mente ou não¹². O texto escrito não possibilita esta análise. Apenas a oralidade permite avaliar indícios que estão omissos em um papel com informações escritas.

¹⁰ ZAGANELLI, Margareth Vétis. *Processo, verdade e justiça*: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 151.

¹¹ FURMANN, Ivan. Os limites da oralidade como forma “adequada” de produzir verdade no processo. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 22, p. 423-451, 2011. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/395/526>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹² Id.

Bentham era um defensor do processo oral. Ele acreditava que o juiz não pode observar, por meio do escrito, características naturais e ao mesmo tempo relevantes para a busca da verdade processual que podem se manifestar na fisionomia, voz, emoção, na prontidão ou no embaraço de quem está apresentando a sua versão sobre os fatos. Para ele, o escrito limita a busca do juiz, justamente no momento em que este precisa de indicativos da direção que deverá seguir¹³.

Atualmente, o sistema de produção de provas é misto, utiliza-se o princípio da oralidade e da documentação. O problema é saber até que ponto a oralidade pode levar à verdade. Todavia, é certo que alguns comportamentos humanos na descrição de um determinado fato podem transparecer a veracidade do que um texto e, por isso, os atos processuais orais são importantes para a elucidação de determinado fato que pode embasar o direito subjetivo discutido.

O documento eletrônico como meio de prova

Novidade na nova codificação, mas anteriormente aceita pelos Tribunais, a prova documental eletrônica ganhou espaço na legislação processual de 2015. Sua utilização “dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei”, a teor do artigo 439, do Código de Processo Civil. Apresentado tal documento, o juiz apreciará o seu valor probante, assegurado às partes o acesso ao inteiro teor, conforme determina o artigo 440. Por fim, a legislação instrumental admite documentos eletrônicos produzidos e conservados, observada legislação específica, conforme prevê o artigo 441, também do Código de ritos.

Trata-se de uma maneira de se buscar a verdade processual real uma vez que, como já dito, a tecnologia permitiu a criação de aparatos eletrônicos capazes de registrar fatos em tempo real, com perfeita nitidez e precisão, por qualquer pessoa.

Dentro desse ambiente digital, com a ascensão das redes sociais e o incessante crescimento nas postagens, muitas vezes se encontra exposto nestas redes algo contrário aos fatos apresentados no processo, como relações de amizade, vínculo empregatício, realização de ofensas. Com um simples “*print*” ou cópia de fotos e demais publicações é possível chegar a algumas verdades. Cabe ao advogado da parte contrária, ou até mesmo a própria parte, buscar controvérsias no que consta nos autos para com aquilo que se têm na mídia social.

Acórdão cuja ementa segue transcrita revela esse crescimento da utilização de métodos que visam aperfeiçoar a análise de fatos, bem como aponta a possível e correta utilização desses métodos através, no caso em apreço, de análise de imagens divulgadas em redes sociais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REVOGAÇÃO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA ANTERIORMENTE CONCEDIDA. RÉUS/AGRAVADOS LOGRARAM ÊXITO EM AFASTAR A PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DO AGRAVANTE. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE SUSTENTAM A REJEIÇÃO. SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA. FOTOS DE REDES SOCIAIS ACOSTADAS AOS AUTOS EM SITUAÇÕES QUE NÃO CONDIZEM COM ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA. CONDIÇÕES DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS SEM PREJUÍZO DO SUSTENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.¹⁴

Trata-se de importante meio de prova que cada vez mais é utilizado pelos advogados para comprovação de fatos controvertidos dentro dos autos.

¹³ FURMANN, op. cit.

¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça - *Agravo de Instrumento nº 2153108-88. 2018.8. 26.0000*. Relator; Desembargador Edson Luiz de Queiroz, 18 de setembro de 2018

Da arguição de falsidade de prova documental

A legislação processual civil dá oportunidade à parte impugnar a veracidade de prova documental juntada nos autos. Determina o artigo 430 do Código de Processo Civil que a falsidade poderá ser suscitada na contestação, na réplica, ou após intimação para manifestação de determinado documento julgado no processo, no prazo de 15 dias.

A arguição de falsidade será resolvida em incidente próprio. A exceção é na hipótese de a parte requerer ao juiz para que seja decidida como principal questão do processo, assim como determina o parágrafo único do citado artigo 430. Ouvidas as partes, será realizado exame pericial da prova para atestar a veracidade. Exemplo mais constante dessa arguição refere-se à certificação de determinada assinatura em contrato, onde o perito deverá certificar se a escrita pertence ou não a alguma pessoa, verificando algumas características como o peso que a pessoa utilizou para a escrita, o tipo de letra, os traços característicos, etc.

A perícia poderá ser dispensada se a parte concordar em retirar o documento dos autos (artigo 432, parágrafo único do CPC).

A declaração sobre a falsidade constará na parte dispositiva da sentença, se suscitada como questão principal, incidindo sobre ela a autoridade da coisa julgada, conforme determina o artigo 433 do CPC.

Livre convencimento motivado

A prova é o meio pelo qual a parte pode demonstrar determinado fato que constitui seu direito ou, de outro lado, que demonstra a inexistência de um direito. O Juiz apreciará as provas constantes nos autos e proferirá a sentença, indicando as razões do convencimento.

A grande discussão atual sobre a apreciação reside na distinção das redações legislativas do Código de Processo Civil anterior para o Código vigente.

Previa o Código *Buzaid* no famoso artigo 131 que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Porém, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil de 2015, no artigo 371: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independente do sujeito que tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Portanto, a enorme diferença dos dispositivos acima destacados refere-se a retirada da expressão “livremente”. Assim, instalou-se nova discussão acerca do convencimento do juiz.

Nesse ponto, importante destacar a doutrina de Haroldo Lourenço, que a “apreciação da prova pelo magistrado não é tão livre assim, está limitada a outros valores constitucionais”¹⁵.

Lênio Streck, um dos maiores críticos do Livre Convencimento Motivado e um dos idealizadores da alteração feita ao CPC/15, ainda, quando o atual CPC tramitava como projeto de lei, comentou sobre a retirada do livre convencimento do motivado:

Travei uma batalha contra o poder discricionário, travestido de livre convencimento, que infestava o Projeto em sua redação original. Dizia eu que de nada adiantará exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação (vejam-se os artigos 499 e seguintes do Projeto) se ele tiver a

¹⁵LOURENÇO, Haroldo. *Processo civil sistematizado*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 363.

liberdade de invocar a “jurisprudência do Supremo”, que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes.¹⁶

Todavia, há quem não concorde com a posição de Lênio. Nesse sentido, afirma Fernando da Fonseca Gajardoni: “O fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir”¹⁷.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Nery, comentando o art. 131 do Código de Processo Civil de 1973:

O Juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento, mas sempre vinculado à prova dos autos. Decisão sem fundamento é nula de pleno iure (CF, 93, IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal.¹⁸

Já para Paula Sarno Braga, Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira:

O CPC atual não mais se vale do advérbio “livremente”. Não é por acaso. A valoração da prova pelo juiz não é livre: há uma série de limitações, conforme examinado. Além disso, o adjetivo “livre” era mal compreendido, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse. Todas as referências ao “livre convencimento motivado” foram extirpadas do texto do Código. O silêncio é eloquente. O convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado: isso é quanto basta para a definição do sistema de valoração da prova pelo juiz adotado pelo CPC-2015.¹⁹

Nessa esteira, ensina a saudosa Ada Pellegrini, acompanhada por Antonio Cintra e Cândido Dinamarco, que existe a liberdade intelectual para o magistrado decidir, desde que esteja amparado pelas provas produzidas nos autos e devendo fundamentar²⁰.

Essa mudança vem de encontro a certos pensamentos que podem parecer exceder a atividade jurisdicional, como aquele pronunciado em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial, pelo Ministro Humberto Gomes de Barros:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. *Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição.* O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. *Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual,* para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de

¹⁶STRECK, Lênio. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p33.pdf. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁷GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. *Coluna Novo CPC – JOTA*, 06 abr. 2015 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁸NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 490.

¹⁹BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 118.

²⁰CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 351.

seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.* Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.²¹

Possível, com efeito, refletir sobre eventual desvirtuamento do Livre Convencimento Motivado. Tal desvirtuamento se daria, em uma primeira abordagem, a partir da constatação de que o sistema positivista adota normas de direito material processual, chamadas cláusulas abertas, ou seja, o espaço em branco deixado pelo legislador no momento da elaboração de determinada legislação dá margem para que o julgador possa analisar e construir a solução do caso concreto de acordo com o momento vivido na sociedade, e segundo os critérios principiológicos aplicáveis à concepção do direito implantada sob esse viés.

Para esse presente trabalho, se revela mais adequada a adoção da linha doutrinária de que o convencimento deve ser motivado, através da qual o juiz deverá formar o seu convencimento a partir dos elementos trazidos pelas partes, com o dever constitucional de fundamentar tal decisão, sem espaços para cometimento de arbitrariedades, julgando de acordo com certas convicções pessoais que não podem contaminar o exame do mérito do processo, ainda que, muitas vezes, essa tarefa possa parecer impossível.

Conclusão

A nova legislação instrumental trouxe novas perspectivas para o direito processual civil, mudanças essas que, além de substanciais, diferentemente da legislação anterior, trazem características marcantes como a flexibilização procedimental, tudo para que seja possível o julgamento do mérito com maior grau possível de aproximação da verdade. Não só o julgamento de mérito, mas também a condução do processo para aproximação da denominada verdade real, procurando afastar-se da verdade despida de materialidade, apegada a formalidades que retiram o escopo do moderno processo constitucional.

A verdade real, portanto, passou a ser o foco do processo civil.

De outro lado, no contexto probatório, a legislação processual também trouxe novidades, sobretudo mirando adequar a atividade probatória com a nova realidade exurgida dos avanços tecnológicos, notadamente o surgimento de aparelhos capazes de transmitir ou captar eventos humanos em tempo real com extrema nitidez e perfeição. Tais elementos cada vez mais fazem parte do cotidiano forense, servindo como meios de provas para resolução meritória da controvérsia.

A atividade probatória, com a legislação instrumental, também ganhou novos contornos com relação à atividade jurisdicional. O juiz ganhou novos poderes para a condução do processo, sobretudo aqueles previstos no artigo 139 do CPC.

Contudo, a atuação do juiz deve observar certos freios impostos pela lei, sob pena de conduzir a atividade probatória da maneira que melhor lhe convier para pronunciamento de decisões baseadas em subjetivismos exacerbados, o que quebraria até mesmo a imparcialidade necessária a todas as

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279889*. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, 23 de outubro de 2003. (grifo nosso).

decisões judiciais.

Um desses freios parece ser a retirada da expressão “livremente” para apreciação da prova. Diferentemente da legislação anterior, o novo CPC determina que o juiz deverá apreciar a prova dos autos e motivar o seu convencimento na formação do julgado. Esse novo paradigma visa deixar expresso o dever de fundamentar a decisão, reforçando o vínculo da decisão com os elementos constantes nos autos, para evitar arbitrariedades.

Portanto, dentro desse contexto, o Código de Processo Civil vigente aumentou a atuação do juiz para a fase cognitiva, mirando o julgamento de mérito em busca da verdade real, sem se descuidar da necessidade de impor elementos objetivos necessários à manutenção da imparcialidade, elementos esses segundo os quais o juiz deverá observar tais provas e, a partir delas, pronunciar decisão fundamentada, sem que a liberdade para julgar esteja atrelada a aspectos meramente subjetivos, mas obediente a elementos objetivamente presentes a partir de uma fundamentação adequada e harmônica com as provas produzidas em busca da maior aproximação possível da verdade. Somente desta forma, os objetivos da nova legislação instrumental serão alcançados e a resposta estatal num processo judicial poderá ser entregue de forma condizente ao jurisdicionado.

Referências

- BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279889*. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, 23 de outubro de 2003. (grifo nosso).
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- FURMANN, Ivan. Os limites da oralidade como forma “adequada” de produzir verdade no processo. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 22, p. 423-451, 2011. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/395/526>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Coluna Novo CPC – JOTA, 06 abr. 2015 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 19 jul. 2018.
- LOURENÇO, Haroldo. *Processo civil sistematizado*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SÃO PAULO - Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 2153108-88. 2018.8.26.0000*. Relator: Desembargador Edson Luiz de Queiroz, 18 de setembro de 2018

STRECK, Lênio. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p33.pdf. Acesso em: 19 jul. 2018.

ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

A reforma trabalhista e a alteração da redação do parágrafo 2º do artigo 58, da CLT, referente às horas de percurso¹

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

*Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).
Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).*

ADRIANO ANTÔNIO DE OLIVEIRA

BÁRBARA LAROCCA

CAIO HENRIQUE DE AZEVEDO FIGUEIREDO

CARINA ALAMINO TRIDA

GABRIELA RODRIGUES DE ABREU

IGOR MELHADO GARDINAL

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: Através do presente trabalho busca-se promover uma análise da alteração promovida na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela “reforma trabalhista”, Lei n. 13.467/2017, que alterou o §2º do artigo 58, retirando a possibilidade de o tempo gasto pelo empregado no deslocamento de sua casa até o posto do trabalho ser incluído na jornada de trabalho. Para tanto, o estudo propõe-se a investigar se com a alteração do dispositivo legal citado as horas de percurso deixaram de existir em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Jornada de trabalho. Reforma trabalhista. Horas *in itinere*.

Abstract: This paper seeks to promote an analysis of the change promoted in the Consolidation of Labor Laws (CLT) by the “labor reform”, Law no. 13.467/2017, which amended paragraph 2 of article 58, withdrawing the possibility of the time spent by the employee in the displacement of his house until the position of the work to be included in the work day. Therefore, the study proposes to investigate whether with the change of legal device cited the hours of travel ceased to exist in our legal system.

Keywords: Working day. Labor reform. Commuting hours.

Introdução

A Lei n. 13.467/2017, conhecida como “reforma trabalhista”, promoveu diversas mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dentre as quais, escolhida para estudo no presente trabalho, a nova redação do parágrafo 2º do artigo 58, o qual, até a entrada em vigor da lei mencionada, previa que o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho, e para seu retorno, seria computado na jornada de trabalho quando a empresa estivesse instalada em local de difícil acesso ou em local não servido por transporte público, desde que o empregador fornecesse condução.

O direito ao recebimento das horas gastas pelo empregador de seu domicílio até o local de trabalho, em casos pré-determinados, passou a ser observado a partir de 1978 com a Súmula n. 90 do Tribunal Superior do trabalho (TST), a qual trazia em seu texto a concepção de que o tempo gasto pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, de sua residência até o local de trabalho considerado de difícil acesso, ou que não servido de transporte público regular, seria computado enquanto jornada de trabalho e, por conseguinte, seria remunerado.

Sob essa ótica, os trabalhadores passaram a ter referido direito garantido, principalmente quando

¹O presente artigo é resultado do estudo desenvolvido no projeto de pesquisa intitulado “A reforma trabalhista e a alteração da redação do parágrafo 2º do artigo 58, da CLT, referente às horas de percurso”, no ano de 2018, sob orientação do Professor Mestre Kleber Henrique Saconato Afonso, com auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, PESQDIR2018571.

observada a realidade dos trabalhadores rurais que, quase em sua maioria, são compelidos a saírem de suas casas ainda bem cedo a fim de se deslocarem até as propriedades onde prestam serviços. Falamos aqui de um tempo de deslocamento que pode até chegar a duas horas para cada trajeto, diariamente.

Ocorre que com o advento da denominada reforma trabalhista, o parágrafo 2º do artigo 58 da CLT passou a adotar um texto bastante distinto daquele apresentado antes de tal reforma entrar em vigor. Ou seja, a nova redação do dispositivo legal citado acaba por descartar a necessidade do pagamento das horas de percurso, o que, inevitavelmente, trouxe prejuízos aos trabalhadores que contavam com tais valores para o seu sustento.

Diante dessa situação, o presente estudo, através do método dedutivo, promove uma análise sobre a alteração promovida na CLT pela Lei n. 13.467/2017, especificamente no parágrafo 2º do artigo 58, cuja disposição atual estabelece que o tempo gasto pelo empregado em seu deslocamento até o posto de trabalho não será computado na jornada de trabalho, de modo a buscar uma melhor compreensão dos motivos que levaram o legislador a promover tal alteração.

Além disso, o estudo busca investigar os reflexos dessa alteração nas relações trabalhistas, considerando que boa parte da mão de obra utilizada pelas usinas, especialmente no plantio e corte da cana, por exemplo, desenvolve atividades em propriedades rurais não servidas por transporte público regular, tornando necessário o fornecimento de transporte pelo empregador para que estes trabalhadores cheguem às frentes de trabalho e, por se tratar de local de difícil acesso os trabalhadores, enfrentam rotina diária de longo percurso até chegarem aos postos de trabalho efetivo e no retorno.

Ao longo do trabalho também será verificado como se dará a aplicação da nova regulamentação aos contratos de trabalho celebrados após a reforma trabalhista, e até mesmo para anteriores, bem como da possibilidade de previsão em negociação coletiva e seu limite temporal.

Para tanto, inicia-se o estudo com a conceituação das horas *in itinere*, além de promover uma análise sobre tempo à disposição, abordando o serviço efetivo real e ficto, para, em seguida, demonstrar que mesmo após a reforma trabalhista permanece o entendimento de que as horas de percurso devem ser computadas na jornada de trabalho, com a devida remuneração do empregado, cujo fundamento legal pode ser extraído da própria CLT e, neste sentido, o estudo apresenta jurisprudência, podendo, ainda, ser objeto de estipulação em norma coletiva.

Conceito de horas *in itinere*

A conceituação legal de horas de trabalho efetivo limitava-se a considerar o período em que o empregado estava à disposição de seu empregador no centro de trabalho, ou seja, o cômputo da jornada de trabalho tinha como início o momento em que o empregado se apresentava no estabelecimento do empregador, após o trajeto de sua residência.

Sob esse aspecto, é importante lembrar que a CLT foi criada no ano de 1943 e, de lá para cá, as relações de trabalho tornaram-se cada vez mais complexas, sendo necessária a flexibilização do então conceito. No contexto evolutivo, importante papel tiveram os trabalhadores em minas de subsolo que, frequentemente, demoravam a chegar aos seus postos de trabalho efetivo, já que situados a quilômetros de profundidade, trajeto repetido ao final da jornada diária. Essa situação encontrava respaldo na CLT, em seu artigo 294², dispondo que o tempo despendido pelo empregado

Art. 294 - O tempo despendido pelo empregado da boca da mina ao local do trabalho e vice-versa será computado para o efeito de pagamento do salário.

da boca da mina ao local de trabalho e vice-versa seria computado para o efeito de pagamento do salário.

Diante dessa situação, verificou-se que outros trabalhadores também necessitavam de maior proteção, especialmente em relação ao cômputo do tempo despendido no percurso casa-trabalho, o que fez com que o intérprete do Direito adotasse entendimento mais flexível na definição de horas de trabalho e, com base no artigo 294 da CLT, na década de 1970, os Tribunais começaram a estender tal direito aos demais trabalhadores.

Apesar de o texto inicial da CLT, em seu artigo 4^o³, estabelecer que o período em que o empregado estivesse à disposição de seu empregador, executando ou aguardando ordens, seria considerado como tempo de serviço efetivo, no ordenamento jurídico brasileiro a primeira normatização sobre a jornada de percurso, também chamada de horas de deslocamento ou horas *in itinere*, surgiu através da construção jurisprudencial do TST, o que levou à edição da Súmula n. 90 no ano de 1978, cujo texto inicial reconhecia como jornada de trabalho o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho, e no seu retorno, quando o deslocamento fosse realizado em condução fornecida pelo empregador.

Ainda no ano de 1978, referida Súmula foi alterada para acrescentar que, necessariamente, o local de trabalho tinha que ser de difícil acesso ou não servido por transporte público regular. Posteriormente, a Súmula foi novamente modificada para incluir entendimento no sentido de que havendo transporte público regular, a existência de incompatibilidade entre o horário de início e término da jornada com os horários do ônibus também gera direito às horas *in itinere*, assim como nos casos de transporte público em parte do trajeto, situação em que haveria limitação ao trecho não servido pelo transporte público, mas que não retirava o direito do trabalhador às horas *in itinere*.

Deste modo, para a caracterização das horas *in itinere* faz-se imprescindível a presença de alguns requisitos estabelecidos na Súmula n. 90 do TST, sendo eles:

“HORAS IN ITINERE”. TEMPO DE SERVIÇO

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho.

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas “*in itinere*”.

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “*in itinere*”.

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “*in itinere*” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público.

V - Considerando que as horas “*in itinere*” são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

A regulamentação específica sobre as horas *in itinere* apenas foi inserida na CLT em 2001, através da Lei n. 10.243, que incluiu o parágrafo 2^o ao artigo 58, repetindo os termos já consagrados na Súmula mencionada:

³Art. 4^o - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. (redação original)

Portanto, evidente que as horas *in itinere* tornaram-se indiscutíveis nas relações empregatícias, posto que, tinham como base e fundamento um contexto legal.

De acordo com a lição de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

As horas itinerantes dizem respeito ao tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, em condução fornecida pelo empregador, em se tratando de local de difícil acesso ou não servido por transporte público (conceito fundado na redação do §2º do art. 58 da CLT, conforme redação promovida pela Lei n. 10.243/2001). Esse tempo itinerante para ida e volta ao trabalho, em que o trabalhador fica à disposição do empregador em condução por este fornecida, era tido como parte componente da jornada de trabalho do obreiro, desde que observadas as demais condições fixadas no anterior art. 58, §2º, da CLT (local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte público).⁴

Dessa forma, quando o posto de trabalho era de difícil acesso ou não servido por transporte público e o empregador fornecesse condução, somando-se as hipóteses dispostas pela Súmula n. 90 do TST, o tema em tela era incontestável e irrefutável. No entanto, com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, houve abundantes mudanças na redação da CLT e, dentre as alterações realizadas, está incluso o contexto legal que dispunha das horas *in itinere*.

Essa alteração trouxe uma enorme discussão acerca do tempo despendido pelo trabalhador entre sua residência e o local de trabalho, uma vez que, com a introdução da Lei n. 13.467/2017, a redação do parágrafo 2º do artigo 58 foi alterada para constar que:

§2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Portanto, aquele tempo despendido no transporte entre a residência do empregado e o local de trabalho, que antes se computava como jornada de trabalho, desde que cumpridos os requisitos supramencionados, a partir da reforma trabalhista não faz mais atribuição ao cômputo da jornada de trabalho, por conseguinte, houve uma diminuição na renda mensal dos trabalhadores correspondente a esse tempo despendido durante o trajeto que anteriormente somava-se ao seu salário mensal.

Insta consignar o surgimento de diversas discussões advindas da mudança do contexto legal concernente às horas *in itinere* após a reforma trabalhista. Essas discussões se dividem basicamente em duas linhas controversas.

A primeira linha de raciocínio parte da perspectiva do empregado, posto que o pagamento referente às horas *in itinere* era considerado como parte integrante do salário dos trabalhadores. Muito destes contemplavam o pagamento das horas *in itinere* como um valor fixo que fazia parte

⁴DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 121.

integrante de seus salários. Conseqüentemente, esse valor pago pelas horas *in itinere* já estava anexo e incluso aos gastos familiares que possuem os empregados, isso porque o valor recebido era considerado como integrante do saldo ativo para arcar com o passivo. Ou seja, a maioria dos trabalhadores que fazia jus às horas *in itinere* já as considerava como proporção obrigatória e relevante do saldo de pagamento.

Com esse posicionamento, assim é a lição de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

A nova redação do §2º do art. 58, acoplada à concomitante revogação do §3º do mesmo art. 58 da CLT, são fatores que sugerem a eliminação pura e simples, pela Lei n 13.457/2017, de todo esse tempo integrante da jornada de trabalho do empregado brasileiro, denominado de horas *in itinere*. Trata-se de uma óbvia perda para o trabalhador, especialmente aquele situado na área rural - em que as horas *in itinere* são mais comuns e relevantes -, traduzindo significativa redução de sua duração do trabalho juridicamente reconhecida, além de substancial redução de sua renda salarial.⁵

No entanto, a segunda linha de pensamento advém do ponto de vista do empregador, surgindo o questionamento em relação aos empregados que trabalham na grande capital e também despendem grande tempo do seu dia até o local onde trabalham e não têm direito às horas *in itinere*, nem mesmo antes da reforma trabalhista. Logo, será que as horas *in itinere* não seriam um costume ou uma comodidade das pessoas do interior? Ademais, se seguirmos pela interpretação literal da lei, os empregadores, a partir da reforma trabalhista, não têm o dever de efetuar o pagamento do tempo despendido pelo empregado entre o percurso da residência até o local de trabalho deste, independente do meio de condução, inclusive aquela fornecida pelos empregadores.

Neste sentido, apenas exemplificativamente, Vólia Bomfim Cassar e Leonardo Dias Borges⁶ defendem que: “O tempo gasto pelo empregado como percurso casa-trabalho e trabalho-casa foi desconsiderado como tempo à disposição e, assim, como tempo de serviço. [...], com isso, devem ser canceladas as Súmulas 90 e 320 do TST”.

Ainda nessa linha, assim sustenta Rodrigo Peixoto Medeiros:

De fato, quando o trabalhador está em trânsito para o trabalho, o mesmo não está produzindo, não está entregando valor para a empresa para a qual trabalha, de forma que, entender que o mesmo se encontrava à disposição do empregador configurava uma interpretação demasiadamente ampliada do quanto contido no art. 4º da CLT, justamente porque, nessa situação, o trabalhador não está aguardando ordens ou as executando.

Dessa forma, a supressão desse tempo de deslocamento do cômputo na jornada de trabalho não se trata de retrocesso social, e sim, de uma questão de justiça, pois na situação anterior à “Reforma Trabalhista”, o empregado acabava por ser remunerado sem efetivamente estar trabalhando.⁷

Diante de tantas discussões e controvérsias, será que a reforma trabalhista trouxe melhorias e benefícios efetivos ou ocasionou prejuízos ainda maiores?

Ao se fazer o aludido questionamento e realizar uma interpretação sistemática do parágrafo 2º

⁵Ibid., p. 121-122.

⁶CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 28.

⁷MEDEIROS, Rodrigo Peixoto. Supressão das horas *in itinere*. In: MIESSA, Elisson (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 389-398. p. 394.

do artigo 58, da CLT, que conceitua horas *in itinere*, percebe-se uma incompatibilidade com o artigo 4º, do mesmo diploma legal, que dispõe: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

E mais, em seu parágrafo 2º, o artigo 4º traz um rol de hipóteses que não devem ser consideradas como tempo à disposição do empregador – atividades particulares –, entretanto, o tempo de percurso realizado pelo empregado da sua residência ao posto de trabalho, e vice-versa, não está descrito em referido rol, de modo que, por consequência lógica, subentende-se que continuam sendo devidas as horas *in itinere*.

Tempo à disposição

Segundo o critério brasileiro, previsto no artigo 4º da CLT, são considerados tempo de trabalho o tempo efetivamente trabalhado (executando ordens) e o tempo à disposição, onde o empregado fica aguardando ordens, vejamos: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

Tais tempos compõem a chamada jornada de trabalho que, segundo Mauricio Godinho Delgado, é constituída “[...] de um tronco básico e de alguns componentes suplementares”⁸. O tronco básico a que o autor se refere nada mais é do que a atividade natural do contrato de trabalho, ou seja, aquela que o empregado efetivamente realiza uma vez que fora contratado com a finalidade de exercê-la, enquanto que os componentes suplementares são aqueles que existem para se concretizar a prestação de serviços, no caso o efetivo trabalho.

Vale destacar ainda que o serviço efetivo, componente da jornada de trabalho, não é necessariamente apenas o tempo compreendido dentro do horário de trabalho, podendo se estender fora desse, dividindo-se assim em serviço efetivo real e serviço efetivo ficto.

Segundo o professor Luciano Martinez⁹, o serviço efetivo real é todo o período em que o empregado está trabalhando efetivamente ou se encontra à disposição do empregador, DENTRO do horário de trabalho. O serviço efetivo ficto, entretanto, é o período que o empregado está à disposição do empregador, mesmo FORA do horário de trabalho, por conta do deslocamento de casa-trabalho-casa em lugares de difícil acesso ou não servidos por transporte público regular (horas *in itinere*).

Com o advento da reforma trabalhista, Lei n. 13.467/2017, nada mudou no *caput* do artigo 4º da CLT, assim como se manteve o entendimento de que o empregado afastado devido à prestação de serviço militar ou a acidente de trabalho tem o período de afastamento contado para o tempo de serviço (§1º)¹⁰.

A única novidade foi a criação do parágrafo 2º, do mesmo dispositivo legal, que apareceu como uma “limitação” do tempo à disposição do empregador, trazendo um rol dos casos que não serão computados na jornada de trabalho, mesmo que excederem os cinco minutos previstos no parágrafo 1º¹¹ do artigo 58, também da CLT. São eles: buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas

⁸DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 989.

⁹MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 599-600.

¹⁰§1º Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho.

¹¹§1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.

vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares como: práticas religiosas; descanso; lazer; estudo; alimentação; atividades de relacionamento social; higiene pessoal e troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Importante consignar que todas as hipóteses elencadas no dispositivo legal aludido são situações em que a permanência depende única e exclusivamente da escolha própria do trabalhador, o que não se verifica no caso do tempo de deslocamento, em que não há opção pelo empregado.

Destarte, a jornada de trabalho abrange todo o tempo em que o empregado está à disposição do empregador, contudo, muito se fala no referido tempo, mas a pergunta que paira no ar é: o que é tempo à disposição do empregador? Resposta essa que iremos apresentar no decorrer deste subcapítulo.

A palavra tempo, segundo dicionário de língua portuguesa¹², significa período sem interrupções no qual os acontecimentos ocorrem; continuidade que corresponde à duração das coisas (presente, passado e futuro); o que se consegue medir através dos dias, dos meses ou dos anos; duração.

Ainda segundo o dicionário¹³, “à disposição” significa estar pronto para auxiliar, ajudar. Enquanto “ter à sua disposição” é ter ao seu alcance, poder dispor de.

Com isso, extraindo as informações de seus significados, já podemos partir da ideia de que tempo à disposição significa o período em que há eventos acontecendo, dentre o qual o empregado está pronto para auxiliar seu empregador, enquanto que esse o tem ao seu alcance para dele dispor, dentro ou fora do horário de trabalho, ressaltando o que já fora analisado anteriormente. Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado exemplifica:

[...] considera como componente da jornada *o tempo à disposição do empregador no centro de trabalho*, independentemente de ocorrer ou não efetiva prestação de serviços.

[...]

Ressalte-se que a expressão *centro de trabalho* não traduz, necessariamente, a ideia de *local de trabalho*. Embora normalmente coincidam, na prática, os dois conceitos com o lugar em que se presta o serviço, pode haver, entretanto, significativa diferença entre eles. É o que se passa em uma mina de subsolo, em que o centro de trabalho se situa na sede da mina, onde se apresentam os trabalhadores diariamente, ao passo que o local de trabalho situa-se, às vezes, a larga distância, no fundo da própria mina (art. 294, CLT).¹⁴

Ou seja, partindo da comparação com o que dispõe o artigo 294 da CLT, podemos compreender com melhor clareza o que é o tempo à disposição, pois o trajeto percorrido pelo trabalhador entre a boca da mina até o local onde realmente haverá a prestação de serviço constitui um período que o empregado, fora do seu horário de trabalho, já está presente para o empregador dele dispor.

Logo, independentemente de as atribuições serem ou não exercidas, o empregado encontra-se, dentro ou fora da jornada de trabalho, sob subordinação contratual e sendo remunerado por estar sob a dependência jurídica do empregador e não apenas porque e quando está trabalhando.

¹²AMORA, Antônio Soares. *Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 713.

¹³Ibid., p. 231.

¹⁴Op. cit., p. 980-981. (grifo do autor).

A partir disso, com a compreensão de que tempo à disposição é tempo de trabalho, o obreiro precisa receber por isso e, quando há a extrapolação da jornada fixada por lei (art. 58¹⁵ da CLT), precisa ser remunerado como horas extraordinárias (art. 59¹⁶ da CLT).

Clássico exemplo de remuneração por tempo à disposição fora da jornada de trabalho, dentro da história do direito trabalhista, são as horas *in itinere*, acrescentadas no ordenamento jurídico em 2001, após a consolidação das Súmulas n. 90, n. 320¹⁷, n. 324¹⁸ e n. 325¹⁹, todas do TST, resultado da jurisprudência longamente madurada.

Segunda a Súmula n. 90 do TST, as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho. Logo, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

Entretanto, com a nova redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, a dúvida que fica é: o tempo de deslocamento é tempo à disposição? Dever ser remunerado como hora extraordinária?

Para respondê-la, necessariamente partimos de uma breve análise da linha do tempo percorrida por esse direito trabalhista, a qual já fora abordada em tópico anterior.

Depois de analisarmos o que “tempo à disposição” significa, percebe-se um equívoco do legislador ao afirmar que: “[...] por não ser tempo à disposição do empregador”. Oras, considerando tudo o que já foi dito até aqui, tempo à disposição significa o período em que há acontecimentos em curso nos quais o empregado está pronto para auxiliar seu empregador, enquanto que esse o tem ao seu alcance para dele dispor, dentro ou fora do horário de trabalho.

Sob essa premissa, é certo que o empregado, quando se encontra dentro do transporte fornecido por seu empregador, a caminho de lugar cujo acesso é desprovido de outro tipo de transporte por ser de difícil acesso, está sob sua responsabilidade e risco, inclusive, podendo sofrer sanções previstas na legislação trabalhista, ou seja, já se encontra a disposição de seu empregador.

Logo, para alcançarmos a resposta, de forma bem clara, basta partir da analogia com o artigo 294 da CLT, já mencionado anteriormente, que trata do deslocamento nas minas de subsolo. Vejamos que nesse caso o tempo gasto pelo mineiro ao sair da boca da mina até chegar ao local onde o trabalho efetivo será realizado é considerado tempo à disposição com o respectivo pagamento. Um trabalhador rural que sai do ponto de ônibus da empresa e é transportado para os locais escolhidos pelo empregador para o desenvolvimento do seu serviço se encontra na mesma situação, logo merece ser amparado pelo mesmo direito, qual seja: seu deslocamento ser considerado tempo à disposição.

A ideia que temos é de que duas coisas com os mesmos sentidos e significados estão sendo aplicadas de forma diferente diante de um mesmo conceito, apenas porque uma é mais desvantajosa para os grandes empregadores.

Para concluir, a contrariedade entre dois dispositivos presentes na mesma legislação é evidente,

¹⁵Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

¹⁶Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

¹⁷HORAS “IN ITINERE”. OBRIGATORIEDADE DE CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas “in itinere”.

¹⁸HORAS “IN ITINERE”. ENUNCIADO Nº 90. INSUFICIÊNCIA DE TRANSPORTE PÚBLICO (cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da súmula nº 90) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “in itinere”.

¹⁹HORAS “IN ITINERE”. ENUNCIADO Nº 90. REMUNERAÇÃO EM RELAÇÃO A TRECHO NÃO SERVIDO POR TRANSPORTE PÚBLICO (cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da Súmula nº 90) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Se houver transporte público regular, em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “in itinere” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público.

isto porque, enquanto o artigo 4º da CLT deixa bem claro que serviço efetivo enquadra o período à disposição, e evidentemente o deslocamento mencionado assim se caracteriza, o artigo 58 do mesmo diploma legal simplesmente ignora tudo aquilo que é óbvio e afirma: não se considera tempo à disposição.

Mas, no Direito do Trabalho, o topo da pirâmide é ocupado pelo princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, o hipossuficiente da relação contratual, o qual dispõe que em caso de conflito entre duas ou mais normas vigentes e aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se preferir aquela mais vantajosa ao trabalhador. Dessa forma, observa-se que o parágrafo 2º do artigo 58, da CLT perde completamente sua aplicabilidade a partir do momento em que o tempo à disposição está consagrado no artigo 4º do mesmo diploma legal, aqui incluídas as horas de deslocamento, devendo, portanto, haver remuneração.

Fixação das horas *in itinere* por norma coletiva

No ano de 2006, a Lei Complementar n. 123 inseriu ao artigo 58 da CLT o parágrafo 3º²⁰, dispondo sobre a possibilidade de microempresas e empresas de pequeno porte estabelecer, por acordo ou convenção coletiva, o tempo médio de deslocamento realizado pelo empregado até o local da prestação de serviços utilizando-se de transporte fornecido pelo empregador.

Em decorrência da disposição celetista, o TST firmou entendimento no sentido de que todas as empresas poderiam fixar o tempo médio das horas *in itinere*, desde que o tempo médio fixado correspondesse ao tempo próximo da realidade, sob pena de configuração de renúncia do direito às horas de percurso.

Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. HORAS *IN ITINERE* LIMITAÇÃO POR NORMA COLETIVA. VALIDADE. *É válida a convenção coletiva que limita o pagamento das horas in itinere a determinada quantidade prevista em cláusula normativa. A atual Carta Magna privilegia a negociação coletiva, incentivando o entendimento direto das categorias, independentemente da intervenção do Estado, autorizando, inclusive, a flexibilização, no tocante à jornada de trabalho. Exegese do disposto no art. 7º, incisos XIII e XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. INCIDÊNCIA DE ADICIONAL SOBRE AS HORAS *IN ITINERE*. Não se conhece de recurso de revista, quando a decisão recorrida encontra-se em consonância com enunciado da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (§§ 4º e 5º, do art. 896 da CLT). Recurso não conhecido.²¹*

Em outros casos, o TST não reconhecia como válida a cláusula se não houvesse razoabilidade e proporcionalidade na limitação estipulada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - DESCABIMENTO. HORAS “*IN ITINERE*”. *DEFINIÇÃO DA DURAÇÃO DO TRAJETO EM NORMA COLETIVA EM TEMPO MUITO INFERIOR AO EFETIVAMENTE*

²⁰§ 3º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.

²¹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). Recurso de Revista n. 435370-26.1998.5.15.5555. Relator: Juiz convocado Renato de Lacerda Paiva. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 05 abr. 2002. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=22554&anoInt=1998>. Acesso em: 29 abr. 2019. (grifo nosso).

DESPENDIDO PELO TRABALHADOR. QUEBRA DA RAZOABILIDADE. 1. Não há dúvidas de que o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal chancela a relevância que o Direito do Trabalho empresta à negociação coletiva. 2. Por outra face, quando da edição da Lei nº 10.243/2001, que acresceu ao art. 58 da CLT o §2º, a remuneração das horas *in itinere* foi incluída entre as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. 3. Em regra - e a experiência o confirma -, a definição da duração do tempo gasto em percurso exige nem sempre tranquilas provas e pesquisas. Por outro lado, também não serão uniformes os valores devidos a todos os trabalhadores que se desloquem em tais circunstâncias. 4. Atenta a esse cenário, esta Corte havia firmado entendimento no sentido de que, convido às categorias interessadas, dentro da dialética inerente ao conglomeramento, estabelecer duração única para a apuração de horas “*in itinere*”, desta forma devidas a todo o universo de trabalhadores alcançados, nenhum ilícito remanescerá, resguardado que permaneça o direito à percepção da parcela. 5. No entanto, a *Eg. SBDI-1 do TST* tem se posicionado pela viabilidade da limitação das horas de percurso por meio de norma coletiva, desde que resguardados a razoabilidade do quanto ajustado e o equilíbrio entre o pactuado e a realidade fática. 6. Nessa esteira, a estipulação do tempo gasto pelo trabalhador, no trajeto até o trabalho e no retorno ao lar, há de observar critérios de razoabilidade, sob pena de, a pretexto de se negociar direitos dos trabalhadores, retirar-se-lhes aqueles que compõem as garantias mínimas já outorgadas, o que não se tolerará. Com efeito, não há como se chancelar a supressão de direito definido em Lei, pela via da negociação coletiva. 7. Não se reconhece, portanto, a validade da cláusula normativa que fixa em menos 50% do tempo efetivamente gasto pelo empregado no trajeto para alcançar o seu posto de trabalho e em seu retorno para casa. O ajuste assim realizado não guarda feições de negociação da duração do trajeto por meio de norma coletiva, mas de supressão do direito dos trabalhadores, motivo pelo qual não há como se o validar. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.²²

A reforma trabalhista trouxe maior liberdade no que diz respeito às possibilidades de normatização coletiva, conforme se extrai do disposto no artigo 611-A incluído na CLT pela Lei n. 13.467/2017, ao prever que as normas coletivas, quando tratarem de determinados direitos, têm prevalência, inclusive, sobre a lei.

Da leitura do dispositivo legal acima referido, extrai-se que é plenamente possível que a norma coletiva disponha sobre o direito do empregado às horas *in itinere*.

A título de exemplo, cita-se o Acordo Coletivo estabelecido entre o Sindicato dos Empregados Rurais de Catanduva e Eliana Zancaner Castilho e outra, com vigência de 01º de maio de 2018 a 30 de abril de 2019, que assim dispõe:

CLÁUSULA OITAVA – TEMPO “*IN ITINERE*”

Os trabalhadores não residentes em propriedades dos empregadores, remunerados por produção, pelo tempo despendido até o local de trabalho e para o seu retorno, por transporte fornecido pelos empregadores, independentemente de ser o local de difícil acesso, farão jus, durante o período do corte de cana a 01 (uma) hora por dia, no valor da hora normal do salário base estabelecido, acrescida de 50% (cinquenta por cento), que fica assim pré-fixada, independentemente das distâncias percorridas.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – Os trabalhadores com salário fixo farão jus à remuneração da mesma hora “*in itinere*”, sem qualquer acréscimo, se essa hora estiver integrada na jornada normal de 7,20 horas de trabalho diário, e com acréscimo de 50% (cinquenta por cento), se além da jornada

²²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 1036-53.2013.5.24.0091. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 17 jun. 2016. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=82625&anoInt=2016>. Acesso em: 29 abr. 2019. (grifo nosso).

normal de trabalho.

PARÁGRAFO SEGUNDO - Na entressafra, a mencionada hora “*in itinere*”, se integrada à jornada normal de trabalho, será remunerada no valor da hora normal do salário base estabelecido, sem qualquer acréscimo.²⁴

O Acordo Coletivo firmado entre o Sindicato dos Empregados Rurais de Catanduva e Cofco International Brasil S.A, com vigência de 01º de maio de 2018 a 30 de abril de 2019 também traz regulamentação sobre as horas *in itinere*:

CLÁUSULA NONA - DA INDENIZAÇÃO ART. 58 CLT

Considerando que a empregadora e esse Sindicato celebraram Acordo Coletivo de Trabalho para o período de 01/05/2017 a 30/04/2018 que previa o pagamento das horas *in itinere* conforme cláusula nº 9;

Considerando que a concessão de vantagens em troca de supressão do pagamento das horas *in itinere* encontra apoio e suporte na decisão do Recurso Extraordinário do STF de nº 895.759 de lavra do Ministro Teori Zavascki, publicado em 13/09/2016;

Considerando que a empresa continuará fornecendo transporte seguro e gratuito aos empregados para os locais de trabalho;

Considerando o disposto na Lei Federal 13.467/2017 que alterou o teor do artigo 58 §2º da CLT e entrou em vigor em 11.11.2017;

As partes acordam que:

Para os funcionários que tinham direito ao pagamento das horas *in itinere* até o dia 10 de novembro de 2017, nos termos do art. 58, §2º da CLT (Vigente desde 11.11.2017) e que foram pagas até 30/04/2018 conforme previsto no acordo coletivo 2017/2018 firmado e homologado junto ao MTb MR051526/2017 e aos novos funcionários contratados na condição dos aqui citados e representados por esta entidade sindical, fica pactuado a partir de 01 de maio de 2018, a troca pela seguinte vantagem ora negociada:

A partir da competência Maio/2018 a empresa fará o pagamento denominado “Indenização Artigo 58, §2º” a título de concessão de vantagem de natureza indenizatória em vigor até 30/04/2019, como alteração e substituição da cláusula nº 9 do Acordo Coletivo 2017/2018, servindo o mesmo como vantagem com base na citada decisão do STF e na nova disposição do artigo 58, §2º da CLT, onde o valor pago possuirá caráter indenizatório, não integrando a remuneração dos funcionários.

§1º - O valor a ser pago obedecerá aos seguintes critérios: 82% (oitenta e dois por cento) sobre a fração de 25 (vinte e cinco) horas por mês, calculadas sobre o salário nominal de cada funcionário em 30/04/2018, com o adicional de 50% (cinquenta por cento) e pago como valor fixo não reajustável;

§2º - O valor será pago, conforme descrito no caput desta cláusula, como verba a título de concessão de vantagem de natureza indenizatória não integrando a remuneração dos funcionários;

§3º - Em caso de faltas ou qualquer tipo de ausência do trabalhador, será descontado do referido valor a fração de 1/25 avos por ausência, não se aplicando o disposto no art. 473 da CLT;

§4º - Caso haja alteração na Legislação vigente, onde os artigos e Leis aqui citados sofram alterações, Empresa e Sindicato se comprometem a voltar com as negociações de modo que não fará jus a pagamentos retroativos e prevalecendo a negociação da ocasião em diante;²⁵

²⁴BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Acordo Coletivo de Trabalho SP000511/2019*. Sindicato dos empregados rurais de Catanduva e Eliana Zancaner Castilho e outra. Brasília, DF, 15 jan. 2019. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR057273/2018>. Acesso em: 30 abr. 2019.

²⁵BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Acordo Coletivo de Trabalho SP006204/2018*. Sindicato dos empregados rurais de Catanduva e COFCO International Brasil S.A. Brasília, DF, 12 jul. 2018. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR027810/2018>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

Deste modo, considerando a posição adotada no presente estudo, de permanência do direito ao cômputo na jornada de trabalho das horas de deslocamento, entende-se que cabe aos sindicatos que representam os trabalhadores, no momento de elaboração do acordo ou convenção coletiva de trabalho, dispor sobre tais horas, a fim de evitar as diversas interpretações sobre o tema pelo Poder Judiciário, já que, diante da nova redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, é possível que o julgador entenda pela supressão do direito.

Manutenção das horas *in itinere* mesmo após a reforma trabalhista

No parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, como demonstrado, o legislador tentou abolir as horas *in itinere*, as quais se referem, tecnicamente, a integração na jornada de trabalho do tempo despendido pelo empregado de sua residência até o local de trabalho, e no retorno, em transporte fornecido pelo empregador e quando o local da prestação de serviços estiver situado em local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular.

Ocorre que durante o período de deslocamento os serviços do empregado já estão disponíveis para uso pelo empregador, e mesmo que não caracterizem período de efetivo trabalho, as horas *in itinere* configuram tempo à disposição, cuja decorrência, lógica, se dá pela escolha do empregador em instalar sua empresa em local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, e a necessidade de transportar seus empregados faz parte do risco do negócio que deve ser assumido, única e exclusivamente, pela empresa, conforme disposição do artigo 2º da CLT.

Não obstante a isso, deve-se levar em conta que a escolha que o empregador faz ao instalar sua empresa em local de difícil acesso, ou não servido por transporte público, lhe proporciona alguma vantagem, e não pode o trabalhador ser prejudicado, em razão das circunstâncias que beneficiam a empresa, motivo pelo qual o tempo despendido pelo empregado de sua residência até o local de trabalho deve ser computado na jornada de trabalho.

A situação das horas *in itinere* tem grande relevância para os trabalhadores do meio rural, os quais, além de cumprirem a jornada de trabalho, dedicam várias horas do seu dia ao trajeto de sua residência até o local de trabalho. Há casos em que os trabalhadores precisam percorrer um trajeto por cerca de quatro horas, ou mais, até chegarem às frentes de trabalho.

Importante ressaltar que o fornecimento de transporte pelo empregador aos seus empregados, quanto situado em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, não se trata de mera liberalidade, ou seja, o empregador fornece a condução em interesse próprio, na medida em que, não fosse o transporte fornecido por ele próprio não encontraria mão de obra disponível a seu favor, o que prejudicaria sua produção.

Aliás, em muitos casos, sequer haveria outra forma para que o empregado chegasse ao local de trabalho, como, por exemplo, os trabalhadores rurais que a cada dia prestam serviços no corte de cana em propriedades rurais diversas, a centenas de quilômetros de suas residências.

Da leitura e interpretação literal da nova redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, à primeira vista, a conclusão óbvia seria a de que as horas *in itinere* deixaram de existir, independentemente da distância entre a residência do empregado e o local de trabalho, e da quantidade de horas despendidas nesse deslocamento. No entanto, a análise deve ser sistemática, devendo a literalidade do dispositivo legal ser superada, por ser uma norma isolada e descontextualizada dentro um contexto normativo que prevê inúmeros regramentos sobre a duração da jornada de trabalho e sua respectiva remuneração.

Importante lição de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

Mas não se deve ampliar, por interpretação, os efeitos deletérios do novo texto do art. 58 da CLT, especialmente em seu novo §2º. Não se deve, pois, mediante interpretação gramatical e literalista, considerar modificado, pelo recente texto normativo, o conceito de duração do trabalho no Direito brasileiro.

Ou seja, a eliminação das horas *in itinere* do ordenamento jurídico não afeta, entretanto, o conceito de tempo à disposição no ambiente de trabalho do empregador e, por consequência, de duração do trabalho. Embora a má redação do novo texto do §2º do art. 58 da CLT eventualmente induza à compreensão de que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o trabalhador concretiza a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do estabelecimento empresarial, tal interpretação gramatical e literal conduziria ao absurdo - não podendo, desse modo, prevalecer.

Afinal, ao ingressar nos muros do estabelecimento empresarial, o trabalhador se coloca sob o pleno poder empregatício, fato que define, de maneira relevante, os conceitos jurídicos de jornada de trabalho e de duração do trabalho. A jornada de trabalho se inicia, desse modo, indubitavelmente, no instante em que o trabalhador se coloca sob a plenitude do poder empregatício, no ambiente do estabelecimento e da empresa; e isso significa o instante em que ingressa nos muros do ambiente empresarial, terminando a jornada no instante em que deixa os muros desse mesmo ambiente do estabelecimento de seu empregador.²⁶

Em mesmo sentido, apesar da existência de um rol de exceções em que o tempo gasto pelo empregado não deve ser considerado como tempo à disposição (§2º do artigo 4º, da CLT), não há qualquer menção ao tempo gasto com o deslocamento da residência do empregado até o local de trabalho, de modo que se tem contradição e incompatibilidade sistêmica, em razão de o artigo 4º não dialogar com o parágrafo 2º do artigo 58, ambos da CLT, sendo que aquele estabelece uma regra geral e o segundo norma específica mais restritiva.

Neste sentido, ainda que se requeira a aplicação literal do dispositivo legal em questão, conforme entendimento de alguns juristas, fácil é sustentar que o artigo 4º da CLT, ao não excluir o tempo gasto com deslocamento no rol de seu parágrafo 2º, reconhece que o período de deslocamento integra a jornada de trabalho, devendo ser considerado como tempo à disposição.

A esse respeito, assim lecionam Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

[...] a eliminação das horas *in itinere* do ordenamento jurídico não afeta, entretanto, o conceito de tempo à disposição no ambiente de trabalho do empregador e, por consequência, de duração do trabalho. Embora a má redação do novo texto do §2º do art. 58 da CLT eventualmente induza à compreensão de que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o trabalhador concretiza a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do estabelecimento empresarial, tal interpretação gramatical e literal conduziria ao absurdo - não podendo, desse modo, prevalecer.²⁷

Entretanto, não é apenas na legislação trabalhista que encontramos preceitos colidentes com a atual redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, isto porque na legislação previdenciária, o inciso IV, alínea “d” do artigo 21²⁸, da Lei n. 8.213/1991, dispõe que os acidentes ocorridos no percurso da

²⁶Op. cit., p. 122.

²⁷Loc. cit.

²⁸Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: [...] IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: [...] d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

residência do empregado para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de transporte utilizado, serão considerados como acidente do trabalho por equiparação, o que ratifica o entendimento de que o período de deslocamento integra o contrato de trabalho para todos os fins, inclusive para fins de proteção acidentária.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de o empregado ter seu contrato rescindido por justa causa do empregador (art. 482²⁹ da CLT) diante de ato cometido dentro do transporte fornecido para realização do trajeto entre casa-trabalho e trabalho-casa.

Veja-se que todos os argumentos utilizados pelo legislador apenas reforçam o fato de que se o empregado utiliza de transporte fornecido pelo empregador para chegar ao local de trabalho e para retornar à sua casa, é evidente a responsabilidade da empresa, justamente porque durante o período de deslocamento o empregado já está à disposição do empregador.

O princípio constitucional da vedação ao retrocesso social também serve como fundamento relevante para afastar a nova redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, já que impede a supressão de direitos sociais sem a correspondente contrapartida, como é o caso da eliminação das horas *in itinere*, em total prejuízo ao trabalhador. A estrutura principiológica consagrada através do inciso III³⁰ do artigo 1º; parágrafos 1º³¹ e 2º³² do artigo 5º e *caput*³³ do artigo 7º, todos da Constituição Federal, que, inclusive, atrai a incidência do artigo 26³⁴ do Pacto San José da Costa Rica ratificado pelo Brasil através do Decreto n. 678/1992, não pode ser desmantelada por legislação infraconstitucional.

Sobre o assunto, destaca-se o entendimento de Antonio Carlos Facioli Chedid:

A inserção da nova redação do §2º. do art. 58, a nosso ver, padece de doença jurídica grave e de fácil diagnóstico, de vez que em exame de constitucionalidade ou legalidade, resultará na demonstração de violação direta de princípios e literal disposição constitucional e de legalidade estrita, resultando, como o será exposto a seguir, em verdadeira condição ilegal de prestação de serviço ou tempo à disposição do tomador do trabalho, na ficção celetista, sem a contrapartida remuneratória.

[...]

Afirma o legislador, como se vê, que o tempo despendido pelo empregado, não é tempo à disposição do empregador, confrontando também como o art. 4º da CLT, em sua exegese teleológica [...].³⁵

As alterações promovidas pela reforma trabalhista no tocante às horas de percurso também gearam polêmica quanto aos contratos de trabalho firmados antes da nova legislação e ainda vigentes na data de sua entrada em vigor. Isto porque há dois entendimentos possíveis sobre a aplicabilidade

²⁹Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar; m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

³⁰III - a dignidade da pessoa humana;

³¹§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³²§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³³Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

³⁴ARTIGO 26 - Desenvolvimento Progressivo - Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

³⁵CHEDID, Antonio Carlos Facioli. Comentário ao art. 58 da CLT. In: LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. (org.). *Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho*: artigo por artigo – atualizada até o fim da vigência da MP n. 808/2017 e Lei n. 13.660/2018. São Paulo: LTr, 2018. p. 74-76. p. 75.

das regras trazidas: primeiro, no sentido de que as horas *in itinere* são devidas tão somente até 11.11.2017 e, segundo, que a nova legislação em nada interfere nos contratos em andamento, sendo, portanto, devidas as horas de percurso até o momento da rescisão contratual.

Sobre o assunto, há decisões divergentes. A seguir apresenta-se um julgado que determina a aplicação imediata das regras dispostas na Lei n. 13.467/2017 nos contratos vigentes, de modo que o direito do empregado às horas *in itinere* apenas persiste até 11.11.2017:

LEI SUPERVENIENTE. MUDANÇA DO TEOR DA ANTERIOR. PREVALÊNCIA DA ATUAL REDAÇÃO. HORAS *IN ITINERE*. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO OU ALTERAÇÃO CONTRATUAL *IN PEJUS*. CONTRATO EM VIGOR. Com o advento da Lei 13467/17 houve substanciais alterações, modificações e inserção de novos artigos na CLT. Assim, a partir de 11-11-2017, passou a existir um novo regramento legal. Destarte, as mudanças destacadas na nuper-citada lei não de ser observadas fielmente. Via de consequência, a partir da vigência da novel legislação não há mais que se falar em horas *in itinere*, conforme dispõe o artigo 58, §2º da Carta de Vargas, ainda que elas viessem sendo pagas até então. A supressão do pagamento pertinente, a partir de 11-11-2017, longe de configurar alteração contratual *in pejus*, revela-se fiel cumprimento à lei nova que ostenta eficácia plena e imediata e é soberana a comandar os atos *ad futurum*. Ademais, não existe o status de direito adquirido no que diz respeito às horas itinerantes, porque essas podem ser suprimidas, modificadas e/ou alteradas, a qualquer tempo, dependendo da condição, mormente agora com a atual legislação de regência. Horas itinerantes devidas até 10-11-2017 e supressão a partir de 11-11-2017, sem qualquer laivo de ilegalidade.³⁶

Em sentido oposto, as decisões a seguir apresentadas mantêm intocados os direitos inerentes ao contrato de trabalho iniciado antes da reforma trabalhista, sendo devidas as horas *in itinere* pelo período que perdurar o contrato:

HORAS *IN ITINERE*. A novel Legislação Trabalhista não se aplica aos contratos vigentes anteriormente à sua vigência, porquanto, a teor do disposto no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei em vigor terá efeito imediato e geral, desde que respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Aplicação do brocardo jurídico *tempus regit actum*. Por assim ser, a Lei 13.467/17, que suprime o direito às horas “*in itinere*”, não alcança os contratos em curso no momento de início de sua vigência, tendo em conta o direito adquirido dos empregados de continuarem a fruir o direito garantido pelo ordenamento jurídico anterior.³⁷

DIREITO INTERTEMPORAL DO TRABALHO. REFORMA TRABALHISTA. HORAS *IN ITINERE*. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 912 DA CLT. FATIGIDADE E VALIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. 1. O Direito do Trabalho tem regra própria de intertemporalidade. Nos termos do artigo 912 da CLT, os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência da Lei 13.467/2017. Constitui preceito de caráter imperativo, na literalidade do caput do artigo 444 da CLT, “tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho”. 2. Dispositivo que tenha por finalidade reduzir o conceito de tempo à disposição do empregador, tal como o disposto no §2º do art. 58, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, tem, portanto, eficácia somente em relação aos contratos novos, firmados a

³⁶BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (4. Turma). Recurso Ordinário n. 0012388-56.2017.5.03.0057. Relator: Paulo Chaves Correa Filho. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, 06 nov. 2018. Disponível em: https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetailhaProcesso.seam?p_num_pje=259290&p_grau_pje=2&cid=21124. Acesso em: 29 abr. 2019.

³⁷BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (11. Turma). Recurso Ordinário n. 0011638-52.2017.5.03.0090. Relatora: Juliana Vignoli Cordeiro. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, 25 out. 2018. Disponível em: https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetailhaProcesso.seam?p_num_pje=235625&p_grau_pje=2&p_seq=11638&p_vara=90&cid=21677. Acesso em: 29 abr. 2019.

partir de 11 de novembro de 2017, pois não objetiva proteger o trabalho, senão atender anseios do mercado de investimento. 3. Conjecturas a respeito da conveniência da aplicação, aos contratos em curso, do referido dispositivo previsto pela reforma trabalhista, ante a potencialidade de dispensa massiva, para contratação de novos empregados, pertencem à ordem da faticidade da assimetria entre capital e trabalho, não ao plano da validade jurídica. Tal racionalidade importaria em tornar absolutamente ineficaz, por exemplo, o artigo 468 da CLT e, em última análise, até em privar o próprio Direito do Trabalho de todo efeito, porquanto o vínculo jurídico de emprego funciona e subsiste sob uma incessante e recursiva relação de coação econômica, que transcende os limites da contratação, para situar-se no plano das relações sociais.³⁸

Assim, outra conclusão não resta senão a de que, mesmo após a reforma trabalhista, as horas *in itinere* continuam sendo devidas, observados os casos em que o empregado labore em local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, ou na existência de transporte os horários sejam incompatíveis com sua jornada, e utilize transporte fornecido por seu empregador, considerando que a aplicação literal do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT não se sustenta de forma isolada, diante do princípio constitucional da vedação do retrocesso social e das disposições contidas nos artigos 4º, 238³⁹ e 294 da CLT; inciso IV, alínea “d” do artigo 21, da Lei n. 8.213/1991 e alínea “c”⁴⁰ do artigo 3º, da Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 1.254/1994.

Considerações finais

Como regra, o tempo de deslocamento entre a residência do empregado até o local de trabalho não é considerado como tempo de efetivo exercício para fins trabalhistas, de modo que apenas de forma excepcional considera-se como tempo de efetivo serviço aquele destinado ao trajeto da casa-trabalho e trabalho-casa, como é o caso das horas *in itinere*, o que também pode ser extraído do parágrafo 3º⁴¹ do artigo 238, da CLT, que trata das turmas de conservação da via permanente.

A redação do referido dispositivo legal não foi alterada pela reforma trabalhista, assim como a do artigo 294 da CLT que traz regulamentação sobre o tempo despendido pelo trabalhador da boca da mina ao local de trabalho, os quais serviram como fundamento para a concessão do direito dos demais trabalhadores em obter remuneração pelas horas de deslocamento da residência até o local de trabalho e vice-versa.

As horas de percurso precisam ser analisadas sob a perspectiva de atividades desenvolvidas pelos trabalhadores no âmbito rural, considerando que boa parte da mão de obra utilizada pelas usinas produtoras de cana-de-açúcar, sobretudo no plantio e corte de cana, por exemplo, desenvolve atividades em propriedades rurais não servidas por transporte público regular, tornando necessário o fornecimento de transporte pelo empregador para que estes trabalhadores cheguem às frentes de trabalho, e por se tratar de local de difícil acesso, os trabalhadores enfrentam rotina diária de longo

³⁸BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (1. Turma). Recurso Ordinário n. 0011599-55.2017.5.03.0090. Relator: Jose Eduardo Resende Chaves Jr. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, 04 out. 2018. Disponível em: https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetailhaProcesso.seam?p_num_pje=242686&p_grau_pje=2&p_seq=11599&p_vara=90&cid=21898. Acesso em: 29 abr. 2019.

³⁹Art. 238. Será computado como de trabalho efetivo todo o tempo, em que o empregado estiver à disposição da estrada.

⁴⁰c) a expressão “local de trabalho” abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, e que esteja sob o controle, direto ou indireto, do empregador;

⁴¹§3º No caso das turmas de conservação da via permanente, o tempo efetivo do trabalho será contado desde a hora da saída da casa da turma até a hora em que cessar o serviço em qualquer ponto compreendido dentro dos limites da respectiva turma. Quando o empregado trabalhar fora dos limites da sua turma, ser-lhe-á também computado como de trabalho efetivo o tempo gasto no percurso da volta a esses limites.

percurso até chegarem aos postos de trabalho efetivo, e no retorno.

Entende-se, portanto, que a melhor interpretação da nova redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT deve ser aquela em que não se consagre a supressão do direito. Sendo assim, pela simples leitura do dispositivo legal conclui-se que a alteração legislativa nada mais fez do que deixar expressa a regra, antes já imposta, de que o tempo de deslocamento não deve ser computado na jornada de trabalho, ou seja, a alteração legislativa retoma o status legislativo existente antes de 2001, não tendo o condão de alterar o avanço jurisprudencial desenvolvido desde a década de 1970 que culminou na edição da Súmula n. 90 do TST, reconhecendo que, em circunstâncias especiais, o tempo de deslocamento deve ser considerado na jornada nas situações em que o local da prestação de serviços é de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, já que nesse caso o empregado não tem outra opção de trajeto.

A alteração legislativa decorrente da reforma trabalhista não pode extinguir o direito às horas *in itinere*, tendo em vista que a nova redação apenas deixa explícito que o simples fornecimento de transporte pelo empregador não enseja o direito do empregado à parcela. Todavia, nas hipóteses em que o local da prestação for de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, o direito deve se manter, pelas mesmas razões que levaram ao entendimento jurisprudencial, eis que já existentes antes mesmo da inclusão do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT.

Aliás, tal alteração em nada afeta o entendimento de que o transporte fornecido pelo empregador nessas condições não se trata de facilidade em benefício ao empregado, mas, sim, de necessidade do empregador que carece de mão de obra naquele determinado horário e local, fazendo parte, portanto, dos riscos do empreendimento que deve ser assumido pelo empregador (art. 2º da CLT), restando assim devido o pagamento das horas *in itinere*.

Ao que parece, o legislador acabou por desconsiderar que cabe ao empregador, por questões econômicas, estratégicas ou de qualquer outra ordem, decidir onde instalará a sede de sua empresa, com determinação do local onde o empregado prestará seus serviços, deslocando, assim, parte dos riscos do negócio de quem empreende a atividade para quem nela se insere.

Em resumo, tem-se que o tempo de deslocamento do empregado casa-trabalho e trabalho-casa, via de regra, não compõe a jornada de trabalho. Porém, quando o trajeto ocorrer de forma anômala, ou seja, em horário no qual inexista transporte público regular ou até mesmo em lugar onde esse mesmo transporte não chegue, alterando a dinâmica da vida e impondo sacrifícios àquele que entrega sua força de trabalho, essas circunstâncias devem ser levadas em consideração pelo empregador, que auferir ganhos com o uso da força de trabalho do empregado, o que justifica a manutenção das horas *in itinere*.

Ao final do presente estudo, necessário se faz concluir que a reforma trabalhista não colocou fim às horas *in itinere*, pelo contrário, a alteração legislativa apenas ratificou aquilo que já vinha sendo aplicado como regra, isto é, que o tempo de deslocamento realizado pelo empregado no sentido casa-trabalho e vice-versa não será considerado para fins de jornada de trabalho. Entretanto, caso a empresa esteja situada em local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, o tempo despendido pelo empregado no deslocamento de sua residência até o local de trabalho e o retorno para sua residência continuará sendo caracterizado como hora *in itinere*, sendo devida, portanto, a remuneração respectiva.

Referências

- AMORA, Antônio Soares. *Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Acordo Coletivo de Trabalho SP000511/2019*. Sindicato dos empregados rurais de Catanduva e Eliana Zancaner Castilho e outra. Brasília, DF, 15 jan. 2019. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR057273/2018>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Acordo Coletivo de Trabalho SP006204/2018*. Sindicato dos empregados rurais de Catanduva e COFCO International Brasil S.A. Brasília, DF, 12 jul. 2018. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR027810/2018>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (1. Turma). Recurso Ordinário n. 0011599-55.2017.5.03.0090. Relator: Jose Eduardo Resende Chaves Jr. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, 04 out. 2018. Disponível em: https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=242686&p_grau_pje=2&p_seq=11599&p_vara=90&cid=21898. Acesso em: 29 abr. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (11. Turma). Recurso Ordinário n. 0011638-52.2017.5.03.0090. Relatora: Juliana Vignoli Cordeiro. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, 25 out. 2018. Disponível em: https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=235625&p_grau_pje=2&p_seq=11638&p_vara=90&cid=21677. Acesso em: 29 abr. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (4. Turma). Recurso Ordinário n. 0012388-56.2017.5.03.0057. Relator: Paulo Chaves Correa Filho. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, 06 nov. 2018. Disponível em: https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=259290&p_grau_pje=2&cid=21124. Acesso em: 29 abr. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 1036-53.2013.5.24.0091. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 17 jun. 2016. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=82625&anoInt=2016>. Acesso em: 29 abr. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). Recurso de Revista n. 435370-26.1998.5.15.5555. Relator: Juiz convocado Renato de Lacerda Paiva. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 05 abr. 2002. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=22554&anoInt=1998>. Acesso em: 29 abr. 2019.
- CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- CHEDID, Antonio Carlos Facioli. Comentário ao art. 58 da CLT. In: LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. (org.). *Reforma trabalhista comentada por juizes do trabalho: artigo por artigo – atualizada até o fim da vigência da MP 808/17 e Lei 13.660*. São Paulo: LTr, 2018. p. 74-76.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEDEIROS, Rodrigo Peixoto. Supressão das horas in itinere. In: MIESSA, Élisson (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 389-398.

Obras consultadas

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Reforma trabalhista: pressa, atecnia e irresponsabilidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 1, p. 61-68, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+51-2017.pdf/800f2c9b-5f11-45fc-9699-925e57b9d61b>. Acesso em: 8 set. 2018.



Chamada por trabalhos

A revista DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares é uma publicação do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao Direito, à Administração, Sociologia, História, Literatura, Economia e áreas afins.

Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva – SP, Fone: (17) 3522-2405 ou para o endereço eletrônico: revistadireitoesociedade@unifipa.com.br

Seleção dos Artigos

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico.

Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados posteriormente aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial.

Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.
2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a

tradução será providenciada pela revista DIREITO E SOCIEDADE, que terá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.

3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências. O original deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).

4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.

5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, ideias principais e conclusões.

6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, em português e inglês (*keywords*).

7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.

8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deverá ser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.

9. Referências devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR6023:2018.

10. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessário, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: *DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS: Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*



Ramon Nobalbos
Gráfica e Editora

Tel.: (17) 3522-4453
E-mail: atendimento@nobalbos.com.br
Rua 7 de Setembro, 342 - Higienópolis - CATANDUVA - SP