

JOAQUIM CARDOSO DA SILVEIRA NETO
ISAÍAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO

VIVIANE DE JESUS SOUZA

EDUARDO DUARTE SANTANA

DEBATES PÓS-MODERNOS: PROPRIEDADE, LIBERDADE, REGISTRO CIVIL E POLÍTICAS



ORGANIZADORES

**JOAQUIM CARDOSO DA SILVEIRA NETO
ISAÍAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO
VIVIANE DE JESUS SOUZA
EDUARDO DUARTE SANTANA**

**DEBATES PÓS-MODERNOS:
Propriedade, liberdade, registro civil e políticas**

Belém-PA

Home Editora

2023

SUMÁRIO

A DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS COMO GARANTIA DO DIREITO À MORADIA	5
REGISTRO CIVIL E AUTONOMIA DA MULHER: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO IMPERATIVO PATRIARCAL EM TEMPOS DE LIBERDADE E RECONHECIMENTO.....	49
A FRAGILIDADE DO INSTITUTO JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O IMPEACHMENT DA MULHER DILMA	102
PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES: A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA	153
A LUTA PELO RECONHECIMENTO E PELO DIREITO TRABALHISTA .	166
O DISCURSO DA ADAPTAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: POR UMA QUEBRA DA ESTRUTURA CONSERVADORA E TRADICIONAL ...	171
O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A SOCIEDADE EM REDE: UMA ANÁLISE DO DISCURSO LEGAL.....	179
ANÁLISE DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOB A ÓTICA DA TEORIA DA QUEBRA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO E A SUPERVENIÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19.....	232
ANÁLISE DISCURSIVA DO FILME <i>AMSTAD</i>: LUTA PELO DIREITO DE LIBERDADE	240

PREFÁCIO

Importante tema do Direito, e que vem ganhando cada vez mais destaque com o debate acerca do Direito à Cidade, diz respeito a garantia constitucional da função social da propriedade que busca salvaguardar o Direito Fundamental à Moradia, mormente a relevância da discussão de como os bens públicos, em destaque os dominicais - bens que não possuem destinação pública - possuem o condão de garantir e efetivar retrocitado direito social.

Em tempos de discussão sobre igualdade de gênero e protagonismo da mulher, necessário refletir sobre todos os âmbitos da vida social, não se detendo apenas nos pontos que mais se revelam como de maior presença social. Nesse sentido, pensa-se acerca da desigualdade legislativa concernente aos direitos e deveres de homens e mulheres no ato de registrar seu filho, levantando pontos referentes à autonomia da mulher (ou na sua falta), discutindo a desnecessidade de acompanhamento do genitor da criança em uma época voltada para a relevância da liberdade e do reconhecimento do feminino contrastando com o imperativo patriarcal que reina por ora.

Por fim, necessário falar sobre o *impeachment*, ato de destituir um presidente do cargo por grave delito ou má conduta no exercício de suas funções interrompendo o seu mandato, sendo esse um instituto jurídico que levantou amplo debate público e ocupou os principais noticiários no ano de 2016, com a cassação do mandato da ex-presidenta Dilma Rousseff. O artigo em questão levanta a fragilidade do instituto brasileiro, devido à subjetividade dos seus tipos, avaliando o quanto pode ser utilizado para fins pura e exclusivamente políticos, enfraquecendo o princípio da legalidade e, por fim, colocando em risco o próprio estado democrático de Direito.

Além dessas discussões no campo do direito, há o trabalho que trata do pluralismo de modelos de famílias no seio da sociedade contemporânea e como os princípios constitucionais se levantam como

necessários no direito de família. Outro trabalho traz à tona discussões acerca do direito trabalhista e como ocorrem as lutas dos trabalhadores. Outro capítulo trata sobre as mudanças do conceito de família nos tempos atuais, tema muito discutido na sociedade. O direito ao esquecimento e sua interação com a sociedade em rede também ganham destaque no antepenúltimo capítulo, pois é um grande quadro de discussão na seara dos direitos. Outro capítulo traz uma análise e reflexões em torno da alienação fiduciária e a superveniência da pandemia da COVID-19. O penúltimo capítulo apresenta uma reflexão profunda acerca do direito educacional na construção do currículo referencial fundamentado na BNCC. O último propõe discussão acerca da luta pelo direito de liberdade a partir da análise do filme *Amstad*. Assim, desejamos uma boa e agradável leitura a todos que amam pensar acerca das leis e de sua forte relação com as amarras sociais.

Yandra Karolliny Santos de Carvalho
Joaquim Cardoso da Silveira Neto

CAPÍTULO I

A DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS COMO GARANTIA DO DIREITO À MORADIA

TAMIRES BATISTA DE SANTANA

1 INTRODUÇÃO

Um dos direitos essenciais para a vida humana é o direito à moradia. Apesar de sua grande importância na efetivação da dignidade do ser humano, ela não era mencionada no caput do artigo 5º e no artigo 6º da Constituição, o que induzia ao entendimento de que esse direito não era tutelado pela Carta Magna. Contudo, ao interpretar o conjunto das normas constitucionais, já era possível afirmar que o direito à moradia estava tipificado em nosso ordenamento jurídico, um exemplo dessa demonstração estava na adoção da usucapião urbano. Só em 2000 que foi inserido de forma expressa no caput do artigo 6º, por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro, passando, assim, a inserir-se dentro dos direitos sociais, caracterizando-se como direito fundamental de segunda geração.

É possível perceber a grande preocupação que há quanto à concretização dessa garantia no decorrer do texto constitucional, citando como exemplo, o artigo 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, e não há possibilidade alguma de efetivar esses dispositivos sem, ao menos, ter onde morar dignamente.

Embora todos tenham direito a uma moradia, poucos a possuem de forma segura e localizada em um lugar saudável que possa promover a qualidade de vida dos moradores, enquanto outros, nem sequer possuem um lugar para morar. Pensando nessa situação, o grande centro das preocupações do ordenamento jurídico hoje não é mais a propriedade, e, sim, a pessoa humana, no cumprimento de sua dignidade, garantida pela Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

Toda propriedade deve cumprir com a função social que é tratada na Constituição Federal de 1988 (artigos 5º, XXII e XIII, e 170, I e II, 182 a 191), no Código Civil (artigo 1228, parágrafo primeiro) e na legislação infraconstitucional (Leis nº 8.629/93; 10.257/01). Dessa

forma, propriedade sem função social é sinônimo de exercício abusivo de Direito. Logo, surge uma nova hipótese de desapropriação por interesse social do bem privado em benefício da coletividade, previsto no artigo 1228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002, assim, o proprietário que não cumpre com os ditames constitucionais, poderá perder sua propriedade em benefício daquele possuidor que não é proprietário, vislumbrando-se que se cumpra com a função social.

Diante do que foi exposto, observa-se que há uma preocupação do Estado quanto às garantias constitucionais, no mais, priorizando os direitos fundamentais do ser humano, a sua dignidade, e incrementando o direito à moradia. Mesmo a Constituição garantindo a inviolabilidade do direito de propriedade (artigo 5º, caput e inciso XXII, e artigo 170, inciso II), prepondera-se que esse direito não poderá ser usado de forma abusiva, prejudicando o direito alheio.

E, de acordo com o artigo 23, inciso IX da CF/88 é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, promover o direito à moradia, bem como melhorias de condições habitacionais e de saneamento básico. O Município é o principal responsável pela execução de tais políticas públicas, tendo em vista, que o artigo 182 da Constituição Federal alega que a política de desenvolvimento urbano é executada pelo Poder Público local, decorrendo daí sua competência para desenvolver programas habitacionais no âmbito local.

À vista disso, questiona-se se essa assistência ao direito à moradia é cumprida pelo Estado, e se suas propriedades cumprem com a função social determinada pelo ordenamento jurídico. Tornou-se costumeiro deparar-se com bens públicos dominicais de âmbitos locais abandonados e sem destinação alguma, configurando-se, assim, violação de uma norma criada pelo próprio Estado. Nesse sentido, o bem público dominical poderá ser desapropriado em benefício de uma coletividade que dê função social e cumpre o direito à moradia?

Os princípios basilares que protegem o patrimônio público estão se tornando ultrapassados, uma vez que não estão sofrendo modificações constitucionais. A Supremacia do Estado e a

indisponibilidade do interesse público vêm sendo tratados como absolutos, inadmitindo contestações. Tornando-se um verdadeiro postulado fundamental. Juristas e doutrinadores que o defendem dessa forma vêm contrariando sua verdadeira função que é a prevalência do interesse público sobre o privado. Conforme os objetivos primordiais da Carta Magna, são imprescindíveis desconstruir os princípios que defendem o patrimônio estatal como absolutos, em decorrência da função social da propriedade. Demonstrando que a técnica da ponderação de princípios deve ser utilizada quando há colisão de princípios, analisando-se caso a caso. A propriedade pública, da mesma forma, que a particular, com a constituição de 1988 não pode ser tratada como absoluta, já que deve sofrer limitações em decorrência do cumprimento da função social e do conseqüente direito à moradia.

Como consequência da função social da propriedade surgiu o instituto denominado de desapropriação judicial previsto no artigo 1228, §§ 4º e 5º do CC. Trata-se de uma aquisição não no interesse público primário, mas no interesse público secundário, em benefício de uma coletividade que cumpre com os requisitos do referido artigo. Assim, faz-se necessário analisar a possibilidade da desapropriação judicial, conforme o artigo 1228 §§ 4 e 5 do CC, no caso de imóvel público dominical. Pois, com a constitucionalização do direito civil o direito de propriedade deixou de ser absoluto, devendo respeitar limites traçados pela legislação atual. Esses limites têm como escopo positivar a propriedade como um direito fundamental do cidadão.

Através da desapropriação judicial de bens públicos dominicais, entram em choque dois princípios, o da supremacia do Estado e o direito a moradia, bem como a efetivação da função social da propriedade. Esse conflito deve ser resolvido através da ponderação, prevalecendo a prática dos direitos fundamentais sobre a enganosa supremacia estatal.

Esse instituto visa efetivar direitos fundamentais que tem sua eficácia cerceada por meio de um princípio absoluto que exime o Estado do cumprimento da função social dos seus imóveis, violando com isso

garantias constitucionais, tais como, o direito a moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana. A metodologia utilizada neste trabalho foi o método de abordagem dedutiva e a pesquisa qualitativa, usando da técnica exploratória e bibliográfica, através de doutrinas, artigos científicos, leis, jurisprudências e análise de precedentes.

2 CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS SOCIAIS: A QUESTÃO DA MORADIA NO BRASIL

O ser humano é composto de necessidades, se encontrando em equilíbrio quando todas as suas indispensabilidades estiverem realizadas. Porém, há necessidades básicas como família, alimentação, habitação, integridade física que não podem ser ausentes na vida do homem. O corpo social se estabelece de forma a reunir esforços visando à preservação recíproca e o atendimento destas essencialidades. Para uma maior organização e equilíbrio das diversas condutas, emerge a imprescindibilidade do Estado, instituição que visa o bem comum, e que se ampara no ordenamento jurídico, visando suprimir litígios, que em sua grande maioria são oriundos das desigualdades sociais. Destarte, uma coletividade que se constitui para de forma mútua atingir propósitos sociais não pode permitir uma sociedade com tamanho desequilíbrio e com ausência de fatores basilares para uma vida digna.

Um dos aspectos que mais demonstram essa disparidade social é a falta de moradia. “As desigualdades sociais produzem a exclusão social e a marginalização de grupos sociais com baixo poder aquisitivo, fato que os distanciam cada vez mais de uma moradia digna e do direito a uma cidade autossustentável” (RANGEL; DA SILVA, 2009, p. 70). Para que possa ser relatada com mais êxito essa realidade, se faz necessário demonstrar que uma moradia não é apenas ter um lugar para residir ou ser proprietário de um bem imóvel. Como um direito positivado no cerne dos direitos sociais, deve proporcionar proteção, intimidade, saúde, lazer, representando, à vista disso, uma das necessidades do homem.

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurada o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida (SARLET, 2007, p. 15).

É nesse sentido que nota-se o quão grande é a escassez desse direito no Brasil, mormente, considerando os moradores de situação de ruas, pessoas essas que são absolutamente desprovidas de direitos, totalmente desconhecidas pelo ente estatal. Tornou-se necessário, assim, que o ordenamento jurídico tivesse como premissa fundamental pôr fim às desigualdades sociais, erradicar a pobreza, promover o bem de todos (artigo 3º, CF/88) e para que isso seja cumprido é precípua que à moradia seja um direito de todos, pois, só a partir dele, poderão ser consubstanciados os objetivos da República, partindo do pressuposto que, sem um lugar para morar, não há erradicação da pobreza, não há bem comum, muito menos dignidade, e sem ela não existem direitos.

Importa neste aqui consignado, que a intensidade da vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais é diretamente proporcional em relação à importância destes para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época (SARLET, 2009, p. 15).

O direito à moradia entrou no rol dos direitos humanos desde 1948, quando foi inserido na proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário. Este foi o primeiro documento jurídico positivo a legitimar de forma exteriorizada, no âmbito internacional, tal direito, previsto no artigo 25, que anuncia:

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Posteriormente, o direito à moradia passou a ser positivado em outras declarações no âmbito externo, de acordo com Jamile Cherém Gomes de Araújo (2012), segue essa ordem cronológica: “a) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; b) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1969; c) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979; (d) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, de 1989; (e) a Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias” (p. 51-2). O termo moradia ainda não era utilizado, só veio a ser mencionado pela primeira vez, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, previsto em seu artigo 11, que assim expressa:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Foi reconhecido de forma expressa pelo Direito brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, como direito fundamental social, no caput do artigo 6º que assim alude:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Antes mesmo de essa emenda entrar em vigor, já era reconhecida a moradia como direito fundamental do homem. Considerando o ordenamento jurídico em sua integralidade é sabido, que os direitos fundamentais não se encontram apenas no Título II da Constituição, encontram-se não só fora deste como também fora da própria Carta Magna, e estão em constante processo de mutação e expansão, para que possa atender aos anseios de uma sociedade que está em transformação. Conforme Pereira (2012, p. 53):

Não se pode concluir, contudo, que antes da referida emenda o ordenamento brasileiro positivado não previa um direito fundamental à moradia. Chegar a tal conclusão só seria possível através de uma hermenêutica literal e restritiva, que não considera o sistema jurídico como um todo e vai de encontro à teoria geral dos direitos fundamentais.

Assim, mesmo sem previsão expressa, era possível extrair esse direito do princípio da dignidade da pessoa humana, partindo do pressuposto, de que, sem uma moradia não é possível viver de forma digna, e dos próprios tratados internacionais que o Brasil era signatário e o previam de forma expressa.

Para além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade (SARLET, 2009, p. 12)

A efetivação desse direito é imprescindível para a indubitabilidade do mínimo essencial inerente a todo ser humano, já que está intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana. João Rober Melo Cirner, a esse respeito se posiciona da seguinte forma “[...] a moradia guarda íntima relação com o direito à vida digna, porque não há como afirmar que uma pessoa vive com dignidade se ela sequer exerce o seu direito à moradia, ou se o faz, exerce-o em uma habitação desprovida de serviços essenciais” (2011, p. 35). Para que essa garantia seja materializada, não é necessário apenas de um lugar para morar, mas sim, que essas circunstâncias proporcionem uma moradia íntegra. A Organização das Nações Unidas (ONU), através do Comitê de direitos Econômicos, Sociais e Culturais, objetivou dar aceção ao conceito de moradia adequada, com isso, formulou em 13 de dezembro de 1991, o comentário Geral n.4, numerando as condições básicas para alcançar esse fim. Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 19) cita as mesmas em seu

artigo “O Direito fundamental á moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia”:

- (a) Segurança jurídica da posse: todas as pessoas devem possuir um grau de segurança da posse que lhes garanta a proteção legal contra despejos forçados, expropriação, deslocamento e outros tipos de ameaça;
- (b) Disponibilidade de serviços e infra-estrutura: acesso ao fornecimento de água potável, fornecimento de energia, séricos de saneamento e tratamento de resíduos, transporte, iluminação pública;
- (c) Custo de moradia acessível: adoção de medidas para garantir a proporcionalidade entre os gastos com habitação e a renda das pessoas, criação de subsídios e financiamentos para os grupos sociais de baixa renda, proteção dos inquilinos contra aumentos abusivos de aluguel;
- (d) Habitabilidade: a moradia de ser habitável, tendo condições de saúde, física e salubridades adequadas;
- (e) Acessibilidade: construir políticas públicas habitacionais contemplando os grupos vulneráveis, como os portadores de deficiências, ou grupos sociais empobrecidos, vítimas de desastres naturais ou de violência urbana e conflitos armados;
- (f) Localização: moradia adequada significa estar localizada em lugares que permitam acesso às opções de emprego, transporte público eficiente, serviços de saúde, escola e lazer;
- (g) Adequação cultural: respeito à produção social do habitat, à diversidade cultural, aos padrões habitacionais oriundos dos usos e costumes das comunidades e grupos sociais.

Embora todos tenham direito a esse domicílio íntegro para viver, é notável que no Brasil é constantemente violado, enquanto há pessoas que vivem em ambientes luxuosos, que possuem várias propriedades sem uso e sem destinação, há aqueles que vivem nas ruas perambulando em busca do mínimo para manter sua vida, são totalmente esquecidos e abandonados pelo Estado, infringindo a Constituição em seus ínfimos detalhes primordiais para a democracia de nosso país.

Em contrapartida na cidade de São Paulo, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2000, a quantidade de imóveis vazios era de 254 mil unidades para 203,4 mil unidades de déficit habitacional, o que conclui-se que havia mais imóveis vazios do que famílias sem terem onde morar, indicando então que há um enorme descaso com essa população, pois não é realizada nenhuma política de habitação para eles (ALMEIDA, NOZAWA, 2009, p. 3).

Há ainda aqueles que possuem um “teto”, contudo, totalmente impróprios para um ser humano viver, sem segurança, privacidade, saúde, educação, convívio social, vivem em tremenda desigualdade, constituindo, flagrante retrocesso em nosso ordenamento jurídico. O direito à moradia, assim, trata-se de um direito heterogêneo, não se resumindo em apenas possuir um bem imóvel, é necessário que diversos fatores estejam presentes para que possa se efetivar uma habitação digna e adequada. Sarlet (2003, p. 351-2) sustenta que o direito à moradia, na condição de direito fundamental, abrangeria um complexo de posições jurídicas (direitos e deveres), que assumiriam, simultaneamente, a condição negativa (defensiva) e positiva (prestacional), incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático), e, nesta dupla perspectiva, vincularia as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, na condição de destinatários deste direito.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos sociais foram inseridos nas constituições brasileiras desde a Carta de 1934, todavia, foi com a Constituição de 1988 que eles foram constitucionalizados. Através desse rol de direitos nela contemplados a mesma foi denominada como “Constituição Cidadã”. São contemplados pelo poder constituinte de 1988 como direitos fundamentais, apesar disso, há ainda diversos posicionamentos contrários, negando esse regime jurídico. “O poder Constituinte de 1988 reconheceu- sob o rótulo de direitos sociais – um conjunto heterogêneo de direitos (fundamentais)” (PEREIRA, 2012, p. 28). Há ainda aqueles que entendem que essas garantias são apenas demandas políticas, não os considerando como direitos, já que sua aplicabilidade depende de investimentos estatais.

Os direitos sociais, por sua própria natureza, invocam do poder público uma demanda de recursos para sua aplicabilidade plena, o que gera fortes pressões ideológicas e envolve escolhas políticas determinantes para conseguir alcançar o ideal de uma sociedade livre justa e solidária, objetivo consagrado em nossa Carta Magna (COELHO, 2007, p. 1-2).

Os direitos sociais são divididos em duas categorias, uma requer do Estado uma ação, um serviço, enquanto a outra demanda um não fazer estatal, logo, eles são compostos respectivamente por direitos prestacionais e direitos defensivos. “Pode-se afirmar, portanto, que os direitos sociais a prestações, a despeito de sua faceta positiva, também implicam direitos subjetivos negativos, podendo-se citar como exemplos, dentre outros, o direito de associação sindical e o direito de greve” (SARLET, 2008, p. 8).

Quanto à classificação, são considerados como normas constitucionais programáticas, que ordinariamente dependem de uma atuação futura dos órgãos estatais, porém, essa qualificação é derivada de uma interpretação reducionista da Carta Política. A discussão ganha força com a leitura do artigo 60,§4, inciso IV da Constituição Federal, em que adota a terminologia “direitos e garantias individuais”, não abrigo em sua literalidade a inclusão dos direitos sociais como cláusulas pétreas, mas não só estes como, direitos de nacionalidade, direitos políticos e diversos direitos coletivos referenciados no artigo 5º da CF/88, ocasionando uma aberração jurídica, que restringe ao invés de ampliar garantias constitucionais.

A leitura dos direitos fundamentais resulta em notável prejuízo ao cidadão, porque este terá seu patrimônio jurídico reduzido. Isto ocorre de forma numérica, quando reduz o rol de direitos fundamentais, quanto de forma sofisticada, através do enquadramento dos direitos sociais como normas programáticas (COELHO, 2007, p. 2-3)

Conforme o artigo 1º, IV da CF/88, os valores sociais é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, logo, conter os direitos fundamentais sociais a aplicações diferidas, necessitando de outra lei que os regulamentem para sua produção de efeitos é enclausurar tais normas e contrariar todo sistema democrático brasileiro. Ainda no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal temos que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Uma vez que o direito à moradia digna é um direito fundamental, componente do mínimo existencial, tal norma, assim como os demais direitos sociais estabelecidos no art. 6º da CF/88, são dotados de eficácia plena e imediata, não estando condicionados a previsões legislativas infraconstitucionais ulteriores. A norma constitucional, neste caso, é autossuficiente, e, goza de plena autonomia.

Devido a sua grande importância e indispensabilidade é notório que estão elencados de maneira implícita nas Cláusulas Pétreas, podendo ser alterados, desde que seja para ampliar tais garantias, jamais para serem abolidos ou restringidos.

A garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos ‘casuismos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares’ (SARLET, 2001, p. 354).

A circunstância de um direito inserido no seio da Constituição depender de outra norma que o regulamente, não o torna somente por este fato, sem eficácia imediata. Deixar o alicerce do sistema democrático do país balizado pelas mãos do legislador é declarar que a Carta Mãe não possui nenhuma força normativa. “E não parece legítimo que se defenda que os direitos fundamentais são apenas enunciados sem força normativa, presos ao acaso da boa vontade do legislador” (COELHO, 2007, p. 5). O regime jurídico, assim, é único para todos os direitos fundamentais que estão inclusos, irrefutavelmente, os direitos sociais. Logo, os mesmos além de ser autoaplicáveis são inclusos nos limites materiais à reforma constitucional. Conquanto, essa aplicabilidade imediata pode ocorrer de diferentes formas nas garantias sociais prestacionais e nos defensivos, dependendo da singularidade de cada norma.

Rogério Gesta Leal (2009) ressalta que a natureza de tais garantias sociais é absoluta, tendo em vista, o bem da vida que com ele pode ser alcançado, através do exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, auferindo seus direitos individuais em máxima

extensão. Na dicção de Habermas a Constituição hodierna é um projeto inacabado, isto é, está em uma constante evolução, para que possa se adequar as necessidades da sociedade que surgem de acordo com o tempo. Visando através dessa perspectiva a garantia de justiça social a todos os cidadãos, acompanhando o desenvolvimento humano, para o autor, esse é o desafio do Estado social. “[...] o paradigma estruturante de toda a ordem social e normativa é a dignidade da pessoa humana, resta claro que há, no limite, sempre um dever de não retrocesso social aquém do mínimo existencial fisiológico” (LEAL, 2009, p. 102). Dessa forma, essas mudanças na Constituição devem ter um limite que se dá nesse mínimo existencial fisiológico que é amparado pela dignidade da pessoa humana, logo, há um dever de não retroceder a aquém desse mínimo, o que inclui incisivamente uma exegese restritiva da Constituição Federal.

4 MORADIA E A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS

Como já foram relatados, os direitos sociais têm plena eficácia, ocasionando para o ente estatal o *múnus* imediato de executar ações para efetivá-los. De acordo com Nelson Sale Júnior (1997, p. 69):

O direito à moradia como integrante da categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, para ter eficácia jurídica e social, pressupõe a ação positiva do Estado, através de execução de políticas públicas, no caso em especial da promoção da política urbana e habitacional. Com as constituições contemporâneas, a emergência de um significativo número de normas de caráter programático, referente aos direitos humanos de segunda geração foi se construindo uma ruptura à teoria clássica sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, visando a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a conferir a esses direitos o grau de aplicação imediata e direta.

É sabido que a moradia é um direito fundamental positivado na Constituição, com previsão ainda em tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, sendo assim, além de direito fundamental social, direito humano por também está presente no âmbito externo. “Como se infere, o direito à moradia é um direito humano essencial e já obteve pleno reconhecimento em inúmeros

instrumentos normativos internacionais. Isso ocorre por sua importância como direito humano básico e essencial a uma vida decente” (RANGEL; DA SILVA, 2009, p. 64). A Constituição Federal não menciona nenhuma regra específica sobre o direito à moradia, porém, tipifica no artigo 23, inciso IX que é competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a efetivação dessa garantia. Essa obrigação dos entes estatais se dá de maneira progressiva, conforme o artigo 4º, inciso II e artigo 5º, § 2º da Carta Magna. Segundo Leticia Ozorio (2003, p. 27), essa obrigação continuada dos entes estatais impõe a elaboração de meios materiais imprescindíveis para a concretização desse direito, através de algumas deliberações:

Adoção de instrumentos financeiros, legais, administrativos, fiscais, urbanísticos e de regularização fundiária para a promoção de uma política habitacional; Constituição de um sistema nacional de habitação de interesse social, descentralizado, com mecanismos de participação popular e recursos subsidiados; Revisão de legislação e instrumentos de modo a eliminar normas que acarretem algum tipo de restrição e discriminação sobre o exercício do direito à moradia; Imediata implementação de legislações e instrumentos de garantia do direito à moradia, especialmente o Estatuto da Cidade; Destinação de recursos públicos para a política habitacional.

A repartição de competências entre os entes é dividida de forma privativa, exclusiva, comum, concorrente, reservada e suplementar, preponderando nessa divisão o princípio da predominância de interesses. Nesse interim, conforme o artigo 21, XX da CF/88 compete privativamente a União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.” Essas orientações servirão de direcionamentos para implementação das políticas públicas pela própria União, Estados e Municípios. De acordo com o artigo 182 da Constituição o Município é o principal ente responsável pela política de desenvolvimento urbano, que deve ter por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, desse enunciado provém sua competência para desenvolver no âmbito local projetos de moradia.

Nesse diapasão, os Municípios deverão criar leis e programas administrativos que visem à garantia do direito à moradia digna, isto é, que não proporcione apenas um “teto” para morar, mas sim, que atendam a todos os requisitos necessários, com acesso a educação, saúde e lazer. É mister ressaltar que, a maioria dos Municípios deverão estabelecer nos programas condições, para dar preferência aqueles que mais necessitam dessas políticas públicas, pois, sabe-se que as verbas administrativas nem sempre consegue atender toda a população. Como bem explica Alexandre Bernadinoet Costa (2009, p. 108), “A competência para desenvolver políticas públicas cabe ao Poder Executivo, por meio da definição de prioridades e da escolha dos meios para sua realização, e ao Poder Legislativo, por meio da elaboração de leis, inclusive orçamentárias”.

Essas políticas devem estar sempre em continuidade para que possa atender a todos na ordem da necessidade de cada um. Outra forma de efetivar o direito à moradia é a fiscalização das propriedades, para garantir que as mesmas estejam cumprindo com a função social, pois caso não cumpra configura-se abuso de direito em consonância com aquele que não tem onde morar. Desse modo, cabe ao Estado tanto a defesa desse direito quanto sua efetivação. Conforme, Saule Júnior (1999, p. 79):

Essa obrigação na verdade tem dois aspectos. Um de caráter imediato de impedir a regressividade do direito à moradia, de impedir medidas e ações que dificulte ou impossibilite o exercício do direito à moradia [...] O outro aspecto da obrigação do Estado Brasileiro de promover e proteger o direito à moradia é de intervir e regulamentar as atividades do setor privado, referente a política habitacional, como a regulamentação do uso e acesso a propriedade imobiliária, em especial a urbana, de modo que atenda sua função social, regulamentar o mercado de terra, dispor sobre sistemas de financiamento de habitação de interesse social, regulamentar e dispor sobre o uso do solo urbano, sobre o direito de construir, dispor sobre instrumentos tributários, dispor sobre regimes de locação, de concessão de uso para fins de moradia.

A tese sustentada por Saule Júnior aborda o que já foi relatado anteriormente em relação à divisão dos direitos fundamentais sociais

que é efetivado de forma defensiva e prestacional. A distribuição de competência dos entes federados visa uma melhor efetivação dos objetivos fundamentais da República. A construção de uma sociedade livre, justa, solidária e, em contrapartida, a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), impõe, de maneira latente, a execução pelo Estado, em todos os graus (federal, estadual e municipal) de uma administração de fornecimento igualitário de propriedades, máxime de imóveis urbanos propícios às edificações de moradias. Porém, essa distribuição de propriedades visando atender garantias constitucionais nem sempre foi possível, haja vista, ao patrimonialismo que vigorava ser proeminente em relação à pessoa humana. Com isso, faz-se necessário o estudo da função social da propriedade que será abordada no tópico a seguir.

5 DIREITO À PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A discussão sobre o Direito de Propriedade passa indubitavelmente pelo Código Civil de 1916. Uma razão é a proteção a propriedade privada como um direito inalienável e, isso se torna ainda mais evidente quando se trata de bens públicos. Entretanto, ao longo dos últimos cinquenta anos e com o advento da Constituição de 1988 o instituto sofreu severas mudanças, especialmente quando se pensa em função social da propriedade. A primeira tese criada foi intitulada de teoria subjetiva da posse, constituída por Friedrich Carl Von Savigny na obra “Tratado da Posse”. Essa entende que a posse se configura quando houver a constituição física de dois elementos o “*corpus*” que é a apreensão física da coisa, isto é, a possibilidade de dispor e o “*animus*” que é corolário da vontade e a intenção de ser dono. Com isso, se um indivíduo exerce sobre a coisa o poder de desfrutar e ainda atua com a vontade tê-la como própria, está-se diante da posse.

Para Savigny, a posse caracteriza-se pela conjugação de dois elementos: o *corpus*, elemento objetivo que consiste na detenção física da coisa, e o *animus*, elemento objetivo que consiste na detenção física da coisa, e o *animus*, elemento

subjetivo, que se encontra na intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Não é propriamente a convicção de ser dono (*opinio seu cogitatio domini*), mas a vontade de tê-la como sua (*animus domini ou animus rem sibi habendi*), de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular (GONÇALVES, 2014, p. 49).

Os dois elementos são imprescindíveis, pois, na falta de um deles não há posse. No caso de existir o corpus, porém o animus estiver ausente, constitui-se mera detenção. “Por outro lado, a conexão com a coisa sem o caráter volitivo de tê-la como sua significa, segundo a teoria ora expressada, mera detenção.” (GONÇALVES, 2015, p.33). Nesse sentido, não constitui posse, conforme esse raciocínio a locação, o comodato, penhor, entre outras formas de relações em que não há o desígnio de tê-la. “Aqueles em que a pessoa tem a coisa em seu poder, ainda que juridicamente fundada (como na locação, no comodato, no penhor etc.), por lhe faltar a intenção de tê-la como dono (*animus domini*), o que dificulta sobretudo a defesa da situação jurídica” (PEREIRA, 1977, p. 19). Essa falta de segurança jurídica foi o que tornou tal teoria insustentável.

Savigny em busca de uma resposta para esse risco jurídico, além da posse e da mera detenção, forma uma terceira teoria, chamada de posse derivada, na qual atribui a “meros detentores” de acordo com a segunda hipótese, direitos possessórios, sendo possível assim proteger a coisa. Entretanto, esse fator demonstra ainda mais a fragilidade da tese subjetiva, tendo em vista, a contradição em relação aos conceitos defendidos nas argumentações precedentes.

Contrariando a própria tese, isto é, admitindo a posse sem a intenção de dono, SAVIGNY mostrou a fragilidade de seu pensamento, embora tenha procurado fazer a distinção entre o ânimo exigido para a posse e o ânimo exigido para a posse e o ânimo do proprietário propriamente dito. No primeiro caso, o ânimo é mais que representação (*animus representandi*). No outro, o arrendatário, o locatário e o usufrutuário estariam representando o arrendante, o locador ou o nu-proprietário, situação, no entanto, diferente daquela que a realidade apresenta (RIZZARDO, 2004, p. 21).

A teoria objetiva de Rudolf Von Ihering surge como principal oponente a teoria anterior, porém, a mesma foi crucial na formação das demais hipóteses legislativas. A partir de uma análise crítica da teoria subjetiva da posse, Ihering criou sua própria obra sobre a discussão intitulada de “Teoria Simplificada da Posse”. Na obra o autor faz críticas aos conceitos concebidos pela teoria antecedente, pois considera suas ideias preconcebidas, impedindo a imparcialidade para reconhecer o direito romano. Ressaltando ainda que quando formulou seu trabalho não tinha conhecimento suficiente de toda noção relativa à prática, tornando-se, assim, uma teoria falha, na medida em que, sobretudo na posse, não há compreensão sem a prática. Assim, Ihering formula seu parecer sobre o assunto, formando sua tese apenas com o elemento objetivo, o *corpus*, a materialidade da coisa, o poder fático sobre determinado bem, dispensando o elemento subjetivo (*animus domini*).

Para, IHERING, portanto, basta o *corpus* para a caracterização da posse. Tal expressão, porém, não significa *contato físico* com a coisa, mas sim *conduta de dono*. Ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua *função econômica* (GONÇALVES, 2014, p. 51).

Desse modo, a posse é a exteriorização da propriedade, sendo considerado possuidor aquele que se comporta como dono, e dentro dessa conduta já se encontra o *animus*. Esse elemento subjetivo não se forma pela vontade de ser dono, mas sim pela intenção de agir como se proprietário fosse. O Código Civil de 1916 filiou-se a teoria objetiva da posse, de acordo com José Manual de Arruda Alvim Netto (2009, p. 13-4):

O Código Civil de 1916 regulava, fundamentalmente, o assunto referente à posse, no seu art.485. Foi este último o primeiro Código Civil a consagrar a concepção da teoria objetiva de Ihering. Ambos os textos, o atual e o art.485, do Código Civil de 1916, não eram explícitos a respeito do *objeto material* suscetível de comportar posse. Posse, todavia, deve ter como objeto aquilo que está conceituado como sendo o objeto do direito de propriedade, *no plano do direito civil, e à luz de longa tradição* – ainda que para o direito de propriedade seja necessário estender a noção aos bens corpóreos.

Era definido no artigo 485 que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade”, por sua vez o código civil de 1916 não adotou a teoria objetiva de forma absoluta, podendo extrair de algumas passagens da legislação a inspiração na teoria subjetiva na qual não admitem a posse de direitos pessoais e, por conseguinte a ampliação da proteção possessória a esses direitos. Como esclarece Beviláqua (1941, p.30), “O Código reconhece a posse de direitos reais; não porem, a dos pessoais, que não são desmembramento do domínio.” Sendo o Código Civil orientado por essa teoria, a posse é o meio de defesa da propriedade, na qual a instrumentaliza. “Se, por um lado, o Código Civil revogado não adotou por completo a teoria objetiva da posse, por outro é inegável que a análise da dogmática surgida após sua entrada em vigor aponta para uma função da posse vinculada à sustentação da propriedade” (GONÇALVES, 2015, p. 46). Essa guarida da posse demonstra o tratamento do direito de propriedade como direito absoluto. Isso também se dá ao fato do código civil de 1916 ser patrimonialista, isto é, o patrimônio era o centro do direito civil, submergindo a pessoa humana. Nessa perspectiva aduz Lênio Luiz Streck (2002, p.38) sobre o Código civil já revogado:

Concebido para uma sociedade (pré) liberal-burguesa, deu tratamento privilegiado às “coisas” (afinal, o Código estabelece com “muita propriedade” como se deve comprar coisas, vender coisas, emprestar coisas, doar coisas, trocar coisas, devolver coisas, registrar coisas, fazer testamentos sobre as coisas, etc.), [...] em detrimento de pessoas e, fundamentalmente da coletividade.

Isto se dava pelo fato do direito civil e o constitucional seguirem ideologias distintas. Com a constitucionalização do direito civil a propriedade ganha um novo panorama.

6 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O direito civil sempre foi um dos ramos do direito mais distinto do direito constitucional. O patrimonialismo fundado nas relações civis contrariam os preceitos instituídos na dignidade da pessoa humana,

princípio este basilar na atual Carta Magna (artigo 1º, III, CF/88). A constituição Federal de 88 converte a pessoa humana como centro de todo ordenamento jurídico, mormente no direito civil, revertendo o patrimônio em uma órbita inferior ao da pessoa humana, exercendo ofício apenas de assistente, podendo ser dispensado. “Os designios constitucionais irradiam-se, como fundamento de validade, para todo o ordenamento jurídico, e é neste novo paradigma imposto pela Constituição que se enquadra o chamado “direito civil constitucional” [...]” (GONÇALVES, 2015, p. 110). Do mesmo modo, Luiz Eduardo Fachin (2000, p. 244-5) relata que a constitucionalização do direito privado ausenta-se do panorama patrimonialista auferido do século XIX, especificamente do Código de Napoleão, redirecionando para um conceito em que se prepondera o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa nas relações pessoais, visando a sua independência.

A propriedade passa a apresentar limites sociais peculiares que tem como finalidade a preservação do homem, pautados nas diretrizes trazidas pelo novo texto constitucional. “Compreende-se da reestruturação da propriedade perpetrada pela Constituição da República de 1988 uma tentativa de produzir alterações estruturais, prospectando uma sociedade a ser marcada pela solidariedade” (GONÇALVES, 2015, p. 106).

Esse novo padrão de propriedade tem como parâmetro a tutela de interesses coletivos socialmente consideráveis, por intermédio da função social. Conforme Pilati (2013, p.79) “A função social, com esse novo desenho do coletivo, redimensiona o individual e o público-estatal, como o próprio conceito de propriedade e a respectiva tutela jurídica – em termos estruturais”. Esse princípio se concretiza na obrigação imposta a todo proprietário de respeitar e desenvolver, no uso, gozo, disposição e reaquisição da sua propriedade, as destinações sociais e econômicas que são a ela inerentes. A função social já foi positivada em outras constituições como a do México e de Weimar, contudo foi a partir da

Constituição Federal de 88, com disposições contidas nos artigos 5º, XXIII, 170, III, 182, §§ 1º e 2º, 184 e 186, que foi possível analisá-los com base no conceito civilista de propriedade, trazendo limites que deverá dirigir o atual código civil. O princípio da função social da propriedade, portanto, é norma de natureza constitucional. É através dela que há o deslocamento do direito de propriedade do conceito patrimonialista individualista para a esfera das garantias constitucionais fundamentais. Logo, esse conceito de propriedade absoluta não mais vigora. “Função social implica admitir que a racionalidade econômica não seja absoluta, nem a produtividade por si só baste para fazer os desígnios primordiais do Direito, que é proteger a espécie humana e a perpetuidade da civilização” (PILATI, 2013, p. 76). Por conseguinte, foi permanentemente aniquilada a propriedade como direito irrestrito, sendo insustentável seu uso exclusivo e em benefício apenas do seu titular, ou a sua falta de destino, utilizando-a de maneira especulativa.

Essas limitações impostas têm como finalidade inserir a propriedade como um direito fundamental do cidadão, em concordância com o artigo 5º, inciso XXIII da CRFB/88. Corroborando com essa afirmativa, entende-se que a propriedade deve atender aos anseios do proprietário e da própria sociedade. “Este tratamento diferenciado tem como justificativa material a defesa da dignidade humana tendo em vista que o patrimônio deve servir à pessoa, e, portanto, as situações subjetivas patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa” (FACHIN, 2006, p. 43). A função social não surgiu como um limitador do direito de propriedade, mas sim, como um mecanismo de aprimoramento privado e público. Defende Arruda Alvim (2003, p. 54) que é mais congruente preferir, no lugar de *limitações ao direito de propriedade*:

Em elementos que participam do *delinear dos contornos do direito de propriedade*, do traçar o seu perfil, tal qual, hoje, se apresenta. Aliás, na realidade, em rigor, o que se ‘limitou’, ou seja, o que tem se *concebido de forma diversa*, não é a essência do direito de propriedade, mas a *extensão da expressão prática dos poderes afetados ao ‘dominus’*, predominantemente. O

perfil último e final do direito de propriedade, e da expressão prática que dela derivam, se extrai, efetivamente, de um mosaico de leis, de que faz parte a própria Constituição Federal, que prevê o direito de propriedade, passando pelo Código Civil, até às leis de zoneamento, de âmbito municipal.

Segundo o artigo 1.228 do Código Civil “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua o detenha”. Isso implica que, para que esse direito de reaver a coisa seja garantido por lei, o proprietário deverá estar cumprindo com os liames traçados pela Carta Magna, em prol do bem comum. Assim, a partir desse novo panorama, encontra-se uma nova visão de propriedade em consonância com o artigo 1.228, §§ 1º, 2º e o artigo 2.035, parágrafo único do Código Civil, que prescrevem respectivamente “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, à flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, e que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Diante da análise de todos esses artigos sobre o tema, chega-se ao entendimento de que o ordenamento jurídico constitucional de 1988 determina o direito à propriedade como fundamental, somente se a mesma atender a função social a ela correlacionada. O não cumprimento a esse preceito viola diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, pois está sendo exercida em descompasso com os direitos coletivos, sobretudo daqueles que não possuem propriedades. A inobservância dessa regra é exercício abusivo de direito, tendo em vista, que há a transgressão de uma norma constitucional, acarretando, com isso, sanções, que podem ocasionar até na perda da propriedade. Corroborando com essa afirmativa alude José Isaac Pilati (2013, p. 80):

A sanção pelo não cumprimento da função social, no paradigma pós-moderno, não se restringirá à desapropriação por interesse social das propriedades rural e urbana (nas suas especificidades). A autonomia do coletivo amplia o seu aspecto. A função social passa a beneficiar-se de princípios pertinentes aos demais institutos, como a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa. Por exemplo, o uso abusivo, anormal da propriedade individual que agride o ambiente, causa interferência na Propriedade Extrapatrimonial Coletiva; suscita conflitos a ser harmonizado por princípios assemelhados aos de Direito de Vizinhança (CC, art. 1.277).

Apesar do caráter perpétuo da propriedade, tal atributo é relativizado, pois é previsto no Código Civil circunstâncias que podem ocasionar na perda desse direito, a desapropriação por interesse social é uma delas.

7 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE: DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL

A intervenção do Estado no direito de propriedade provém do princípio básico da supremacia do interesse público sobre o privado. Do qual o Estado Democrático de Direito obtém a legitimidade das suas ações quando essas estiverem de acordo com o interesse da sociedade, e em caso de confrontos, entre interesse privado e interesse público, este último deve ser executado pelo Estado.

O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais têm como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão, se analisado isoladamente. Em razão desta busca pelo interesse público, a Administração se põe em situação privilegiada, quando se relaciona com os particulares (CARVALHO, 2016, p. 56).

Posto isto, por meio da contingência de restringir direito individuais para desempenhar necessidades coletivas, o Estado poderá delimitar o uso da propriedade, e em situações extremas, retira-lo do particular, devendo para isso, motivar a ação estatal. De acordo com o artigo 5º, XXIV é possível à desapropriação de bens por motivo de utilidade ou necessidade pública ou mesmo por motivo de interesse

social, desde que mediante o pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro. Conforme Matheus Carvalho (2016, p. 976):

A desapropriação é procedimento por meio do qual o ente público determina a retirada de bem privado do seu patrimônio, para que esse faça parte do patrimônio público, sempre embasado nas necessidades coletivas, mediante o pagamento de indenização, previamente definida, de forma justa ao proprietário.

Para que essa aquisição de posse originária seja efetivada de forma legal, devem estar presentes esses dois elementos conjuntos, e a ausência de qualquer um deles ocasiona a nulidade do ato. As contingências de interesse social tem seu fundamento na obrigatoriedade de observar e executar a função social da propriedade. A desapropriação de imóvel urbano que não cumpre com esse dever social, encontra respaldo na Carta Magna de 88, em seu artigo 182, § 4º, III, que expõe:

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O poder público ao constatar o descumprimento social do imóvel não irá realizar de imediato a desapropriação do imóvel, realizará previamente as imposições dos incisos I e II, § 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, que são “I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo”. Aplicado essas medidas e o proprietário não proporcionar a função social do seu imóvel, ocorrerá a desapropriação, que tem natureza sancionatória. A mesma ocorrerá com o designio de reduzir as desigualdades sociais e proporcionar destinação social ao bem expropriado. Em conformidade com o artigo 2º da Lei 4.132/62 considera-se interesse social:

O aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; a construção de casas populares; as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas; a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais; a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

Essas hipóteses jurídicas de interesse social não são limitadas a esse artigo, já que, tratam-se de preceitos legais imprecisos, oportuniza a atuação arbitrária do ente estatal, utilizando-se dos princípios da oportunidade e conveniência. Interesse social está intimamente ligado aos problemas sociais, ou seja, aqueles que englobam as classes mais pobres da população e o povo em geral, inerentes à redução das discrepâncias em sociedade. Assim, quando o direito a propriedade não é cumprido em sua integralidade constitucional, ele entra em choque com princípios de interesse maior e coletivos, devendo estes últimos prevalecer sobre o primeiro.

Em regra o direito individual de propriedade se harmonizará com o interesse público, com os demais direitos individuais, no equilíbrio geral de todos os direitos entre si, pois que essa é a situação de normalidade na vida do Estado. Quando, porém, excepcionalmente, se der a colisão entre ele e algum interesse, cuja satisfação seja necessária ou útil ao bem-estar coletivo, é que o Estado pode pôr em exercício o seu direito especial de desapropriar (FAGUNDES, 2010, p. 404).

O cumprimento da função social, nesse sentido, passa a ser condição para o exercício das faculdades de proprietário, usar, gozar, dispor e reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, conforme artigo 1.228, caput do Código Civil. É nesse diapasão que é fundamentada a desapropriação, e outros meios de aquisição de posse, pela violação da norma intrínseca que condiciona o uso perpetuo do imóvel. Diante da sua importância foram surgindo

novas modalidades de desapropriação consubstanciada nesse princípio e que vem ganhando repercussão no mundo jurídico. Esta discussão será retomada no próximo capítulo.

8 DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO CÓDIGO CIVIL

O código Civil em seu artigo 1228, §§ 4º e 5º criou um instituto denominado desapropriação judicial, que é consequência dos princípios da função social da propriedade e da posse. Trata-se de uma hipótese de aquisição que permite a desapropriação de um imóvel por um considerável número de pessoas, desde que a posse, por mais de cinco anos, seja de boa-fé e ininterrupta. Além disso, o imóvel deve consistir em extensa área, na qual os possuidores tenham realizado obras e serviços de interesse social e econômico relevante e haverá o pagamento de uma indenização. É exercido através do poder Judiciário, mediante intervenção do Estado, contudo essa transferência não será da propriedade privada para o ente público, mas sim, para o patrimônio de outros particulares. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 43) estabelecem que:

A modalidade indireta da desapropriação é fruto da ocupação dos bens por considerável número de pessoa, sem prévio ato expropriatório, como fato anterior à indenização, a maneira do que se dá no direito administrativo. A desapropriação é judicial, pois pela primeira vez no direito brasileiro quem determinará a privação do direito de propriedade não será o poder executivo ou o legislativo, mas o poder judiciário.

Diversas foram as divergências quanto à constitucionalidade desse artigo, e acerca da sua natureza jurídica. As discussões a respeito da sua legalidade giram em torno da garantia do direito fundamental de propriedade, disposto no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal. Os estudiosos que sustentam a inconstitucionalidade dos dispositivos alegam que a propriedade só poderá ser limitada com previsões expressas na Carta Política, assim, os proprietários só poderão perder a sua titularidade, nos casos das desapropriações expressas nesta, como no caso das que são motivadas por necessidade ou utilidade pública e interesse social (art.5º, XXIV),

entre as demais espécies oriundas do desmembramento do princípio da função social da propriedade, dispostos nos artigos 182, §4º, e 184, CF/88. Contrariando esse entendimento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald na obra *Direitos reais*, expõe que esse instituto não é passível de inconstitucionalidade, pois a perda da propriedade ocorre mediante indenização, o que difere da privação do seu direito subjetivo pela usucapião, que não abrange nenhum tipo de reparação ao antigo dono. Nesse mesmo sentido, continuam defendendo que esse instituto está dentro do conceito de interesse social, partindo do pressuposto de que a Constituição deixa a cargo do legislador a hermenêutica do que vem a ser “interesse social”, mesmo que essa benesse não seja diretamente ligada ao poder público.

Alegavam ainda que o instituto previsto no Código Civil é inconstitucional, pois somente o chefe do Poder Executivo poderia decretar esse tipo de desapropriação. Entretanto, outra parte da doutrina se posicionou e refutou essa tese, em discussões na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), realizada em setembro de 2002, criou-se o Enunciado de número 82, que determinou a constitucionalidade desse artigo que designa: “Enunciado 82-Art.1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva da propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art.1228 do novo Código Civil”. Logo, tornou-se majoritário esse posicionamento na doutrina brasileira. A tese de que não se pode aplicar o instituto do § 4º do artigo 1.228 do Código Civil, por que os mesmos são regidos por lei específica não procede, uma vez que, todas as leis infraconstitucionais, sejam elas de caráter público ou particular tem fundamento de validade na Constituição, servindo os direitos fundamentais como parâmetro para todo ordenamento jurídico. Nesse ponto de vista, relata Rosenvald (2008, p. 197):

Cumpram-se visualizar Direito Civil constitucional, no qual princípios de caráter superior e vinculante criam uma nova mentalidade, erigindo como direitos fundamentais do ser humano a tutela de sua vida e de sua dignidade. Essas normas de grande generalidade e grau de abstração impõem inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas. Os limites da atividade econômica e a função social dos direitos subjetivos

passam a integrar uma nova ordem pública constitucional e devem ser encarados como meios de ampla tutela aos direitos essenciais do ser humano. Hoje não mais se controverte acerca da repercussão da Constituição Federal nas relações privadas, porém a intensidade de tal intervenção. Alguns defendendo a imediata vinculação dos particulares aos direitos fundamentais; outros ponderando que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais requer mediação pela filtragem das cláusulas gerais do Código Civil.

Quanto à natureza jurídica desse instituto é tema controvertido na doutrina. Surgiram várias teorias a respeito, considerando desde a modalidade de usucapião até a desapropriação judicial. Predomina dentre os doutrinadores que não é possível a conceituação dessa modalidade de aquisição de propriedade através da usucapião, uma vez que, o pagamento de justa indenização a ser arbitrada pelo douto juiz não se adequa ao conceito do instituto. Adquirir a posse por meio da função social não é usucapião, segundo Miguel Reale o instituto previsto seria uma espécie de desapropriação judicial no interesse privado, significa que quem irá desapropriar não é o executivo, mas sim o judiciário, não no interesse público primário, mas no interesse público secundário, em benefício da coletividade de possuidores que ficaram cinco anos de boa fé, ocupando uma extensa área e fazendo ali obras de interesse social e econômico relevante. No que se refere à distinção entre o Interesse Público Primário com o Secundário, o primeiro advém do interesse do bem geral, é o real interesse da população que de forma direta ou indireta é afetada pela ação, já o segundo, possui caráter patrimonial, relaciona-se a economia das verbas públicas. Nessa lógica Marcelo Alexandrino (2010, p. 187), conceitua tais interesses:

Os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Esses interesses secundários são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos. Também são mencionados como manifestação de interesses secundários os atos internos de gestão administrativa, ou seja, as atividades-meio da Administração, que existem para fortalecê-la como organismo, mas que só se justificam se forem instrumentos para que esse organismo atue em prol dos interesses primários.

O conceito mais acertado até o momento gira em torno da desapropriação judicial, pois também é uma forma de aquisição do imóvel através de parâmetros sociais, sendo necessário ainda para a transferência da propriedade o pagamento da justa e prévia indenização, como alude o artigo 5º, XXIV da CF/88. Entretanto, há ainda aqueles que criticam esse termo, como Camilo de Lelis Colani Barbosa e Rodolfo Pamplona Filho, que sustentam não ser possível que o Poder Judiciário tenha a prerrogativa da ação, logo, não podendo executar o procedimento ou realizar os pagamentos, restará ao mesmo, assim, como nas demais ações de desapropriação, avaliar apenas o montante da indenização, seus respectivos adimplementos e as demais condições jurídicas da matéria.

Para que ocorra a desapropriação deverão ser observadas as imposições do §§ 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil, de forma cumulativa. Quais sejam: a) a posse interrupta, com mais de cinco anos e de boa-fé; b) que se trate de área extensa; c) que a posse seja exercida por um número razoável de pessoas; d) que haja realização de obras e serviço, em conjunto ou separadamente, de interesse social e econômico relevante; e f) a prévia e justa indenização devida ao proprietário. Os requisitos ora impostos não são resolutos, ficando a margem da exegese do juiz defini-los de acordo com o caso em questão e os preceitos constitucionais norteadores do instituto.

O instituto está permeado de conceitos legais indeterminados, os quais serão preenchidos mediante atuação hermenêutica do juiz, que atentará para as peculiaridades da casuística, sem perder de vista o texto constitucional, notadamente no que pertine à função social da posse e da propriedade, além, e principalmente, da dignidade da pessoa humana. (JUNIOR, 2009, p.33)

No que tange a previsão indenizatória mencionada no § 5º do artigo 1228 do Código Civil que alude “no caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”. Por conseguinte, essa previsão não permite que

o antigo titular da coisa seja confiscado, apesar do mesmo estar violando norma constitucional expressa para que ocorra a cessão da titularidade do imóvel postulado faz-se com o pagamento do valor arbitrado no título executivo judicial.

À vista disso, emerge a discussão a respeito de quem irá arcar com a indenização. Surgem duas hipóteses: a coletividade de pessoas que tem posse do imóvel e o poder público. De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, atribuir aos possuidores que possuem condições econômicas escassas, que estão efetivando o direito constitucional à moradia e proporcionando função social a posse é criar uma nova modalidade de usucapião coletiva onerosa. Contraria a finalidade do instituto imputar o pagamento aos mesmos, diante da situação que se encontram, logo, a tese mais acertada é a que tributa ao Poder Público o pagamento. De acordo com, Camilo De Lelis Colani Barbosa e Rodolfo Pamplona Filho:

Pouco provável que fosse a intenção do legislador que os possuidores, já tendo realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, por mais de cinco anos, como se proprietários fossem, ainda tenham que desembolsar valores para a aquisição efetiva de tal propriedade.

Assim, no caso de imóveis urbanos caberá ao Município (artigo 30, VII, CF/88) o pagamento do valor indenizatório, tratando-se de imóveis urbanos cabe a União (artigos 184 a 186, CF/88).

9 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOB OS FUNDAMENTOS DE ROBERT ALEXY

O princípio da ponderação constitui um importante instrumento para se pensar a conquista de direitos em sociedades democráticas. Assim, o jurista Robert Alexy, ao tratar do assunto, busca a maximização da efetivação de princípios, sem que para isso seja necessário à invalidação de um deles, utiliza-se da técnica como um padrão de fundamentação, de forma que, assegure a sua racionalidade. Nesse contexto, quanto maior a insignificância de um princípio, maior deve ser a relevância da satisfação do outro. Os princípios da

supremacia e da indisponibilidade do interesse público são à base das normas jurídicas que protegem o patrimônio público, sabe-se que os bens públicos não podem ser usucapidos, pois, em regra, são, imprescritíveis, impenhoráveis e não sujeitos a oneração. No direito hodierno, a supremacia do interesse público tem preponderância sobre o interesse privado, pois trata-se do bem coletivo em divergência com um bem de um particular, logo quando há choque de interesses entre esses dois institutos, o interesse público sempre prevalece, tornando-se um verdadeiro postulado fundamental.

O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais têm como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão, se analisado isoladamente. Em razão desta busca pelo interesse público, a Administração se põe em situação privilegiada, quando se relaciona com os particulares (CARVALHO, 2016, p. 56).

A supremacia do interesse público sobre o privado é considerado como princípio absoluto, no entanto, isso vem dando margem a decisões facciosas, uma vez que, essa norma norteadora do direito administrativo nem sempre atende a sua real função, qual seja a execução de garantias coletivas em preeminência dos direitos individuais, sendo utilizado para mascarar finalidades singulares do Estado, violando, assim, garantias constitucionais. O suposto interesse público não deve ser considerado mais importante que direitos fundamentais, pois ele nem sempre age no interesse social, mas no da própria administração. Quando o mesmo entrar em choque com outros princípios, deverá diante do caso concreto utilizar-se da técnica da ponderação para averiguar qual princípio deverá prevalecer. Assim como nos demais casos de colisões, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não deve ser tratado como dogma no mundo jurídico, pois o que se busca é a verdadeira consolidação do bem comum e das conseqüentes garantias constitucionais. Devendo preponderar sobre o particular apenas quando se busca o bem público

primário, pois, quando atua no bem público secundário, isto é, ambições específicas do próprio Estado não devem sobressair. Do mesmo modo segue a transcrição das seguintes jurisprudências:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. VALOR DO CONTRATO ADMINISTRATIVO INFERIOR A R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). RECEBIMENTO PELA EMPRESA CONTRATADA DAS TAXAS DE INSCRIÇÃO DO CONCURSO, EM MONTANTE SUPERIOR AO PERMISSIVO DA LEI DE LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

[...]

3. É imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello: "O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pág. 66). [...]

(REsp 1356260 SC 2012/0252591-0; T2 - SEGUNDA TURMA; DJe 19/02/2013; 7 de Fevereiro de 2013; Ministro HUMBERTO MARTINS)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SUPOSTAMENTE INDEVIDA ORIUNDA DO FUNDO DE INDENIZAÇÃO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO - FITP. PRETENSÃO VISANDO A RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CONFLITO LEGAL DE CARÁTER TRIBUTÁRIO. INTERESSE SECUNDÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

[...]

3. Consectariamente, a rubrica receita da União caracteriza-se como interesse secundário da Administração, o qual não gravita na órbita dos interesses públicos (interesse primário da Administração), e, por isso, não guarnecido pela via da ação civil pública, consoante assente em sede doutrinária: Um segundo limite é o que se estabelece a partir da distinção entre interesse social (ou interesse público) e interesse da Administração Pública. Embora a atividade administrativa tenha como objetivo próprio o de concretizar o interesse público, é certo que não se pode confundir tal interesse com o de eventuais interesses próprios das entidades públicas. Daí a classificação doutrinária que distingue os interesses primários da Administração (que são os interesses públicos,

sociais, da coletividade) e os seus interesses secundários (que se limitam à esfera interna do ente estatal). "Assim", escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello, "independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito". Nessa linha distintiva, fica claro que a Administração, nas suas funções institucionais, atua em representação de interesses sociais e, eventualmente, de interesses exclusivamente seus. Portanto, embora com vasto campo de identificação, não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse da Administração. [...].

Genericamente, como Calmon de Passos, pode-se definir interesse público ou interesse social o "interesse cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde". A Constituição identifica claramente vários exemplares dessa categoria de interesses, como, por exemplo, a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja defesa pode ser exercida inclusive pelos próprios cidadãos, mediante ação popular (CF, art. 5.º, LXXIII), o exercício probo da administração pública, que sujeita seus infratores a sanções de variada natureza, penal, civil, e política (CF, art. 37, § 4.º), e a manutenção da ordem econômica, que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (CF, art. 170). São interesses, não apenas das pessoas de direito público, mas de todo o corpo social, de toda a comunidade, da própria sociedade como ente coletivo. (ZAVASKI, Teori Albino, Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 52-54.)

[...]

(REsp 786.328/RS, Rel. Ministro **LUIZ FUX**, PRIMEIRA TURMA, julgado em **18/10/2007**, DJ 08/11/2007)

Quando o poder público age objetivando meramente a proteção de suas finanças estará agindo como uma pessoa privada, logo não poderão ser atribuídas prerrogativas processuais perante particular. Ocorre com grande periodicidade embates entre princípios constitucionais com os da administração pública, este último sempre sobressaindo. A colisão de princípios é solucionada através da técnica da ponderação, isto é, diante do caso em análise um dos princípios tem precedência em face do outro sob precisas circunstâncias, o que não significa que aquele que sobressair irá invalidar o outro, e aquele que cedeu não será declarado como clausula de exceção. De acordo com os fundamentos de Robert Alexy (2006, p. 93-4):

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode se resolvida de forma oposta. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.

Nesse seguimento, faz-se necessário analisar a colisão do princípio da supremacia do interesse público com o da função social da propriedade e conseqüentemente do direito à moradia. Com a vigência do princípio constitucional da função social, percebe-se que toda propriedade deve cumprir com liames traçados por nossa Constituição, em prol do bem coletivo, dessa forma, o particular que não cumprir com os ditames constitucionais em consonância com sua propriedade poderá perdê-la para outro que o faça, sendo usado como um método coercitivo para que contribua com o desenvolvimento econômico e social do Estado. Partindo desse pressuposto, percebe-se que o Estado, bem como os Municípios, muitas vezes, não cumpre com a função social, no que se refere aos bens públicos dominicais, que se encontram abandonados e não possuem um destino produtor. Coloca-se em pauta, um imóvel público que perdeu sua serventia, transformando-se, assim, em bens dominicais, sendo que o mesmo poderia ser alienado em prol do investimento dos cofres públicos, contudo não o faz, continuando ali sem nenhuma serventia, não contribuindo com o desenvolvimento econômico e social da nação.

Como o Estado juntamente com o Município deve cumprir com os direitos fundamentais garantidos a todo ser humano, poderia usar esse imóvel sem destinação para garantir o direito à moradia de muitos indivíduos, como os sem teto, que esperam do Estado alguma atitude, como a consolidação dessa garantia constitucional. Acrescente-se a isso que vários sem tetos sabendo que aquele imóvel é do Estado e que se encontra abandonado começam a habitar aquele local, dando destinação aquela propriedade, contribuindo com o bem coletivo, proporcionando a função social e ainda e mais importante,

consolidando seu direito à moradia. Nesse caso, o que terá mais valor, a supremacia do bem estatal, ou os direitos constitucionais garantidos por nossa Carta Magna? Essas pessoas devem ser expulsas desse local, permanecendo sem abrigo, em nome do fictício interesse público? Diante dessas indagações necessárias se faz a discussão a respeito do instituto da desapropriação judicial de bens públicos dominicais, que será abordado no tópico a seguir.

10 O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL PÚBLICO DOMINICAL

Os bens públicos submetem-se a três categorias: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais (artigo 99 do Código Civil). Os dois primeiros fazem parte do patrimônio indisponível do Estado, enquanto o último faz parte do patrimônio estatal disponível. Dessa forma, os bens de uso comum e de uso especial são inalienáveis (artigo 100 CC), enquanto os bens públicos dominicais podem ser alienados, observados as exigências da lei (artigo 101 do CC). Os bens públicos dominicais são, de acordo com o artigo 99, III e parágrafo único do Código Civil, os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. O Código de Contabilidade os definia como “os bens do Estado, qualquer que seja a sua proveniência, dos quais se possa efetuar a venda, permuta ou cessão, ou com os quais se possam fazer operações financeiras em virtude de disposições legais de autorização” (art. 810). Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p 751 e 752) os bens públicos dominicais tem as seguintes características:

1. Comportam uma função patrimonial ou financeira, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados a uma destinação de interesse geral; a consequência disso é que a gestão dos bens dominicais não era considerada serviço público, mas uma atividade privada da Administração;

2. Submetem-se a um regime jurídico de direito privado, pois a Administração Pública age, em relação a eles, como um proprietário privado.

Essa forma de considerar o caráter e a função dos bens dominicais tem como consequência o pensamento jurídico em que considera a sua administração como serviço público sob regime de gestão privada. Esse duplo ângulo fundamenta a sua sujeição a regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público. Nas palavras de Pontes de Miranda (1954, v.2: 136) “na falta de regras jurídicas sobre os bens dominicais, incidem as de direito privado, ao passo que, na falta de regras jurídicas sobre bens públicos stricto sensu (os de uso comum e os de uso especial), são de atender-se os princípios gerais de direito público. Desse modo, pode-se estabelecer uma relação entre os bens de domínio público do Estado com os do domínio privado. Assim, na falta de normas específicas sobre os bens dominicais, seu regime será o mesmo do direito privado, estando sujeito à alienação, a ser objeto de direitos reais e obrigacionais e ainda podem ser usucapidos. São suscetíveis de alienação, com fundamento no artigo 101 do Código Civil. Porém, a Constituição de 1988 vedou qualquer tipo de usucapião de imóvel público. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 753) “Essa proibição constitui um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade”. É possível que um imóvel reivindicado do artigo 1228, § 4º seja bem público dominical, já que não se trata de usucapião. Nesse sentido, Nelson Rosendal (2008, p. 48) alega que, *litteris*:

[...] a desapropriação judicial pode ser facilmente apartada da usucapião coletiva do art. 10, da Lei n.10.257/01. A usucapião do Estatuto da Cidade é restrita à população de baixa renda; só se aplica a imóveis urbanos; exige o animus domini, porém dispensa a boa-fé como requisito; pode ser obtida pelo ajuizamento da pretensão através da associação de moradores e não possui área individual superior a 250 metros quadrados. Mais importante, o ex-proprietário não receberá qualquer indenização.

A desapropriação do Código Civil não se restringe a apenas privilegiar aos desfavorecidos pela sociedade, compreendendo tanto propriedades urbanas como rurais. Para que a desapropriação seja executada deverá estar presente à comprovação da boa fé dos habitantes, não sendo necessária a comprovação do “*animus domini*”, e poderá ser alegada em via de defesa, tornando-se uma ação de natureza dúplice. Além de que o terreno deverá ser de uma extensa área e por fim constitui uma indenização pecuniária em benefício do dono. Conforme expressa Nelson Rosenvald⁸¹ (2008, p. 48) na senda da Medida Provisória nº 2.220/01, que institui a concessão de direito real de uso para fins de moradia, o terreno público abandonado ou devoluto que não recebe utilização e não cumpre a sua destinação não pode servir de meio de exclusão de acesso à moradia. O titular do direito subjetivo à moradia pode invocá-la contra o Estado, como contra qualquer particular.

Toda propriedade, mormente a pública, deve cumprir com a função social da posse. Sendo a finalidade do Estado, a busca do bem coletivo, não é compatível com isso que uma propriedade pública não efetive a função social, da mesma forma que o particular o Estado não pode ser um especulador imobiliário executando seu direito à propriedade de forma que infrinja o interesse social. Assim, o Estado poderá perder aquele imóvel que não cumpre com os ditames constitucionais, para os possuidores de boa fé que estão dando função aquele lugar, mediante indenização em benefício do mesmo, logo, não haverá desfalque ao patrimônio público. Corroborando com essa afirmativa, expressa o Enunciado 304 do Conselho de Justiça Federal:

304 — Art.1.228. São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos.

O principal problema a respeito do instituto é definir quem será o responsável pelo pagamento da indenização, já que, o Código Civil não expressa quem deverá quitar o valor da indenização ao dono do imóvel

habitado por um grupo de pessoas que nele efetivaram interesses sociais. Alguns entendem que a responsabilização são dos moradores do local, contudo, essa condição torna o instituto inaplicável, diante das condições financeiras da coletividade que ali se encontra. A outra interpretação é no sentido de responsabilizar o Estado, pois é ele o responsável pela garantia dos Direitos Humanos Fundamentais, como a moradia, porém, esse fator gera graves empasses relacionados ao orçamento e à política pública de moradia. O instituto ora em análise foi criado, sobretudo para regularizar “favelas”, não obstante, o imóvel também pode ser ocupado por pessoas que não possuam deficiência econômica. Nesse caso, a responsabilidade pela quitação do valor indenizatório será unicamente dos possuidores, não cabendo comprometimento pelo poder público. Conquanto, se os mesmo possuírem essa deficiência econômica, o pagamento deverá ser atribuído ao Estado, de forma compatível com a responsabilização fiscal.

[...] 6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos. 7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. [...] 8. deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e , acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos. Recurso ordinário não provido. (RMS 28.962/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, Dje 03/09/2009).

Essa incumbência ao Estado não pode ser determinada pelo poder Judiciário, pois a política pública habitacional é competência do mesmo, ao contrário disto, ocasionaria a inconstitucionalidade do instituto, por agressão ao princípio da separação dos poderes, além da

impossibilidade da execução do cumprimento da decisão por falta de recursos orçamentários. O Estado deverá participar da lide, pois não poderá o mesmo ser obrigado a cumprir decisão judicial do qual não foi parte. A sentença determinará somente o cumprimento das normas de política urbana e agrária, o que já está previsto na Constituição Federal. A Carta Magna, no artigo 167, veda a consumação de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, além de realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Nesse mesmo sentido, a lei complementar 101/00 em seu artigo 15, expressa:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

[...] § 4º As normas do caput constituem condição prévia para:

[...]

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

Logo, a deliberação judicial de responsabilizar o Estado pela quitação do valor indenizatório é incompatível com a Constituição e com a Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, para efetivar o instituto, resguardando a disponibilidade orçamentária do Estado, quando os ocupantes se tratarem de pessoas hipossuficientes, faz-se imprescindível utilizar-se dos meios positivados na Constituição Federal, pois o proprietário que não cumpre com a função social deve ser sancionado pelo poder público. De acordo com o artigo 182, §4º, III, é possível ao Município desapropriar imóveis urbanos que não executam a função social, com pagamento da indenização através de títulos da dívida pública, com sua emissão precedentemente aprovada pelo Senado Federal, com prazos de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

No caso de propriedade rural, cabe a União à desapropriação por interesse social, através de prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Essas possibilidades previstas na Carta Magna de 1988 dá existência real ao instituto, pois não responsabiliza os possuidores hipossuficientes aos pagamento do valor indenizatório, atuando ainda de acordo com a lei de responsabilidade fiscal, já que preserva o equilíbrio orçamentário dos entes federativos. Deste modo, o Poder Judiciário ao verificar as imposições presente na norma, deverá intimar a União ou Município, de acordo com a localização do imóvel, para que o ente se manifeste a respeito da possibilidade de executar a desapropriação. Até mesmo os entes federativos não são dignos de exercer o direito a propriedade, se o mesmo não atingir sua função social. É que mais importante que um suposto interesse público que muitas vezes não vai além de sua denominação, é garantir o bem comum, pois um simples nome não irá proporcionar garantias a seus cidadãos, é nesse sentido que se prepondera a prática dos direitos fundamentais sobre a enganosa supremacia estatal.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que os direitos fundamentais, bem como, o direito à moradia que se consubstancia na dignidade da pessoa humana, trouxeram uma nova perspectiva ao ordenamento jurídico, mormente ao direito civil com sua constitucionalização. Passando o mesmo a ter como foco não mais o patrimonialismo, e sim, a pessoa humana, em suas relações jurídicas.

A propriedade deixa de ser considerada como um direito absoluto, apresentando limites sociais que tem como finalidade a preservação do homem, de acordo com o texto constitucional. Esse novo conceito se concretiza na tutela de direitos coletivos, por meio da função social, que serve de parâmetro para que esse direito não seja exercido de forma abusiva, prejudicando de alguma forma a sociedade. Essas restrições têm como designio introduzir a propriedade como um direito fundamental. O exercício desse direito não deve atender apenas aos anseios do proprietário, mas sim de toda a coletividade, logo a função social não limita o direito a propriedade, torna o mesmo como um instrumento de aperfeiçoamento privado e público. O não cumprimento dessa norma viola o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, já que, está sendo executada de maneira contrária aos direitos coletivos, mormente daqueles que não possuem propriedades.

Apesar do caráter perpétuo da propriedade, tal atributo é relativizado. O código civil em seu artigo 1228, §§ 4º e 5º apresenta um novo instituto intitulado de desapropriação judicial, que é consequência do descumprimento da função social da propriedade. Nesse caso, o proprietário perde seu direito de propriedade em benefício de uma coletividade que está efetivando serviço social aquele imóvel, bem como, exercendo o direito à moradia. Partindo disso, nota-se que o Estado nem sempre cumpre com a função social das suas propriedades, é o caso dos bens públicos dominicais. Existindo as circunstâncias do artigo 1228, § 4º do Código Civil, nesse imóvel público, há a colisão dos princípios da supremacia do interesse público com o da função social

da propriedade e conseqüentemente do direito à moradia. Esse conflito de princípios assim como nos demais casos deve ser solucionado através da técnica da ponderação, sobressaindo aquele que tenha um peso maior diante do caso concreto. O princípio da supremacia do Estado, ou do interesse público sobre o privado ganha uma nova perspectiva com o texto constitucional de 1988, devendo atender aos verdadeiros anseios da coletividade, e não pautado em diretrizes absolutistas herdadas pelo direito administrativo.

As normas devem estar sempre em conformidade com essas garantias, em prol do bem da coletividade, diante disso, encontra-se a importância da desapropriação de bens públicos dominicais, em benefício de uma coletividade de possuidores que dão destinação a um imóvel do Governo, exercendo seu direito à moradia, e cumprindo com a finalidade social da propriedade, em virtude do fim social positivado pela Constituição de 1988. Para que isso ocorra, a supremacia do bem público deve cumprir com sua verdadeira função, que é atender aos anseios de seu povo, tutelando sua dignidade em todas as searas da vida civil. Destarte, embora pouco utilizado nas vias judiciais, fato que é percebível através da escassez de jurisprudências sobre essa desapropriação e pouco debatida tanto na esfera civil, como na constitucional, mostrando-se, dessa forma, que esse instituto garantidor dos direitos humanos fundamentais encontra-se esquecido, não obstante, esse fato não afasta a relevância que esse instituto jurídico representa em nosso meio social, devendo, assim, haver uma formação social dos aplicadores do Direito, quanto à aplicabilidade dos §§ 4º e 5º do artigo 1228, principalmente nos bens públicos dominicais, a fim de atingir os ditames sociais que estão expressos pela Lei Maior.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo Alexandrino. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

ALMEIDA, Elaine de Oliveira Silva; NOZAWA, Tamara Nomura. Violação ao direito à moradia: considerações sobre uma política higienista. **ETIC-**

Encontro De Iniciação Científica, v. 4, n. 4, 2009. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista> Acesso em: 3 nov. 2017.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. **Algumas anotações sobre a distinção entre posse e detenção**. IN: Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Coord. De Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Comentários ao Código Civil brasileiro: Livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil**. V. 11, t.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARBOSA, Camilo de Lélis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do art. 1.228 do Código Civil**.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CIRNE, João Rober Melo. **Direito à moradia**. Porto Alegre, 2011.

COELHO DE ALMEIDA, Dayse. A fundamentalidade dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. **Nômadias**, n. 15, 2007. Disponível em: <file:///C:/MONOGRAFIA/dcalmeida.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2017.

COSTA, Alexandre Bernadino et al (orgs). **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição**. Revista Trimestal de Direito Civil, Rio de Janeiro, v.4,p.244-245, out./dez. 2000.

FAGUNDES, Miguel Seabra, 1910- **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8.ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 9ed- São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. **A posse com direito autônomo: teoria e prática no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

JUNIOR, Cardoso; ARAUJO, Dinarth. **Da possibilidade jurídica de desapropriação judicial indireta de bens imobiliários públicos, nos termos do art. 1.228, § 40 E § 50 do Código Civil**. 2009.

JUNIOR, Cardoso; ARAUJO, Dinarth. **Da possibilidade jurídica de desapropriação judicial indireta de bens imobiliários públicos, nos termos do art. 1.228, § 40 E § 50 do Código Civil**. 2009. Disponível em:

<https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/3653/2/Dinarth%20Araujo%20Cardoso%20Junior.pdf>. Acesso em: 29.nov. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

OSÓRIO, Leticia. **Direito à moradia no Brasil. Fórum nacional de reforma urbana**, 2003. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia>. Acesso em: 3 nov. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Jamile Cherém Gomes de Araújo. **Entre o direito à moradia e o direito de propriedade: análise jurisprudencial e concreta à luz das políticas públicas que versam sobre direitos sociais prestacionais**. 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/> Acesso em: 03 nov. 2017.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; DA SILVA, Jacilene Vieira. **O Direito Fundamental a Moradia Como Mínimo Existencial, e a Sua Efectivacao a luz do Estatuto da Cidade**. Veredas do Direito, v. 6, p. 57, 2009. Disponível em: <http://heionline.org/HOL/Land>. Acesso em: 02 nov. 2017.

REsp 1356260 SC 2012/0252591-0; T2 - SEGUNDA TURMA; DJe 19/02/2013; 7 de Fevereiro de 2013; Ministro HUMBERTO MARTINS. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> Acesso em: 21.nov.2017.

REsp 786.328/RS, Rel. Ministro **LUIZ FUX**, PRIMEIRA TURMA, julgado em **18/10/2007**, DJ 08/11/2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/> Acesso em: 21.nov.2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Rosenvald, Nelson; Farias, Cristiano Chaves de, **Direitos Reais**, Ed. Lumen Juris, 5.ed, Rio de Janeiro, 2008.

SANTANA, Rômulo Pinto de Lacerda. **Do Interesse Público Primário e Secundário e da Necessária Revisão dos Privilégios da Fazenda Pública em Juízo**. In: SANTANA, Rômulo Pinto de Lacerda. (Org.). Do Interesse Público Primário e Secundário e da Necessária Revisão dos Privilégios da Fazenda Pública em Juízo. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. , p. 410-427.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. **Direito e Democracia**, 2009. Disp. em: <http://www.ulbra.br/upload/> Acesso em: 02. nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistência e desafios à sua eficácia e efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Ano 2008, v. 1, nº 6.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis**. São Paulo: Polis e Max Limonad, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **A constituição e o constituir da sociedade: a função social da propriedade (e do direito) - um acórdão garantista**. In: STROZAKE, Juvelino José. (Org.). **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres**. São Paulo: Método, 2002.

CAPÍTULO II

**REGISTRO CIVIL E AUTONOMIA DA MULHER:
Uma análise crítica ao imperativo patriarcal em tempos
de liberdade e reconhecimento**

JACKELINE ANDRADE DE JESUS MENDES

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa discorre sobre a desigualdade de gênero enraizada na Lei de Registros Públicos nº 6.015/73, o qual o art. 52 sofreu alterações pela Lei nº 13.112/2015 que ainda viola o Direito de Igualdade assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A problemática circunda em torno da área do Direito Civil, o qual adentra ao Direito de Família, tendo como delimitação o registro civil, pretendendo discutir sobre discriminação, restrições de gênero, machismo, constrangimento moral e violação de direitos fundamentais para com a mulher dentro da própria lei. Traz ainda, a ideia de conveniência paterna presentemente machista como forma de controle dos fatos, implícito na legislação vigente desde antes da separação Igreja/Estado. Com isso, observou-se que o nome do pai na certidão de uma criança somente constaria quando do seu reconhecimento espontâneo, não podendo a mulher indicar no ato do registro, salvo se casada civilmente ou munida de procuração de plenos poderes.

A pesquisa perpassa dentro de uma linha de pensamento crítico, que entende os conflitos de direitos, bem como a frágil tentativa de resolução do problema que é a desigualdade de gênero diante do tema, amalgamado à invisibilidade do mesmo perante a sociedade, impossibilitando de certo a contestação e oposição às decisões do legislador, acrescido também pela cultura de registro no Brasil. Será empregada a pesquisa exploratória como metodologia de desenvolvimento, e, segundo Gil (2002), o objetivo dessa tipologia metodológica é aprimorar ideias ou descobrir intenções, familiarizando com o problema, externando-o com o intuito de construir hipóteses resolutivas. De modo geral, a pesquisa possibilita o levantamento bibliográfico de artigos, doutrinas e publicações recentes para melhor entendimento e esclarecimentos devidos acerca do tema. Far-se-á também o uso do procedimento teórico, o qual Tachizawa e Mendes (2006) afirmam que a pesquisa teórica não requer coleta de dados e

pesquisa de campo, apontando ainda que, segundo Barros e Lehfeld (2000) esse tipo de pesquisa tem como finalidade o conhecer ou aprofundar conhecimentos e discussões.

Nesse ínterim, a desigualdade de gênero é abordada como uma construção histórica e cultural, divergindo do que se conhece por gênero - diferenças entre os sexos. Isto posto, o estudo do gênero tornou-se importantíssimo para a luta das mulheres, uma vez que excluiu a ideia de que as diferenças se dão devido às condições biológicas, servindo, portanto, como uma ferramenta política e analítica. No desejo de lograr êxito pela desconstrução dessa cultura patriarcal que discrimina a mulher no Brasil, é que esse projeto de pesquisa investiga as consequências dos conflitos gerados através das violações de direitos da lei em referência, bem como tencionar coerentemente sobre a devida mutabilidade real e interpretativa da Lei de Registros Públicos no que tange ao Direito de Igualdade.

A análise do problema examinou a origem da resistência feminina, ou seja, qual o contexto histórico da opressão da mulher dentro da sociedade que desencadeou a luta contra a desigualdade de gênero, e assim, destrincha os motivos das primeiras reivindicações por direitos. À vista disso, é imprescindível retornar as legislações já revogadas e observar as que permanecem em vigor, a fim alcançar uma possível determinação cronológica dessas conquistas femininas. No segundo capítulo, é traçada a linha do tempo da mulher, no que refere ao papel social, levantando que o patriarcalismo influenciou durante décadas nas leis brasileiras, tornando-se uma cultura social. Ainda é abordado o contexto histórico de submissão e inferioridade da mulher no âmbito familiar, político e profissional com base no gênero; a exclusão da mulher e sua participação na história, bem como os enfrentamentos em busca de direitos iguais nos séculos XIX e XX, a exemplo da urbanização, o direito de estudar e trabalhar fora do ambiente doméstico, o direito de votar e ser votada. Nos últimos anos, ao decorrer das evoluções sociais, esses costumes passaram a ser

vistos como insatisfatórios aos novos interesses das mulheres. No entanto, a cultura patriarcal continua enraizada nas legislações, especialmente quando se compreende o quanto o Código Civil de 1916 era patrimonialista e focado na figura paterna.

Posto que, trata-se de uma problemática ainda de pouquíssima visibilidade, o terceiro capítulo abordará uma valorosa discussão sobre o registro civil de natural e suas condições para a paternidade, evidenciando o heteropatriarcalismo, mesmo que com a singela alteração do art. 52 da LRP em acrescentar a mulher como uma das pessoas “obrigadas” a declarar o nascimento do seu próprio filho. Desse modo, discorrerá a causa de desigualdade de condições comparada ao homem e a responsabilidade do legislador diante desse problema. Este texto também discorre sobre a estigmatização da mulher, os enfrentamentos hostis sobre a paternidade de seu filho; trazendo também o abandono paterno como consequência dessa desigualdade, que pode ser usando o exemplo da inversão do ônus da paternidade instituída em 2005 no Peru. Por fim, a visibilidade feminina e todo histórico de lutas contra as discriminações de gênero ainda guerreiam com o patriarcado, na tentativa de fincar seu lugar de direito. Embora essa guerra não fizer o mínimo de sentido - quando visto por uma visão humanista - percebe-se que o sexismo, de fato, é predominante em todas as esferas públicas e privadas. Diante disso, é necessária que haja a desconstrução dos paradigmas patriarcais nas legislações, para que a igualdade impere em consequência da exclusão das desigualdades.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DE SUBMISSÃO E INFERIORIDADE

A trajetória de luta da mulher sobre o seu papel na sociedade e no mundo indica ausência de direitos, que historicamente, perduram eras, por isso, através dos incessantes gritos por igualdade e respeito, a mulher vem reverberando batalhas diariamente, conquistando ainda que lentamente, espaços de poder, os quais por muito tempo foram

exclusivamente ocupados por homens. A família enquanto fragmento social, desde os primórdios, enfrenta inúmeras modificações, tanto em matéria de conceito quanto de estruturação perante a sociedade e o Estado. Todavia, tais alterações não comportam a imensidão de sua demanda, haja vista, se tratar, primaziamente, de imposições paradigmáticas da própria sociedade, onde a mulher gratuitamente assumiu um espaço secundário, de inferioridade desde as civilizações antigas (gregas e romanas), estas apontadas na história como promissoras da instituição familiar, as quais idealizaram o homem como a única e ideal fonte de direitos (MONTEIRO; LEAL, 1998).

Em virtude do machismo e dos infinitos preconceitos amamentados pela sociedade, é fácil perceber a razão das leis brasileiras passarem despercebidas e inaplicáveis, isso porque, não existe esteio moral, já que a ausência de cobrança pela aplicabilidade das leis pode resultar no seu desuso. Dessa forma, a norma é suprimida pela sociedade inconscientemente. Na sociedade Greco-romana a condição da mulher era de submissão ao homem, onde a obediência ao homem e a religião se mantinha como o pilar dos bons costumes da época, tornando-se assim, regra característica da instituição familiar, na qual o poder pertencia a um único mestre¹ (COULANGES, 1996).

Segundo Fustel de Coulanges², na família greco-romana a mulher pertencia ao seu pai e com o casamento, ao seu marido. A religião sustentava a outra ponta do que à época compreendia por família. A mulher invocava os deuses do seu pai e, quando casava seguia o culto dos deuses de seu marido. De certo, na família antiga a união não nascia do sentimento, mas sim da religião, do fogo sagrado e dos seus antepassados. A submissão da mulher era tamanha no casamento grego, que sequer poderia demonstrar sua própria vontade durante a

¹ Cultuo a um único Deus.

²Numa Denis Fustel de Coulanges, foi um escritor e historiador francês, positivista do século XIX, no qual propunha investigar a relação entre a religião doméstica, a família e o direito de propriedade.

²Numa Denis Fustel de Coulanges, foi um escritor e historiador francês, positivista do século XIX, no qual propunha investigar a relação entre a religião doméstica, a família e o direito de propriedade.

cerimônia de casamento. Para adentrar a nova morada, o seu marido simulava um rapto, carregando-a nos braços aos gritos até o interior da casa, com o devido cuidado para que os pés da noiva não tocassem a soleira da porta – deixando claro seu desejo por obediência e submissão. As mulheres que a acompanhavam, por regra ritualística, fingiam defendê-la do suposto rapto (COULANGES, 1996). Em solo francês, o casamento era visto pela mulher como um portal para a liberdade, mesmo que submissa e restrita sob a perspectiva de suas vontades, uma vez que naquela época para usufruir de sua liberdade sexual, primeiro a mulher precisaria se casar e, só assim, experimentar um amor livre, ainda que extraconjugal. O adultério constituía crime gravíssimo, pois caso descoberto, os direitos de sucessão da prole eram sucumbidos (BEAUVOIR, 1967). Ressalta-se que para o homem, o adultério só seria considerado a partir de provas materiais, enquanto para a mulher adúltera, bastava a mera acusação.

Contrapondo a construção patriarcal, Jane Austen³ em um dos seus mais conhecidos clássicos da literatura inglesa *Orgulho e Preconceito (1813)* retrata a pressão sofrida por Elizabeth Bennet, diante a sua idade tardia – considerada à época- e por ser a filha mais velha de seus pais, deveria casar-se o mais rápido possível para que não ficasse esquecida na sociedade, uma vez que tudo indicava que sua irmã mais nova estava prestes a se tornar uma mulher casada. Entretanto, Elizabeth enquanto uma mulher definitivamente a frente do seu tempo, não se conformava em resumir a sua vida e a sua felicidade a um casamento arranjado sem o mínimo de afeto, ainda que casar-se com Mrs. Darcy significasse estabilidade para ela e sua família e, assim negou-se ser sua esposa. Com a negativa, Mrs. Darcy interferiu no casamento da irmã da Srta. Bennet, causando-lhe fúria, pois, haveria a colocado contra a parede e em situação de conflitos pessoais sobre seus princípios e a sua moral. De fato, Elizabeth não se deixou ser inferiorizada ou submissa a um homem, embora os sentimentos fossem

³Escritora inglesa, considerada a mais romancista da literatura inglesa do século XX; suas obras permanecem frequentemente utilizadas em estudos, devido a sua essência irônica e feminista.

entre eles correspondidos (AUSTEN, 1813). Nesta senda, sob um olhar evolutivo, são percebidas várias transformações em comparação a família contemporânea, principalmente no que se refere ao papel da mulher. Até o século passado, a mulher-esposa e os filhos se submetiam à obediência plena ao homem e ao comando patriarcal, não possuindo, portanto, autonomia sobre as próprias vontades e sentimentos. Essa educação deveria ser passada e ensinada aos homens da família, no qual daria seguimento aos costumes e crenças que garantisse a manutenção do patrimônio familiar (COULANGES, 1996).

A mulher-mãe de fato não possuía autonomia e autoridade alguma sobre seus filhos. O homem era quem comandava definitivamente tudo, inclusive o futuro dos filhos, enquanto a mãe, sequer poderia contribuir e expor suas opiniões. Ao se casar, a mulher tinha por obrigação que seguir os ensinamentos do pai, sucedendo o comportamento exemplar de sua mãe, e caso não se casasse, lhe sobraria o celibato ou entregar-se totalmente a vida religiosa (COULANGES, 1996). Dentro dessa perspectiva, a mulher movida pela indignação de se perceber como mero fantoche do homem, ainda com um prematuro desejo por liberdade, despertou para um senso crítico, dando início à luta por direitos que garantisse a igualdade em direitos. Ao longo dos séculos, a mulher conquistou o direito de ter direitos, ou pelo menos, de lutar por eles⁴ e guerrear fundamentadamente até conquistá-los de fato, resultando, assim, numa revolução cultural em que se enxerga constantes e necessárias modificações no âmbito familiar até os dias hodiernos.

Não é difícil se deparar com ideias machistas de que a mulher se subjugou como frágil sob a expertise daquilo que é mais fácil para desempenhar dentro da sociedade em comparação ao homem. No entanto, tanto a própria historicidade, quanto a contemporaneidade escancara a desigualdade, inclusive, no que pesa à esfera profissional

⁴ Terminologia de Hannaf Arendt, citada por Flávia Piovesan (2013, p. 28).

da mulher. A mulher sequer tinha notoriedade nos tribunais, onde desde o nascimento, era representada por seu pai e, posteriormente pelo homem que a esposasse, isso quer dizer que, devido ao gênero feminino, a mulher tinha seus “direitos” transmitidos ao seu pai e marido, que por serem homens, detinham de autonomia e total autoridade sobre suas vidas (COULANGES, 1997).

3 A CONDIÇÃO DE GÊNERO E A LUTA FEMININA

Gênero é um termo contemporâneo utilizado como instrumento metodológico na pesquisa da luta das mulheres. Na esfera sociológica, a expressão destina-se a conceitos culturais que constituem aspectos e promessas acerca de homens e mulheres, “a fim de dar conta do seu papel na história e na condição humana do fim do século XX” (MURARO, 2001, p. 9). Muito embora compreendido como uma “expressão” que estuda os sexos em sua condição biológica, é imperioso ressaltar que, o sexo também é uma construção sócio-cultural. Segundo a pesquisadora e feminista brasileira⁵, para ambos os sexos as considerações em torno dos estudos de gênero é interessante, tanto na vida pública, quanto na privada (SILVA, 1999, p. 12). Assim, afirma:

Importa acrescentar que já não são apenas as mulheres que estão interessadas e empenhadas nesta luta. Os homens estão-no igualmente, pois o desafio que todos, mulheres e homens, temos pela frente é o de aprofundar as características próprias de cada gênero e de criar sistemas de organização da vida coletiva que maximizem as sinergias de uma cooperação efetiva entre ambos.

Porquanto, ainda que para ambos os sexos, as questões de gênero sejam relevantes, são as mulheres que as buscam. Decerto, por conhecer a realidade de seus contínuos enfrentamentos - à condição de perdedora - justamente em razão de seu sexo, é sentida a necessidade de melhores discussões a respeito dessa realidade. Assim, dentre todas as questões globais que retratam a luta por igualdade de gênero, a promoção pela cidadania e os direitos humanos, destaca-se as técnicas

⁵ Economista e professora brasileira que dedicou a vida aos estudos pela justiça social e ao combate à pobreza.

que cada grupo social experimenta e considera válido para a resolução dos conflitos sociais. Para Scott (1995), o conceito de gênero estende-se à construção histórica e cultural no que pesa às relações entre os sexos. Entender a importância da abordagem de gênero nas normas e, discernir os retratos e ampliações dos ambientes sociais que tanto os homens, como as mulheres ocupam, se torna indispensável em toda a pátria, para que os avanços sejam definidos em lei e efetivados (SCOTT, 1995).

Os conceitos de gênero e sexo são comumente e equivocadamente confundidos, isto, pois, são compreendidos como sinônimos pela grande parte da sociedade. Segundo Teles (2006) quando discutida a questão de gênero, esta deve ser associada à socialização, vinculando-se a aspectos culturais, enquanto, por outro lado, sexo refere-se a circunstâncias exclusivamente biológicas. Para Louro (1997) a invisibilidade da mulher há muito tempo vem sendo rompida por algumas mulheres, com base nos diversos discursos de que o universo feminino não mais se limitava à atmosfera doméstica. Pormenorizadamente, não há dúvidas, sobre as atividades desenvolvidas, uma vez que o próprio contexto histórico relata as várias atividades desempenhadas pela mulher, tanto nas lavouras, quanto nas fábricas e oficinas. Gradualmente, mais e mais mulheres conquistaram também outros espaços, lugares esses, antes só administrados por homens, como escritórios, escolas e hospitais. Entretanto, suas atividades eram severamente controladas por eles, enquanto seu papel resumia-se ao assistencialismo, isso quer dizer que, quase sempre assumiam uma posição subalterna (LOURO, 1997).

A restrição imposta à mulher na sociedade denota caráter de inferioridade, o que motivou as primeiras mulheres a denunciarem a ausência de mulheres em outras posições de poder, com o propósito de provar o seu valor e a sua igualdade enquanto cidadãs. A partir disso, surgiram grupos feministas com o intuito de promover a luta por

direitos, por espaço na política, nos canais econômicos e acadêmicos (LOURO, 1997).

Fizeram mais, ainda: levantaram informações, construíram estatísticas, apontaram lacunas em registros oficiais, vieses nos livros escolares, deram voz àquelas que eram silenciosas e silenciadas, focalizaram áreas, temas e problemas que não habitavam o espaço acadêmico, falaram do cotidiano, da família, da sexualidade, do doméstico, dos sentimentos. Fizeram tudo isso, geralmente, com paixão, e esse foi mais um importante argumento para que tais estudos fossem vistos com reservas. Eles, decididamente, não eram neutros. (LOURO, 1997, p. 19, grifo nosso).

Por volta de 1970 e 1980 a luta feminista ganhou maior visibilidade no Brasil, tendo em conta o conceito de gênero que trazia novas considerações a respeito das desigualdades entre o homem e a mulher (LOURO, 1996). Logo, gênero pode ser compreendido como uma peça constitutiva das relações sociais instituída sobre as distinções entre os sexos, que envolve uma profunda análise para assimilar as mais diversas conexões entre os modelos de convívio humano (SCOTT, 2014). Depois das duras lutas feministas e várias reflexões, a ciência literária começa a estudar a temática de gênero, na qual se delimita como instrumento de inquirição e arranjo, haja vista as relações de gênero perfazer hegemonicamente superioridade sobre a mulher (LOURO, 1996). Através das pesquisas de mulheres norte-americanas do movimento feminista, o termo gênero ganhou um novo conceito, divergindo do conceito de sexo, antes utilizado, passando a creditar valor dentro dos grupos sociais. Desse modo, deu início aos novos processos de construção social (SCOTT, 1995; LOURO, 1997).

Numa outra posição, estarão aqueles/as que justificam as desigualdades sociais entre homens e mulheres, remetendo-as, geralmente, às características biológicas. O argumento de que homens e mulheres são biologicamente distintos e que a relação entre ambos decorre dessa distinção, que é complementar e na qual cada um deve desempenhar um papel determinado secularmente, acaba por ter o caráter de argumento final, irrecorrível. **Seja no âmbito do senso comum, seja revestido por uma linguagem "científica", a distinção biológica, ou melhor, a distinção sexual, serve para compreender — e justificar — a desigualdade social** (LOURO, 1997, p. 25; grifo nosso).

Nesse ínterim, Louro (1997) indaga que para se compreender “o lugar e as relações de homens e mulheres numa sociedade importa observar não exatamente seus sexos, mas sim tudo o que socialmente se construiu sobre os sexos. O debate vai se constituir, então, através de uma nova linguagem, na qual gênero será um conceito fundamental.” (LOURO, 1997, p. 26). As desigualdades justificam-se não nas divergências biológicas, mas sim nos encontros sociais, na história, nas oportunidades privilegiadas de alguns grupos e na cultura que esse seguimento arraigou com normalidade. Compreender gênero tornou-se circunstancialmente um estudo das afinidades de mulheres e homens construídas no decorrer da história, identificados em estudos sociais, onde embora estas relações acusem individualidade, ultrapassa a extravagância pessoal (PERLIN, 2006). No que diz respeito ao termo gênero, é essencial que este não seja atribuído à mulher como um sinônimo (TELES, 2006) – ainda que assimiladas habitualmente e, que utilizado em literaturas científicas a qual a mulher é posta como o objeto em estudo. Apesar de não se referir só à mulher, no instante em que é evocado o conceito de gênero, remete-se a memória histórica da mulher. Desse modo, “o conceito serve, assim, como uma ferramenta analítica que é, ao mesmo tempo, uma ferramenta política.” (LOURO, 1997).

No momento em que o conceito de gênero anuncia o caráter social do masculino e do feminino, ele exige daqueles que o utilizam ponderação sobre as diferentes sociedades e a divergência temporal que se referência (LOURO, 1997). Distancia-se, de certo modo, do que já existia, partindo do pressuposto de uma nova concepção a ser incessantemente construída. Por conseguinte, “as concepções de gênero diferem não apenas entre as sociedades ou os momentos históricos, mas no interior de uma dada sociedade, ao se considerar os diversos grupos (étnicos, religiosos, raciais, de classe) que a constituem.” (LOURO, 1997, p. 27). Nesse viés, cada vez mais os estudos feministas tomaram força, graças às revolucionárias transformações, que claramente, não se fizeram da ausência de intensas e polêmicas lutas.

Para Guacira Lopes Louro⁶ a simples transposição do termo para um contexto diverso não surtiria efeitos sem que houvesse, nesses espaços, um debate e um processo de ressignificação (LOURO, 1997). Em virtude das pesquisas sobre gênero, é no final da década de 80 que no Brasil, feministas ainda que comedidamente, darão palco ao termo “gênero” (LOURO, 1997), como retrata a pesquisadora Cristina Bruschini⁷:

Chegamos ao ano de 2000 com muito a computar em favor do desenvolvimento do que poderia ser chamada a área dos estudos de gênero e da condição da mulher, mais explicitamente. É possível dizer que, ao longo desse fértil período, os estudos sobre a condição da mulher foram se abrindo, inicialmente na direção de mulheres heterogêneas, de classes e raças diversificadas e com necessidades e problemas muito diferentes. **Nos anos 1980, a introdução de gênero amplia o foco desses estudos para as relações e assimetrias entre os sexos.** Mais recentemente, a ênfase é colocada no desbravamento de fronteiras, em direção a uma multidisciplinaridade bem-sucedida, mas ainda incompleta (BRUSCHINI, 2001, p. 08, grifo nosso)

Discutir gênero excede o universo feminino, mesmo que tenha sido o movimento feminista, em seu formato mais plural, o precursor do avanço linguístico e demarcador de “territórios sociais sexuais” (LOURO, 1997). Portanto, gênero não está restrito ao estudo da mulher, apesar de que a observância do contexto histórico-social das mulheres, inevitavelmente tenderá aos estudos de gênero. Assim, superada a compressão de gênero, serão explanadas as abordagens mais relevantes do universo feminino através da luta das mulheres e as buscas por reconhecimento dentro da história, dos ambientes públicos e privados.

4 EXCLUSÃO DE GÊNERO, ENFRENTAMENTOS E AVANÇOS FEMININOS

Enquanto dinamismo histórico, a luta da mulher por direitos humanos está em curso, tratando-se de um movimento que identifica as falhas e os contrastes dos direitos humanos, em virtude da exclusão

⁶ Historiadora brasileira, que dedicou a sua vida acadêmica aos estudos de gênero e sexualidade, se tornando uma das maiores referências feminina no país na chamada teoria *queer* (em português 'excêntrico'; 'insólito'), palavra que designa pessoas que não correspondem a um padrão cis-heteronormativo.

⁷ Doutora em Sociologia pela USP; feminista, pesquisadora e teórica dos seguimentos família e gênero no âmbito do trabalho.

das mulheres em toda a história humana. A luta feminina por direitos humanos é longa e, desde o século XVIII persiste a busca por liberdade, igualdade e fraternidade⁸. Problematizar a desconstrução da história contada da mulher e, refazê-la, certamente, é uma das atividades mais difíceis da história. A estudiosa Michelle Perrot⁹ pergunta “Como tornar possível uma história das mulheres se a nós foi negado até muito recentemente o acesso ao espaço público, lugar por excelência da História?” (PERROT, 1989, p. 09). O processo histórico nasce da construção sócio-cultural e, na leva histórica do Brasil, o homem sempre ocupou o papel de protagonista, deixando sem roteiro de valor, tanto a mulher, como índios, negros e outros grupos apontados como minorias sociais – os traçados “excluídos da história”, afirma Michele Perrot:

Escrever a história das mulheres? **Durante muito tempo foi questão incongruente ou ausente.** Voltadas ao silêncio da reprodução materna e doméstica, na sombra da domesticidade que não merece ser quantificada ou narrada, **terão mesmo as mulheres uma história?** (DUBY; PERROT, 1990 p. 09-10).

Na história no Brasil, estabeleceu-se uma concepção assexuada, onde a demanda de gênero somente nas últimas décadas assumiu parte da extensão epistemológica dos estudiosos da história e das ciências sociais (ORIÁ, 2009, p.32). Como dito anteriormente, não só no Brasil, mas em todo o globo terrestre, a história revela ainda que timidamente, o homem como o único representante dos interesses em sociedade, sejam eles coletivos e individuais – onde numa visão contemporânea, não mais se tolera tal julgamento. Apesar do desconfortante passado, diariamente nos deparamos com situações as quais o homem continua protagonizando, conscientemente, em prejuízo à mulher. É imperioso falar que, estes espaços, ora experimentados em toda uma história pelo homem, eram somente frequentados por eles, sendo a mulher proibida de acessar tais ambientes desacompanhada, ainda que expressamente públicos.

⁸ Lema francês de 1789, “*Liberté, Egalité, Fraternité*” invocado durante a Revolução Francesa.

⁹ Historiadora parisiense, considerada a grande mestra da História das Mulheres, consequência de sua obra ao lado de Georges Duby intitulada “*L’Histoire des femmes en Occident de l’Antiquité à nos jours*” (1991).

Inclui-se a essa conta o fato de que alguns eventos de avidez feminina e de grande importância, em termos de revolução, foram desastrosamente excluídos da história, devido à própria escassez da mulher e, até da sua legitimação nos recintos de ordem normativa, uma vez que as mulheres não detinham de direitos civis legalmente reconhecidos à época, podendo ser justificado pela falta de mulheres nos tradicionais espaços de excelência, como na medicina, no poder, na engenharia e demais zonas de extrema relevância social, permanecendo como uma “sombra tênue” (PERROT, 1991, p. 09), de subalternidade aos homens. No entanto, vale lembrar, que apesar das vagas lacunas referente ao posicionamento feminino dentro da história, não significa que seja essa, uma verdade absoluta, devendo, para tanto ser revisto através de estudos científicos e da notoriedade atribuída às novas histórias em que a mulher assume atitude de empoderamento, assim registra Maria Izilda Matos¹⁰:

A expansão dos estudos que incorporam a mulher e a abordagem de gênero na história localiza-se no quadro das transformações por que vem passando a história nos últimos tempos, sendo possível afirmar que, por razões internas e externas, esses estudos emergiram da crise dos paradigmas tradicionais da escrita da história, que requeira uma completa revisão dos seus instrumentos de pesquisa. **Essa crise de identidade da história levou à procura de “outras histórias”, o que levou a uma ampliação do saber histórico e possibilitou uma abertura para a descoberta das mulheres e do gênero.** (MATOS, 1997, p. 86; grifo nosso).

Sob o manto da borracha histórica que a mulher sofreu nos grandes eventos mundiais, Svetlana Aleksievitch¹¹ reconta uma história, quando narra em sua obra *A Guerra Não Tem Rosto de Mulher*(1985), relatos – até então desconhecidos - de soldadas soviéticas que estiveram no front¹² de batalha da 2ª Guerra Mundial como pilotas de tanque de combate, voluntárias, enfermeiras e franco-atiradoras. Desse modo, a escritora consegue provar que a história apenas mostra

¹⁰ Pós-Doutora brasileira em história, professora e escritora de diversos livros que retratam a luta feminina, com ênfase na história e gênero.

¹¹ Escritora ucraniana, a última mulher a receber o Prêmio Nobel de Literatura em 2015.

¹² Substantivo masculino; é o mesmo que linha de frente em confrontos militares.

a realidade da guerra no contexto masculino, ignorando por muito, a coragem da mulher nos conflitos militares, a sua importância nesses momentos históricos e os eternos encontros contra o machismo, vejamos:

Fomos recebidas assim: ‘Muito bem, meninas! Que bom que vieram, meninas. Não vamos mandá-las para lugar nenhum. Vocês ficam conosco no estado-maior’. Foi assim que nos receberam no estado-maior dos engenheiros do Exército. Demos meia-volta e fomos procurar o comandante do front, Málinski. Quando estávamos indo, se espalhou pela vila que duas moças estavam procurando pelo comandante. Um oficial se aproximou de nós e disse: ‘Mostrem seus documentos.’ Ele olhou. ‘Por que estão procurando o comandante, vocês precisam ir para o estado-maior dos engenheiros do Exército.’ Respondemos a ele: ‘Fomos mandadas como comandantes do pelotão de sapadores, e querem nos deixar no estado-maior. Mas vamos brigar para ser apenas comandantes do pelotão de sapadores e atuar apenas na linha de frente.’ Então aquele oficial novamente nos levou para o estado-maior dos engenheiros do Exército. E eles todos passaram muito tempo falando, juntou-se uma casa inteira de gente; cada um aconselhava, alguns também riam. **Mas nós insistíamos, nos defendíamos, dizíamos que tínhamos um encaminhamento e deveríamos ser apenas comandantes do pelotão de sapadores.** Então, aquele oficial que nos levou ficou irritado: ‘Senhoritas! Vocês sabem quanto vive um comandante de pelotão de sapadores? Um comandante de pelotão de sapadores só vive dois meses...’ ‘Sabemos, e por isso queremos ir para a linha de frente.’ Ele não teve o que fazer, assinou o encaminhamento: ‘Certo, vamos mandá-las para o Quinto Exército de Choque. Vocês sabem o que é um exército de choque, o próprio nome indica. Está permanentemente na linha de frente.’ Quantas histórias de apavorar não nos contavam. Mas estávamos contentes: ‘Concordamos!’ Chegamos ao estado-maior do Quinto Exército de Choque, e lá havia um capitão intelectual, que nos recebeu muito bem. Mas quando escutou que estávamos determinadas a ser apenas comandantes do pelotão de sapadores, arrancou os cabelos. ‘Não, não! Imaginem! Vamos encontrar trabalho para vocês aqui, no estado-maior. **O que foi, estão brincando? Lá só tem homens, e de repente o comandante é uma mulher — isso é maluquice.** Estão achando o quê?’ Passaram dois dias insistindo. Falando diretamente... Nos convencendo. Mas não cedemos: só aceitaríamos ser comandantes do batalhão de sapadores. Não arredamos um passo. Só que não parou por aí. Por fim... Por fim, recebemos a nomeação. Me levaram para o meu pelotão... Os soldados me olhavam: uns com zombaria, outros até com raiva, e alguns se denunciavam pelo movimento dos ombros. Entendi tudo imediatamente. **Quando o comandante do batalhão me apresentou, disse, vejam, essa é a nova comandante do pelotão, todos começaram a vaiar na hora: ‘Uuuuuu...’.** Teve um que até cuspiu (ALESKIÉVITCH, 2016, p. 892, grifo do autor)

Sendo assim, pode-se afirmar que a história inicia no momento em que houve a divisão de papéis - feita pelo homem -, das “aceitáveis” distinções na atribuição de responsabilidades do homem e da mulher. Desde as primeiras civilizações, como na Idade da Pedra Polida (8.000 a 4.000 anos), na divisão dos trabalhos, já existia a atribuição de papéis, estando à mulher designada as atividades voltadas para a família – cuidados com os filhos e atividades domésticas, muito embora participasse secundariamente da criação de animais (COSTA, 2011). Posteriormente, a família tomava posição coincidentemente unificada em termos de produção, isto, pois, no período capitalista, a atmosfera doméstica e do trabalho se tornavam uma única unidade; surgindo-se a partir daqui sociedades organizadas em clãs¹³ e aldeias. (COSTA, 2011). O sistema patriarcal está enraizado desde o período colonial (AZEVEDO, 2011) ao final do século XIX, na qual as sociedades eram dominadas pelos homens, sobrevivendo até na sociedade industrial (COSTA, 2011). No Brasil Império (1822-1889), embora não registrada dentro da história, mulheres já enfrentavam as imposições patriarcais e estatais, reivindicando por direitos iguais em relação à educação (TELES, 1999, p. 27). Eis que em 1827, com advento de lei, foi consentindo à mulher o direito de estudar, anuindo acesso as escolas básicas e, somente em 1879 o governo permitiu a entrada de mulheres nas instituições de ensino superior. Logo mais, em 1871, ainda no período escravocrata, a Lei do Ventre Livre¹⁴ vigorava, dando liberdade aos filhos de escravas que a partir daquela data nascessem e a Lei Áurea (1888), que colocava fim na escravidão (PRIORE; BASSANEZI, 1997).

A brasileira Nisia Floresta Brasileira Augusta¹⁵, precursora dos direitos femininos no Brasil e na América Latina, lança em 1832 o seu primeiro livro, onde aborda sobre os direitos de instrução feminina e

¹³ Um clã constitui-se por determinado grupo de pessoas ligadas pelo parentesco, que descendem de ancestrais comuns

¹⁴ Lei abolicionista, que assegurava a liberdade dos filhos de escravas a partir daquela data; promulgada pela Princesa Isabel em 1871.

¹⁵ Pseudônimo de Dionísia Gonçalves Pinto (1810-1885), nascida no Rio Grande do Norte – professora, escritora e poetisa brasileira. Primeira letrada na educação feminista no Brasil, nas mídias da época e nos movimentos sociais.

qualificação para o trabalho, denominado *de Direito das Mulheres e Injustiça dos Homens*, na qual inspirada na obra *A Vindication of the Rights of Woman* (1792) da escritora e feminista britânica Mary Wollstonecraft¹⁶ - defendeu os direitos da mulher, em termos de igualdade e oportunidade de acesso à educação e as universidades. Nesse mesmo sentido, Simone de Beauvoir (1967)¹⁷ defende que a autonomia da mulher teve pontapé inicial a partir do trabalho externo, pois a sua utilidade conheceu-se como imanente¹⁸ à coletividade, *in verbis*:

Assim, **o trabalho que a mulher executa no interior do lar não lhe confere autonomia; não é diretamente útil à coletividade, não desemboca no futuro, não produz nada.** Só adquire seu sentido e sua dignidade se é integrada a existências que se ultrapassam para a sociedade, na produção ou na ação: isto significa que, longe de libertar a matrona, ele a coloca na dependência do marido e dos filhos; é através deles que ela se justifica: em suas vidas ela é apenas uma mediação inessencial. O fato de ter o código suprimido a "obediência" dentre seus deveres, não modifica em nada a situação; esta não assenta na vontade dos cônjuges e sim na própria estrutura da comunidade conjugal. **Não é permitido à mulher fazer uma obra positiva e, por conseguinte fazer-se reconhecer como pessoa acabada. Por respeitada que seja, é subordinada, secundária, parasita.** A grave maldição que pesa sobre ela está em que o sentido mesmo de sua existência não se encontra em suas mãos. Eis por que os êxitos e os malogros de sua vida conjugal têm muito mais gravidade para ela do que para o homem: este é um cidadão, um produtor, antes de ser um marido; ela é antes de tudo — e muitas vezes exclusivamente — uma esposa, seu trabalho não a arranca de sua posição; é desta, ao contrário, que ele tira ou não seu valor. Amorosa, generosamente devotada, ela executará suas tarefas com alegria; elas lhe parecerão insípidas corvéias se as executa com rancor. Não terão nunca em seu destino senão um papel inessencial; não será nenhum socorro nos avatares da vida conjugal. **Cumpra-nos ver, portanto, como se vive concretamente essa condição essencialmente definida pelo "serviço" da cama e o "serviço" da casa e na qual a mulher só encontra sua dignidade aceitando sua vassalagem** (BEAUVOIR, 1967, pp. 209-210, grifo do autor).

Com os avanços do período industrial, o trabalho remunerado conquistou espaço fora da residência familiar, sendo a mulher

¹⁶ Foi uma escritora inglesa do século XVIII, assim como filósofa e defensora dos direitos das mulheres.

¹⁷ Escritora, filósofa francesa e uma das maiores teóricas feministas do século XX, autora de "O Segundo Sexo" que foi censurado pelo Vaticano.

¹⁸ De imanência – de origem filosófica e ontológica, conceitua aquilo que faz parte de modo inseparável de um ser; o que é inerente.

incorporada nas indústrias, ficando ela mais tempo fora de casa, embora a sua alocação fosse totalmente dependente em condições periféricas, no que se refere à segurança, saúde e desigualdade salarial. Surge, assim, o início da luta da mulher por respeito e dignidade no ambiente de trabalho e principalmente pelo fim dos privilégios masculinos (COSTA, 2011), isto, pois, com os avanços, a mulher saltou para uma realidade de exploração e prostituição, a qual desencadeou a relutância das indústrias na empregabilidade das mulheres, ainda que com salários desiguais (PRIORE; BASSANEZI, 1997). O condão da luta por direitos sociais e políticos femininos no Brasil, nasceu da inspiração das mulheres estadunidenses e europeias no final do século XIX, tendo repercussão em toda a América Latina (TELES, 1999, p. 38). Desse modo, a mulher brasileira externou um senso de justiça na luta em favor de igualdade salarial, de direito ao voto, de respeito e garantia por direitos trabalhistas iguais entre homens e mulheres. A luta por direitos políticos, bem como por direitos sociais estão registrados em jornais da época, estes produzidos por mulheres, que, indubitavelmente, contribuíram para o despertar de coragem de várias mulheres para o chamado revolucionário (TELES, 1999, p. 33).

Segundo Beauvoir (1967), a luta feminina jamais terminará, uma vez que para a mulher, cada conquista remeterá a uma nova luta, já que “a batalha contra a poeira e a sujeira nunca é vencida” (BEAUVOIR, 1967, p. 199). Desse modo, com as recentes conquistas trabalhistas e, em razão da dupla jornada de trabalho, a mulher necessariamente cravava novas batalhas, sendo uma delas, a luta por direitos de maternidade (COSTA, 2011). As desigualdades entre homens e mulheres derivaram das distinções biológicas, as quais perduraram no território capitalista sob o conceito de propriedade. Por serem enxergadas como inferiores aos homens, a mulher, década após década, assiste à objetificação do seu corpo e opressão, como se pode notar na

literatura brasileira, nas obras de Jorge Amado¹⁹, a exemplo de *Gabriela, Cravo e Canela* (1958).

Teles (2008) denota que o teor do movimento feminista se resume a intensa luta da mulher contra a discriminação e a sua passividade, em busca de palco, afim de que dirijam tanto quanto sejam protagonistas de suas próprias histórias. No início do século passado, as mulheres deram um salto nos ditos protestos. A partir dessa luta organizada, toda manifestação contra a opressão feminina foi intitulada de feminismo, enquanto o conjunto de mulheres em favor da reestruturação social ficou denominado como movimento de mulheres (COSTA, 2011). Em vista disso, em 1910, Deolinda Dalho²⁰, professora e indianista baiana instituiu o Partido Feminino Republicano, sustentando que a mulher fosse reconhecida como sujeito de direitos políticos e, que independente do sexo, o cidadão brasileiro tivesse livre acesso as instituições, à cargos públicos e políticos de igual forma. Na mesma década, Dalho movimentou uma passeata com quase 100 mulheres, no Rio de Janeiro pelo direito ao voto. Entretanto, a campanha pelo voto feminino somente alcançou destaque com a instituição da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, com as ações de Bertha Lutz²¹ (SOTER, 2003, p. 55).

Pouco tempo depois, em 1918, Bertha Lutz se tornava a segunda mulher eleita no parlamento. Por sua vez, fundou no Rio de Janeiro uma organização formada por mulheres denominada de Liga para Emancipação Intelectual da Mulher, que visava à promoção da qualificação e instrução educacional feminina; a obtenção de garantias legislativas no âmbito do trabalho feminino; a proteção à maternidade e suas proles; incentivo as mulheres à carreira política; assegurar direitos políticos e conscientizar sobre o que eles representam. Posteriormente, em 1922 essa instituição tornou-se Federação Brasileira para o

¹⁹ Escritor e poeta brasileiro, autor de “Capitães de Areia” e conhecido por seus intensos romances protagonizados por mulheres.

²⁰ Professora e ativista das causas indígenas, onde durante anos defendeu a alfabetização das tribos e, em 1910 dedicou-se à luta das mulheres por espaço na política.

²¹ Ativista feminista, bióloga, e política brasileira responsável pela conquista do voto feminino no Brasil.

Progresso Feminino, tendo realizado o I Congresso Feminista do Brasil no Rio de Janeiro (SOW, 2009). Nos dizeres de Céli Pinto²² (2003), a primeira fase do feminismo, em 1920, no Brasil, teve como ponto principal a conquista de direitos políticos femininos, enquanto eleitoras e candidatas a um cargo político. Somente em 24 de fevereiro de 1932, com o decreto presidencial nº 21.076 de Getúlio Vargas, as mulheres consagraram a vitória de árduas lutas, tornando-se o voto uma realidade. A norma regulamentou o processo eleitoral no Brasil, assegurando a universalidade e o segredo do voto, concedendo a todos maiores de 21 anos o direito de voto, independente de nível de escolaridade e irrestrito a condição sexual, conforme a Constituição de 1934, direito este, inserido com o fundamental apoio de Carlota de Queirós²³, que à época integrava a Assembleia Nacional Constituinte (PINTO, 2003).

Finalmente, em 1945 a igualdade de direitos entre mulheres e homens é reconhecida e documentada, por meio da Carta das Nações Unidas. Logo após, Simone de Beauvoir lança na França a obra “O Segundo Sexo”, inaugurando a máxima de que o homem e a mulher são diferentes não pela condição biológica, mas sim pela construção social, fazendo com que a mulher reconsiderasse as questões de opressão e desigualdade. A conferência Mundial do "Ano Internacional da Mulher" em 1975 anunciou a década da mulher. Por dez anos (1975-1985) o estudo da situação das mulheres desencadeou vários eventos mundiais, tendo como maior propósito o fim da desigualdade entre os sexos. A mulher, por sua vez, passa a alicerçar mais conquistas e, após periféricos séculos de inferioridade “legalizada”, os espaços públicos ganham mais a sua participação, compondo, portanto, importantes feitos na história contemporânea. Com isso, após a formação de organizações internacionais, tendo como exemplo a ONU - Organização

²² Professora brasileira que viveu no período ditatorial, autora do livro “Uma história de Feminismo no Brasil”.

²³ Médica, política brasileira, escritora e pedagoga, sendo ela a primeira mulher a ser eleita deputada federal no Brasil.

das Nações Unidas²⁴, o posicionamento feminino por direitos ao longo do tempo, é conhecido, sem dúvidas, como fator axiomático. Dessa forma, a mulher é considerada um sujeito de direitos e possuidor também, de obrigações (COULANGES, 1997).

Nos anos noventa foram fundadas várias organizações não-governamentais - ONGS, a exemplo da Articulação das Mulheres Brasileiras - AMB; A Rede de Saúde e de Articulações de trabalhadoras rurais e urbanas, religiosas, LGBTQIA+, pesquisadoras, negras; e a Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, todas essas qualificadas das questões femininas as quais fortalecem as redes de comunicação e vinculação setorial do país. Essa década foi responsável pela implementação de diversas políticas públicas em favor dos direitos da mulher, tornando eficaz alguns dispositivos constitucionais. O encetamento da igualdade perante as mulheres na vida pública, dentre os vários níveis de consciência política na sociedade ao longo da história, prova irrefutavelmente, quando da aceitação dentro da sociedade, a evolução social e jurídica das mulheres, considerando o seu inato intelecto, que evade aos padrões patriarcais. Em suma, entres os sexos, existem semelhanças necessárias e substanciais para as suas relações, sendo a magnitude das assimetrias, a responsável pela glória da igualdade projetada, o que será visto nas marcantes Constituições Brasileiras.

5 A MULHER E SUAS CONQUISTAS PÓS-CONSTITUIÇÕES

Todas as constituições brasileiras enredam a máxima de que todos são iguais e indistinguíveis perante a lei. Todavia, foram projetadas e constituídas diversas leis amalgamadoras²⁵ de diferenças. O princípio da igualdade na Constituição de 1891, conforme os estudos de Soares e Izaki (2002), assim tratam sobre a mulher e a vinculação ao trabalho: - O texto do § 2º do art. 72 dizia que todos são iguais perante

²⁴ Organização intergovernamental, cujo propósito é a paz mundial, através da cooperação mútua dos países.

²⁵ FIGURADO (SENTIDO) que sofre combinações; que reúne.

a lei, mas a República não garantia direitos de nascimentos, como também excluía diretrizes honoríficas, regalias e prerrogativas, e ainda a fama de títulos nobiliárquicos da época. - Na Constituição de 1934, o § 1º do art. 113 trazia o mesmo texto, só que adicionava a intolerância pelas discriminações, trazendo que todos são iguais perante a lei sem distinções (sexuais, raciais, profissionais, sociais, de ideais políticos, religiosos, crenças e de nascimento). - Na Constituição de 1937, em seu art. 122, § 1º, como também, na Constituição de 1946, no art. 141, § 1º, o texto regride, trazendo apenas que: Todos são iguais perante a lei. - Na Constituição de 1967 o preconceito pela raça será punido por lei, trazendo a redação de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de raça, sexo, credo religioso, convicções políticas e trabalho, através da Emenda Constitucional n. 1 de 1969, no art. 153, §1º. - É somente na Constituição de 1988 em seu art. 5º que o princípio da igualdade é trazido com mais clareza, uma vez que, apesar de trazer que todos são iguais perante a lei, esclarece e inclui ao texto que não é permitido “distinção de qualquer natureza”. Ademais, garante tanto aos brasileiros, quanto aos estrangeiros residentes em solo brasileiro, a inviolabilidade de direitos como: à segurança, à propriedade, à liberdade e à vida, nos seguintes termos, *in verbis*:

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

I - **homens e mulheres** são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988) (grifo nosso).

À vista disso, pode-se delinear uma retrospectiva diante das evoluções textuais e interpretativas das constituições passadas. Percebe-se que até a Constituição Federal de 1934 a garantia do direito a igualdade se mantinha genérica, haja vista não mencionar a discriminação entre os sexos. Para Soares²⁶ e Izaki²⁷ (2002), a contar dessa data, a inquietação com a posição jurídica da mulher é

²⁶ Sergei Suarez Dillon Soares é escritor e Doutor em Economia pela Universidade de Brasília (2010).

²⁷ Rejane Sayurilzakié economista e pesquisadora brasileira.

intensificada, isso porque, na Carta de 1937 fora suprimida a referência de igualdade entre os sexos que tinha no texto da Carta de 1934 (SOARES; IZAKI, 2002). Diante a onda de questionamentos sobre o direito à igualdade, apenas com promulgação da Constituição de 1967 que a igualdade entre os sexos é perfeita²⁸. Assim, graças ao movimento feminino e a *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes*, em 5 de outubro de 1988²⁹, a mulher conquista igualdade de direitos, como também, obrigações em alguns dispositivos de lei, *in verbis*:

Art. 183 Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao **homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil** (BRASIL, 1988) (grifo nosso).

Diante de toda história, percebe-se que a luta pela igualdade feminina se baseia, primeiramente, na luta contra os preconceitos de família, uma vez que a construção da moral da mulher, do papel da mulher perante sociedade desde sempre é estigmatizada pelo patriarcado, o qual se sustenta nas bases familiares, hierarquizando e subjugando valores em razão dos desejos masculinos. No Brasil, o art. 233 do Código Civil de 2002 em sua primeira redação, no que se refere aos direitos das mulheres já as tratava com desigualdade, ao passo em que casada, a lei atribuía a condição de superior ao homem, enquanto chefe da família e detentor de todos os direitos da mulher, tendo total liberdade sobre as questões econômicas do casal; os bens particulares da mulher; a manutenção familiar; a livre decisão sobre onde fixar o domicílio da família e permitir ou não que a mulher trabalhe ou estude (LÔBO, 1999). Por conseguinte, nos art. 240 e 247 do Código Civil de 1916 é surpreendentemente perceptível o poder do patriarcado, potencializado pela conveniência legislativa em que a mulher é subordinada ao homem, denominada auxiliar dos encargos da família,

²⁸ Particípio do verbo perfazer (ato de executar).

²⁹ Promulgação da Constituição Federal de 1998.

sem que possa exercer a sua função jurídica, como também a sua própria autonomia sobre quaisquer assuntos ou vontades, sem que haja autorização do marido (LÔBO, 1999).

Na Constituição de 1916, o legislador deixou claro e evidente os papéis do homem e da mulher na sociedade conjugal, estando à esposa a condição de submissa e inteiramente responsável pelas tarefas domésticas e o marido como provedor. Mediante o casamento as atribuições e o comportamento dos cônjuges ficavam determinados, sendo sempre do homem, a palavra final, enquanto para a mulher, lhe sobrava submissão, que só com várias décadas à frente, a liberdade feminina pôde ser alcançada (SOARES; IZAKI, 2002). Transversalmente, a submissão da mulher dentro da lei, prova a teoria de que a mulher era apenas um acessório ao ego do homem na perspectiva familiar e econômica (perante a sociedade) como tratado em *Orgulho e Preconceito (1813)*³⁰, resumindo o patriarcado como uma construção social que afetou também as normas legais de toda uma sociedade. Logo, é “[...] uma verdade universalmente conhecida que um homem solteiro, possuidor de uma boa fortuna, deve estar necessitado de esposa.” (AUSTEN, 1813, p. 1). A capacidade civil da mulher no Brasil foi conquistada somente em 1962 através do Estatuto da Mulher Casada e, efetivamente com a Constituição Federal de 1988, progredindo para uma condição menos distante do que se compreende por igualdade. Consoante os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo³¹ (1999), a igualdade de direitos e obrigações entre o homem e a mulher na sociedade conjugal avançou na seara dos direitos fundamentais, possuindo, para tanto, duas dimensões:

- a) Igualdade de todas perante a lei, a saber, a clássica liberdade formal, que afastou os privilégios medievais dos estamentos e dos locais sócio-jurídicos, e dotou todos os homens de direitos subjetivos iguais, ou seja, aqueles que a lei considera iguais;
- b) igualdade de todos na lei, amplificando o alcance, para vedar a discriminação na própria lei, como por exemplo, a

³⁰ Obra de Jane Austen – tratada no tópico anterior.

³¹ Advogado e Doutor em Direito pela USP.

diferenciação entre direitos e deveres de homens e mulheres, na sociedade conjugal (NETTO-LÔBO, 1999, p. 137).

Diante das desigualdades expressas no Código Civil anterior à Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se em favor da igualdade da mulher, revogando normas, consideradas incompatíveis que extravasavam o texto da Carta Magna, afirmando que o regramento constitucional que estabelece igualdade entre cônjuges, em linhas gerais são “auto-executáveis e bastantes em si” (LÔBO, 1999, p. 137). À vista desse entendimento o STF revogou os art. 233 a 254 do Código Civil, que atuavam nos direitos e obrigações da mulher e do homem enquanto casal, permanecendo somente o art. 235 do mesmo dispositivo legal, haja vista se tratar de norma comum e servente a ambos. Assim, vejamos:

A revogação é, portanto, de quase todo o Título II (Dos Efeitos Jurídicos do Casamento) do Livro de Direito da Família o Código Civil, tendo sido extinto os seguintes poderes e deveres: a legitimação da família pelo casamento, porque também são legítimas a união estável a entidade familiar uniparental; chefia da sociedade conjugal, pelo marido; representação legal da família, pelo marido; a administração, pelo marido, dos bens comuns e particulares da mulher; a fixação marital do domicílio conjugal; a responsabilidade exclusiva do marido, como provedor da família; o sequestro dos rendimentos particulares da mulher que abandona sem justo motivo a habitação conjugal; para a mulher, a condição de colaboradora ou auxiliar do marido; a distribuição legal de tarefas para a mulher; como a direção material e moral da família, que passou a ser encargo de ambos os cônjuges; a proibição à mulher de poderes específicos de alienação de direitos reais, que não sejam comuns aos do marido; a proibição à mulher de contrair obrigações que importem alheação dos bens do casal; a necessidade de autorização do marido para prática de certos atos jurídicos, passando a prevalecer a necessidade de consentimento, quando este também for exigível para ele; a presunção de autorização do marido para atos de administração doméstica; a exigência de bens reservador; a administração supletiva da família, pela mulher, no caso de ausência, prisão ou interdição do marido (LÔBO, 1999, p. 138).

A primeira forma de legislação no Brasil permaneceu em vigor até o ano de 1916, a qual autorizava o homem a agredir a sua esposa como uma forma de correção pedagógica. Caso a mulher cometesse adultério, o homem tinha o direito de executá-la, sem chances de defesa ou julgamento, a mera fama atestava o "delito" (NASCIMENTO, 1996). À

posteriori, mais especificamente em 1977, a Lei do Divórcio permitiu o desfazimento do casamento, “rompendo uma resistência secular do conservadorismo e da influência religiosa” (LÔBO, 1999, p. 139), para que do desejo de uma nova família, tanto o homem, quanto a mulher pudesse se casar novamente, facultando à mulher o uso do patronímico do seu marido em substituição ao próprio nome, o que era por lei, obrigatório. O regime do casamento foi modificado de Comunhão Universal de Bens para Comunhão Parcial de Bens, ampliando o alcance dos filhos para fins diretos de sucessão hereditária, independente do caráter da filiação. Ademais, a lei trazia também a obrigação mútua e igual para o homem e a mulher no que diz respeito à criação e ao sustento, desconstruindo a ideia de que os alimentos somente seriam devidos por consequência do responsável, em termos de culpa, pelo divórcio. Por mais, a Lei do Divórcio também trouxe a possibilidade da prestação alimentar entre os cônjuges, sem distinção sexual, desde que vinculado ao binômio: necessidade-possibilidade (RÁO, 1978).

Em 1990 o Brasil promulgou o Estatuto da Criança e do Adolescente, tornando-se o primeiro país a implementar lei específica para a criança e o adolescente, seguindo os princípios da Convenção das Nações Unidas. Nesse sentido, segundo ToveStang Dahl,³² o pátrio poder³³ e o princípio da igualdade podem ser efetivados pelo homem e pela mulher em iguais condições, estando, portanto, os pais obrigados a garantir o sustento e a educação, bem como a manutenção da guarda de seus filhos em comuns direitos (DAHL, 1993). A Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena (1993) foi estabelecida por meio de um acordo firmado através de influência internacional, a qual admitiu os direitos da mulher e meninas como direitos humanos, repudiando qualquer violência contra as mulheres. Um ano depois, foi acordada

³² Jurista norueguesa, professora, criminologista e feminista (pioneira na chamada “jurisprudência feminista”).

³³ Consiste em prerrogativas conferidas ao chefe familiar à época (do homem), sobre as organizações da família e sobre seus filhos.

também a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, explica a Professora Flávia Piovesan:

[...] a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher enfrenta o paradoxo de ser o instrumento que recebeu o maior número de reservas formuladas pelos Estados, dentre os tratados internacionais de direitos humanos. Um universo significativo de reservas concentrou-se na cláusula relativa à igualdade entre homens e mulheres na família. Tais reservas foram justificadas com base em argumentos de ordem religiosa, cultural ou mesmo legal, havendo países (como Bangladesh e Egito) que acusaram o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de praticar "imperialismo cultural e intolerância religiosa", ao impor-lhes a visão de igualdade entre homens e mulheres, inclusive na família. Isso reforça o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família (PIOVESAN, 2013, p. 268).

Nesse sentido, potencializa que a Convenção visava não só o combate à discriminação da mulher e os paradigmas sociais, mas também "a promoção da igualdade" (PIOVESAN, 2013, p. 270). Em 1996, mais uma convenção assinada, desta vez no Estado do Pará, associada ao Comitê Latino-americano de Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM. Neste mesmo ano, é promulgada a lei que determina as quotas femininas no cenário político e, ainda é anunciado em lei o reconhecimento da união estável como organização familiar (PIOVESAN, 2013). Ulteriormente, em 1998 é projetada uma campanha denominada "Os Direitos das Mulheres são Direitos Humanos" a fim de publicizar os direitos das mulheres por meio do Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA³⁴. Para além dos avanços jurídicos nos assuntos tendentes à mulher, houve o crescente número de órgãos municipais e estaduais disponibilizados para as mulheres, como assessorias, diretorias, superintendências e coordenadorias. Foi fundada a Secretaria de Políticas Públicas em 2003, que celeremente elaboraram a I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres no ano de 2004, ora convocados pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, para então ser

³⁴ Organização não-governamental (ONG) brasileira fundada em 1989 que trata sobre as questões de gênero, no estudo da mulher, dos direitos humanos, igualdade racial e democracia.

lançado o Plano Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres (BRASIL, 2005).

Posteriormente, outro avanço, este no âmbito penal, o advento da lei n. 11.340 de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha³⁵, trouxe novos mecanismos de combate à violência familiar e doméstica contra a mulher com fulcro nas disposições do art. 226 da CF/88, a fim de promover a proteção das vítimas. Seu teor é de reconhecimento da condição de vítima da mulher da violência e desigualdades de gênero, como explicitado na Exposição de Motivos n° 16 em seu art. 6º³⁶:

Ações direcionadas a segmentos sociais, historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram expostas (BRASIL, 2005).

Sendo assim, como tratadas neste capítulo, todas as conquistas femininas foram resultados de duras penas no cenário histórico-patriarcal, no qual ano após ano, em todo o mundo, mulheres continuam buscando por igualdade, pois a luta das mulheres não está vinculada somente às vontades imediatas, mas também à ânsia comum da humanidade. Nesse sentido, será discutido no próximo capítulo a questão de gênero e o registro civil no Brasil.

6 REGISTRO CIVIL E A QUESTÃO DE GÊNERO: A LEI DE REGISTRO DE NATURAL

Os atos e fatos de cunho jurídico intrínseco à vida das pessoas, durante toda a subsistência, estão vinculados ao Registro de Pessoas Naturais. Cuida-se de atividade indispensável à administração Pública e aos próprios cidadãos, mostrando-se extremamente necessário para o convívio em sociedade. No Brasil, a lei de Registros Públicos (Lei n° 6.015/73), designa o que é suscetível de cadastro e averbação pelo

³⁵ Lei brasileira criada em 2006 para a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

³⁶ Exposição de Motivos n° 16, art. 6º da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.

Registro Civil de Natural. Nesse sentido, para melhor elucidação deste capítulo, será relatada brevemente a cronologia do Registro Civil no Brasil, mais especificamente o Registro de Nascimento, somente a título de informação introdutória à problematização dessa pesquisa, o qual será objeto também de explanação do próximo capítulo associado às restrições de gênero. Desde o Império Romano e a sua total cristianização, pertencia à Igreja Católica os processos de registro de nascimento - que à época se constituía através do batismo, talvez por fazer parte, realmente do Estado ou simplesmente pelo seu poder social, haja vista que em cada vila existia uma paróquia, estabelecendo representatividade não só na Igreja, mas dentro da sociedade através do pároco, seu líder religioso (TIZIANE, 2016).

Todavia, com o surgimento de religiões contrárias ao catolicismo e com os ideais iluministas, a sociedade tendeu à laicidade, conseqüente das indagações quanto à possível desordem nos interesses da Igreja e do Estado. O pensamento iluminista defendia que apenas por meio da razão se atingiria o progresso social, sendo a individualidade, a autonomia e a universalidade a grande máxima dessa corrente (TIZIANE, 2016). Por certo, pode-se afirmar que o registro civil atual se deve aos acontecimentos surtidos da Revolução Francesa (século XVIII), onde de fato, houve a desvinculação da fé e do Estado. A partir disso, as entidades estatais acataram, em definitivo, a função de disponibilizar, coletar e guardar os dados das pessoas naturais. Euclides da Cunha³⁷ em sua obra mais famosa “Os Sertões” retrata a Guerra de Canudos e as ideologias do líder religioso Antonio Conselheiro³⁸, no que se refere à perda da autonomia e do poder social da Igreja para o Estado, ora transmitidos em totalidade, assumindo, portanto, quaisquer efeitos jurídicos em relação aos registros civis (registro de pessoa natural, compra de imóvel, casamento) e impostos. No ato, Antonio Conselheiro

³⁷ Escritor, jornalista e professor brasileiro – autor do clássico “Os Sertões”, livro que retrata a Guerra de Canudos.

³⁸ Líder religioso que peregrinou no nordeste brasileiro atraindo milhares de sertanejos. Combateu a ideologia da república, do casamento civil e da cobrança de impostos exigidos pelo governo. Fundou o Arraial do Belo Monte, o qual foi destruído pelo Exército da Guerra de Canudos (1986)

se posicionava contra a república oligárquica, pregando pela restauração da monarquia no Brasil, posicionando-se contra as leis e os impostos. Assim não assistia satisfação com a então recente superioridade do Estado à Igreja e suas imposições, que para ele era contrariava as leis de Deus. Assim, em meio às manifestações Cunha (1902) anotou alguns esbravejos poéticos:

Garantidos pela lei/Aqueles malvados estão/Nós temos as leis de Deus/Eles têm a lei do Cão/Bem desgraçados são eles/Pra fazerem eleição/Abatendo a lei de Deus/Implantando a lei do Cão/Casamento vão fazendo para o povo iludir/Vão casar o povo todo no casamento civil/D. Sebastião já chegou/E traz muito regimento/Acabando com o civil/E trazendo o casamento/O Anticristo nasceu/Para o Brasil governar/Mas aí está o Conselheiro/Para dele, nos livrar/rei D. Sebastião/Coitado daquele pobre/Que viveu na lei do Cão. (CUNHA, 1902, p. 88, grifo nosso).

Centenas de anos após as modificações evolutivas e a resistência da população em defesa da Igreja, a competência pelos registros civis foi reavida ao Governo. Em razão disso, resultou-se o Decreto 9.886/1888, para em fim advir à atual Lei de Registros Públicos nº 6.015/1973, a qual ao longo dos anos já sofreu mais de 45 alterações em seu texto (AMARAL, 2010). Nessa conjuntura, explica Donato Sarno³⁹:

[...] emerge a ideia de que os direitos decorrentes do nascimento, do casamento e do falecimento surgem, se modificam, se transmitem e se extinguem **independentemente da religião professada pelos indivíduos e que, conseqüentemente, é o Estado que deve providenciar, para fins jurídicos, a constatação de tais eventos, mediante órgãos próprios, constituindo a matéria, pela sua própria natureza, uma atribuição do poder civil e não do poder religioso, ao qual, portanto, não podia ser mais confiada** (SARNO, 2010, p. 40, grifo nosso).

Segundo Euclides de Mesquita, o Estado se beneficia tanto quanto a pessoa humana com o registro de seu nascimento, pois, há interesse nas existências dos seres humanos, de maneira precisa e legal enquanto uma sociedade organizada, que:

[...] sem embargo de toda a luta que se tem travado para preservar a pessoa humana da interferência demasiada do Estado no que concerne à sua vida, seus direitos, sua

³⁹Escritor italiano do livro *Storia deiregistridelostatociville* no ano de 2010.

liberdade, não se pode negar que o aumento da população, o desenvolvimento da técnica, criando uma série de problemas que dizem respeito à saúde, à segurança, à vida, aos interesses, a moral e a todas as múltiplas ocorrências, que formam a vida de relação dos tempos modernos, obriga, **e se torna em geral benfazejo, que o Estado intervenha para regular toda essa multiplicidade de fatos, em benefícios do ser humano** (MESQUITA, 1957, p. 60, grifo nosso).

Através do Registro Civil conquistaram-se três objetivos fundamentais: a publicidade das vivências mais importantes de um cidadão, como: emancipação, declaração de ausência, casamento, interdição, nascimento, morte; a benesse de uma garantia simples e informal que comprove qualquer desses eventos; e a aquisição da legitimidade e autenticidade presumida, utilizada até como prova em contrário - o teor constante nos livros oficiais (MESQUITA, 1957). A nossa Carta Magna em seu art. 22, XXV, atribuiu a competência de legislar sobre os registros públicos à União de forma privativa. Em função disso, a Lei nº 6.015/1973 foi editada, dispondo sobre a administração dos ofícios registrais. No art. 29 da Lei de Registros Públicos, encontramos: "Serão registrados no registro civil de pessoas naturais: I - Os nascimentos" (BRASIL, 1973). A singeleza da verdadeira intenção do registro civil, em matéria, excede aos interesses estatais, permanecendo diretamente vinculados ao interesse da pessoa. No Brasil, "[...] o registro de nascimento é a prova de nacionalidade, naturalidade e filiação, e se constitui, assim, em prova real de cidadania" (MESQUITA, 1957, p. 61).

Com isso, o Estado tornou obrigatório o registro civil de pessoas naturais, expedindo ao longo dos séculos decretos e leis com o fito de documentar uma prova de idade, de ancestralidade e controle social, no qual durante muito tempo não era regulamentado, senão vejamos:

- Decreto 718 (18/01/1852): Regulamentou a organização do registro civil
- Decreto 5604 (25/04/1874): Regulamentou os registros civis de nascimentos, casamentos e óbitos.
- Decreto 9.886 (25/04/1874): Cessou os efeitos civis dos registros eclesiásticos, surgindo agora o Registro Civil, que antes então existia simplesmente como Registro.

- Decreto 9.886 (07/03/1888): Fez cessar os efeitos civis dos registros eclesiásticos, surgindo agora o Registro Civil, que antes então existia simplesmente como Registro.
- Lei 3.024 (17/11/1915): Prorrogou o prazo da Lei 2.887, referente ao registro de nascimento sem pagamento de multa.
- Lei 3.764 (10/09/1919): Regulamentou o registro de nascimento mediante despachos do juiz togado e de duas testemunhas assinando o requerimento.
- Decreto 18.542 (24/12/1928): Regulamentou os Registros Públicos em geral: pessoas naturais, pessoas jurídicas, títulos e documentos, imóveis, propriedades literárias, científicas e artísticas.
- Decreto 19.425 (24/11/1930): Ampliou o prazo para quatro meses dos registros de nascimentos ocorridos a mais de 30 quilômetros, sem comunicação ferroviária.
- Decreto 19.710 (18/02/1931): Obrigou o registro de nascimento (sem multas e sem justificação para registro tardio).
- Decreto 1.116 (24/02/1939): Anistiou o povo para registro de nascimento tardio.
- Lei 1.929 (29/12/1939): Prorrogou o prazo do Decreto 1116, para que o povo ainda pudesse registrar os nascimentos tardios (MOURA, 1934, p. 7).

Portanto, no Brasil, pode-se afirmar que embora a normatização do registro civil tenha sido por diversas vezes adiada e, a sua instalação dificultada devido aos interesses e conflitos entre poderosas instituições, tornou-se uma conquista importante e fundamental na triagem de novos direitos e obrigações jurídicas para a mulher.

7 AS CONDIÇÕES PARA O REGISTRO CIVIL E A PATERNIDADE

O princípio da dignidade da pessoa humana – insculpido no art. 1º, III da Carta Magna - está diretamente ligado ao direito de igualdade, à identidade, bem como à atribuição de cunho social à paternidade. Assim, “esse princípio funciona como um macroprincípio que dá base de sustentação aos ordenamentos jurídicos” (PEREIRA, 2006, p. 845). A certidão de nascimento é o primeiro documento formal, no qual assume o propósito de anunciar o nascimento de uma nova pessoa, tanto para o Estado como para a sociedade local. Sendo assim, diante da personalidade adquirida desde o nascimento da pessoa natural com vida, são cadastradas todas as informações requisitadas em lei nos cartórios civis de pessoas naturais. No Brasil, a certidão de nascimento é o documento basilar para a emissão dos demais documentos (RG, CPF, CTPS, CNH, Título de Eleitor), para que se possa assentar a

filiação, naturalização e o dia do nascimento do indivíduo e, assim receber benefícios sociais e atingir segurança jurídica. Com efeito, o registro civil de nascimento enquanto direito fundamental garante cidadania à pessoa natural conferindo-lhe identidade.

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito de dignidade da pessoa humana e o de cidadania no seu art. 1º, incisos II e III. Nesse seguimento, é imperioso dizer que a inexistência do registro de nascimento acarreta em desajustes de ordem social, fazendo com que surja um estado de exclusão social. Neste momento, cabe trazer o entendimento de Maria Helena Diniz⁴⁰ sobre personalidade civil, a qual com bastante lucidez explica:

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462, 1718), que permanecem em estado potencial. **Se nascer com vida adquire personalidade, mas se tal não ocorrer nenhum direito terá.** (DINIZ, 2003, p. 140, grifo nosso)

Refere-se assim ao Código Civil brasileiro de 2002 que em seu art. 2º estabelece que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Dessa forma, verifica-se o que dispõe a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) acerca do registro de nascimento:

Do Nascimento

Artigo 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

Artigo 52. São obrigados a fazer declaração de nascimento:

1º) **o pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto, observado o disposto no § 2º do Artigo 54;**

2º) no caso de falta ou de impedimento de um dos indicados no item 1º, outro indicado, que terá o prazo para declaração prorrogado por 45 (quarenta e cinco) dias; (Redação dada pela Lei nº 13.112, de 2015)

⁴⁰ Jurista, advogada civilista, doutora em Direito, e autora brasileira renomada, tendo publicado mais de 40 livros na área do direito civil.

3º) no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior achando-se presente;

4º) em falta ou impedimento do parente referido no número anterior os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto;

5º) pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe;

6º) finalmente, as pessoas (VETADO) encarregadas da guarda do menor.

§ 1º Quando o oficial tiver motivo para duvidar da declaração, poderá ir à casa do recém-nascido verificar a sua existência, ou exigir a atestação do médico ou parteira que tiver assistido o parto, ou o testemunho de duas pessoas que não forem os pais e tiverem visto o recém-nascido (BRASIL, 1973, grifo nosso)

§ 2º Tratando-se de registro fora do prazo legal o oficial, em caso de dúvida, poderá requerer ao Juiz às providências que forem cabíveis para esclarecimento do fato.

Diante o exposto, resume-se que o pai ou a mãe são obrigados a registrar seus filhos nos termos da lei, podendo a obrigação ser transmitida a terceiros como estabelece o artigo 52 e seus incisos. Entretanto, a LRP até 2015, ano de sua alteração, não atribuía a obrigação de registrar os filhos à mulher, embora que com a alteração da lei, ainda sejam estabelecidas à mulher condições desiguais para o ato registral. A honra do homem adentra a legislação como uma forma de vindicação protetiva, sob a tacanha hipótese de que a mulher trará riscos, prejudicando a sua autoridade familiar. Deveras, a subordinação da mulher desde sempre a reprimiu, tanto em suas vontades, quanto ao seu corpo, em direitos e obrigações perante a sociedade e a própria família. A paternidade, desde os primeiros modelos de família é superestimada, mesmo com todas as regalias e truques para abster-se de obrigações. Fosse porque decerto, o homem e a mulher fruía de modos distintos à manutenção de sua imagem, a qual culturalmente estava bem recepcionada.

Ana Liési Thurler em sua obra intitulada “Em nome da mãe: o não reconhecimento paterno no Brasil (2009)” expõe um gráfico do não reconhecimento paterno no Brasil e, traz os indicadores que resultam este fim, a exemplo do próprio registro civil e suas rotas de fuga; a intensa batalha do reconhecimento, ainda que tardio, como também os próprios dados do IBGE; a limitada atuação do Ministério Público e,

mais do que isso, a crença negativa sobre os depoimentos da mulher (THURLER, 2009). Essas brechas, por sua vez, perfazem uma realidade em que vive maioria das famílias brasileiras, as quais são projetadas, mormente, nas contestáveis expectativas de uma figura masculina representativa, embora não ultrapasse o imaginário, tendo em vista a trivialidade de sua ausência. Thurler ironiza a tradicionalidade do patriarcado, atribuindo à figura masculina aptidão incrédula e fantasmagórica, haja vista, tratar-se de um patriarcado sem pais, cabendo-lhe a fuga de um papel que sequer conota a responsabilidade do registro civil (THURLER, 2012).

O abandono paterno percorre as vias mais longas da humanidade, desde obrigações a direitos, reconhecimento a afeto e a própria identidade histórica da pessoa. Segundo Thurler (2012) o abandono paterno é sempre tratado com clemência pela sociedade e legislação enquanto que, opostamente, um embrião no ventre de uma mulher é percebido como um sujeito de direitos em sua completude, galgado pelo princípio da intocabilidade. Nesta esteira, a mulher que optar pela recusa de gerar esse embrião permanecerá criminalizada. De outro lado, o homem permanece privilegiado pelo androcentrismo⁴¹ da LRP, as quais relativizam a vontade em assumir e registrar um filho (THURLER, 2012). Diante o que estabelece a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, o homem e a mulher são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de qualquer natureza e, ainda em direitos e obrigações, sendo-lhes garantida a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988). Porém, veremos no próximo capítulo, que além do primeiro e singelo passo de alteração da lei, ainda existem resquícios de discriminação e desigualdade de gênero no referido art. 52 da lei 6.015/73.

8 A ALTERAÇÃO DO ART. 52 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

⁴¹ Androcêntrico é um termo criado por Lester F Ward (1903) sociólogo americano, que está ligado à ideia do patriarcado, relacionando-se ao machismo e preconceitos.

O texto do art. 52 da Lei Registros Públicos anteriores à nova redação dada pela Lei nº 13.112 30 de março de 2015, sancionada pela Presidenta Dilma Roussef, trazia a seguinte redação:

Art. 52 São obrigados a fazer a declaração de nascimento:

1º) o pai;

2º) em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco (45) dias (BRASIL, 1975, grifo nosso).

O Projeto de Lei nº 16 de 2013, proposto pelo Deputado Federal Rubens Bueno em suas razões expositivas apontou que a alteração do referente dispositivo daria igualdade de condições à mulher para registrar seus filhos, pois, de acordo com o que estava regulamentado, havia inviolabilidade do direito de igualdade entre homens e mulheres insculpido no art. 5º, I da Carta Magna. É importante aclarar que o projeto de lei acima mencionado se tratava da reprodução do já arquivado Projeto de Lei nº 898/2007 do Deputado Fernando Coruja que continha a mesma ementa de proposta. Os referidos projetos de lei argumentavam que a mulher era posta “[...] num patamar de desigualdade, em nível inferior ao homem, uma vez que atribui o dever de registrar o filho ao pai e só de forma suplementar atribui à mãe esse encargo e, assim mesmo, condicionado à ausência ou impedimento daquele” (BRASIL, 2007, 2013).

Em apoio aos argumentos de subalternidade da mulher e inconstitucionalidade da norma, tendo, portanto, por dever a LRP seguir os ditames da Constituição Federal, os deputados reafirmaram a violação do direito de igualdade, assinalando que nas atuais condições de avanços biotecnológicos a paternidade não seria prejudicada, uma vez que exames como o DNA não deixaria dúvidas e, por isso, não assistia razão a antiga redação. A relatora Ângela Portela, membro da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, votou em favor à proposta, destacando em seu relatório a desigualdade de gênero, *in verbis*:

É anacrônica a imposição da responsabilidade de registrar a criança, em caráter primário, restando à mãe o papel

secundário para suprir eventual falta ou impedimento. **Na prática, além de tratar desigualmente os genitores, a Lei de Registros Públicos dá preferência ao pai** para fazer a comunicação do nascimento e cria obstáculo para que a mãe a faça nos primeiros dias de vida da criança (BRASIL, 2013).

Entretanto, o projeto de lei foi passível de emenda, uma vez que, segundo o Senador Aloysio Nunes Ferreira, após a aprovação da proposta em caráter terminativo pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o projeto suscitou inúmeras dúvidas na sociedade, “provocando interpretações diversas sobre o seu alcance no tocante à indicação da paternidade pela mãe e se isso implicaria o registro obrigatório pelo cartório” (BRASIL, 2013). Dessa forma, foi apresentado recurso a Plenário e, proposta a emenda a qual dispõe a observância do § 2º, art. 54 da referida lei, a qual desconsidera a paternidade constante na Declaração de Nascido Vivo, isso quer dizer que, a mãe fica impedida de registrar a criança com o nome do pai, sem que haja a manifestação expressa de sua vontade, com o comparecimento ao cartório ou através de escrituração pública. A emenda deu-se motivada pela opinião da Associação de Notários e Registradores do Estado de São Paulo – ANOREG – SP, segundo a qual:

[...] a paternidade continua submetida às mesmas regras, dependendo de presunção que decorre do casamento (art. 1597 do Código Civil), reconhecimento realizado pelo próprio pai (art. 1609, I do CC/02), ou procedimento da averiguação da indicação feita pela mãe (art. 2º da Lei 8560/92). (BRASIL, 2013)

Ao retornar à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em análise à Emenda nº - PLEN, o Relator Senador Humberto Costa alocou seu posicionamento ao do Senador Aloysio, esclarecendo, para tanto que “a proposição em pauta não alterou as regras concernentes à verificação da paternidade, e, portanto, **não autorizou a inserção do nome do suposto pai com base na mera indicação da mãe**” (BRASIL, 2014, grifo nosso). Por conseguinte, como dito anteriormente a lei foi sancionada, alterando o dispositivo. Todavia, no próximo capítulo serão apontadas as fragilidades que ainda permanecem tanto na lei quanto em suas justificativas e interpretação.

9 O PATRIARCADO NORMATIVO: A ESTIGMATIZAÇÃO DA MULHER E A CULTURA DE REGISTRO NO BRASIL

A mulher desde sempre assumiu o papel de coadjuvante para a sociedade, seja no ambiente familiar, como no profissional. Como anteriormente tratado, o patriarcado arraigou-se na sociedade nas mais diversas culturas, sendo, portanto, o grande responsável por todas as lutas cravadas pela mulher em favor de direitos iguais, escritas ao longo da história da humanidade. Na atmosfera familiar, a mulher era educada ao exercício abnegado, assemelhando-se a um empregado, onde definitivamente suas vontades não prevaleciam em momento algum (COULANGES, 1996). O nascimento de uma mulher na família era visto como uma possibilidade de crescimento econômico e de titulação importante perante a sociedade, uma vez que cabia ao homem à administração do patrimônio familiar da esposa, bem como a sua total sucessão (COULANGES, 1996). Em respeito a sua honra, ou melhor, à honra de sua família e do futuro marido, a mulher permanecia virgem até que lhe fosse arranjado um casamento, que dependia ainda da aceitação da família do noivo, haja vista a incidência de negociação do dote – isso porque era necessário o dote para que o casamento fosse acordado, ainda que as duas famílias fossem poderosas economicamente. Do contrário, a mulher que não casasse seria condenada à solidão do celibato forçado, como bem elucidou José de Alencar em seu romance “Senhora”, a qual criticava veementemente a prática do dote.

Trata-se de uma moça, sofrivelmente rica, bonita a quem a família deseja casar quanto antes. Desconfiando desses peralvilhos que por aí andam a farejar dotes, e receando que a menina possa de repente enfeitiçar-se por alguns dos tais bonifrates, assentou de procurar um moço sisudo, de boa posição, embora seja pobre; porque são justamente os pobres que sabem melhor o valor do dinheiro, e compreendem a necessidade de poupá-lo, em vez de atirá-lo pela janela fora como fazem os filhos dos ricos (ALENCAR, 2011, p. 56).

Outrossim, Ferreira e Abrantes⁴² (2013 apud ABRANTES *et al.*, 2012, p. 121) afirmam que o dote garantia para as mulheres um status de superioridade e importância para ela e sua família de origem perante à sociedade.

O dote representava também um quesito de diferenciação social, simbolizando status para a mulher e sua família de origem, “o dote, tradicionalmente, servia ao propósito de formar uma nova unidade produtiva, estabelecer alianças políticas e garantir o futuro do novo casal. Especialmente para a mulher era uma garantia de sobrevivência e um símbolo de status para ela e sua família de origem” (ABRANTES, 2012, p.121). As moças com dote casavam e as que tinham um maior dote acabavam por se destacar entre as demais, demarcando de fato as fronteiras existentes em uma sociedade que estava pautada, sobretudo, no acúmulo de bens e na distinção social (FERREIRA; ABRANTES, 2013).

Segundo Muriel Nazzari⁴³ o dote tinha papel importantíssimo para a sociedade, pois garantia a riqueza das famílias, bem como garantia a pureza sanguínea da elite. Ressalta-se que as famílias menos afortunadas também dotavam suas filhas, entretanto, não atingiam bons rendimentos, não ultrapassando o suficiente para os enxovais e a simples subsistência. Embora o dote fosse vulgarmente direcionado à mulher, também lhe era possível conceder aos filhos, como esclarece Maria Beatriz da Silva, ao destacar que o fato dos pais elevarem a atenção aos dotes de suas filhas, suprime o costume da possibilidade do dote à prole masculina (SILVA, 1984). Diante das influentes opiniões da imprensa perante a sociedade, o dote teve seu declínio no século XIX em razão de suas críticas ao casamento arranjado baseado no interesse financeiro, em que defendiam a romantização da liberdade de escolha, do sentimento recíproco e o repúdio aos ditos “caçadores de dotes”, também alvos da literatura brasileiras da época.

Como tratado inicialmente nesta pesquisa, a mulher conquistou o direito de urbanização, podendo frequentar os ambientes públicos, antes somente frequentados pelos homens. Por essa razão, foi instituído

⁴² ABRANTES, Elizabeth Sousa. O Dote é a moça Educada: mulher, dote instrução em São Luís na Primeira República. Niterói, 2010.(Doutorado em História)-Universidade Federal Fluminense. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁴³ Historiadora pioneira na pesquisa sobre o dote.

o conceito de uma mulher prendada e a mulher que não detinha dessa “qualidade”. Para Elizabeth Abrantes a reverência pela qualificação formal da mulher, na nova República, ainda que simbolicamente tornou-se um “novo dote”⁴⁴, como trazido por Jane Austen em *Orgulho e Preconceito*.

O seu dote é infelizmente tão pequeno, que provavelmente contrabalançaria os efeitos da sua beleza e das suas qualidades. Devo, portanto concluir que, ao me rejeitar, não está falando seriamente e prefiro atribuir a sua recusa ao desejo de aumentar o meu amor, deixando-me na incerteza, de acordo com os costumes habituais das mulheres elegantes (AUSTEN, 1813, p. 83).

Partindo desse pressuposto, o dote e o conseqüente “acordo” de casamento são consideráveis razões do surgimento da discriminação da mulher perante a sociedade, ao hostilizar a distinção de moças prendadas de moças que não se encontram aptas ao casamento, ou seja, a estigma à mulher surgiu do casamento enquanto um negócio financeiro de permanência familiar, ainda que sutilmente. À vista disso, a reprovação angulada ao comportamento feminino, em função da falta elegância, desqualificava a qualidade do casamento, tornando-a refém das uniões mais improváveis, para conquistar respeito social para a sua família de origem. Ainda sobre o comportamento da mulher no século XIX, todavia, a respeito de sua liberdade sexual, comum desfrutada pela falta de dote e oferta a um matrimônio respeitado, a mulher se entregava ao romance, mesmo solteira. Dessa forma, em desacordo as costumes da sociedade, a mulher era discriminada, hostilizada e desacreditada da sociedade, uma vez que a desvirginação da mulher antes do casamento cabia às mulheres impuras e indignas de um marido, o que se assemelha a narrativa da obra de José de Alencar, *“Iracema”* (1917) e *“Lucíola”* (1862).

No Brasil, a virgindade converteu-se fortemente em honra feminina, nascendo o ideal de “mulher para casar”. De acordo com os costumes patriarcais, ainda mais fortes, a legitimação de filhos se dava

⁴⁴ “O Dote é a moça educada: mulher, dote e instrução em São Luís na Primeira República” – Tese de Doutorado da autora.

apenas com o casamento, ou seja, os filhos eram classificados em acordo com o estado civil dos pais. Porquanto, segundo Maria Berenice Dias “a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima.” (2013, p. 360). Em suma, o conceito de filiação comumente assistia opiniões discriminatórias, como na Lei 3071 de 1996⁴⁵ que durante 80 anos vigorou no Brasil. Com efeitos hodiernos, apesar de grandes conquistas sociais e políticas e da desconstrução de paradigmas sociais, ainda existem batalhas a serem combatidas, isto, pois, permanecem distantes de discussão, justamente em função do machismo estrutural, como por exemplo, a possibilidade da mulher indicar o nome do pai de seu filho no ato registral oficial. Nesse sentido, é mantido o silêncio do Estado e da sociedade em torno do tema, perdurando como uma prática cultural, o patriarcalismo, a qual uma legião de homens deserta do reconhecimento paterno, graças ao regramento frágil em que a mulher não detém de autonomia, sequer em razão da igualdade.

Segundo o sociólogo Max Weber⁴⁶, em observância a sociologia da dominação tradicional, dentro do patriarcalismo a criação de um novo direito é completamente impossível, uma vez que a solidez social dessa lei moral submerge a dependência e validação do costume de toda uma consciência coletiva (WEBER, 1944), fazendo com que seja necessária uma revolução de consciência e, de fato a desconstrução dos paradigmas sociais e de gênero no que refere ao registro de nascimento, pois “Só ele poderia decidir quem era seu filho. De acordo com a lei romana... ele poderia transformar seus escravos em herdeiros por testamento, bem como vender seu filho como escravo.” (WEBER, 1944, p. 754, tradução nossa), isto, pois, o patriarca detém de poder discricionário e arbitrário, podendo ele reconhecer ou não, já que as

⁴⁵Lei que discriminava os filhos conforme o estado civil dos pais, incluindo em seu documento, bem como sendo vulgarmente reconhecido na sociedade como naturais ou espúrios - “A filiação natural dava-se quando os genitores não possuíam vínculo matrimonial, não eram casados com terceiros, nem havia entre eles impedimento para o casamento.” (CYSNE, 2008, p. 194).

⁴⁶ Jurista e economista alemão mundialmente conhecido, sendo considerado um dos fundadores da Sociologia.

condições para que mulher em indique o seu nome, é comumente impeditiva.

A filiação no registro está entrelaçada à paternidade, como a paternidade está subtendida na obrigação exclusiva do pai de registrar os seus filhos, como estabelecido no Código Civil e na antiga redação do art. 52 da LRP. Não há causalidade mais óbvia do que o estigma da liberdade percebido à mulher no reconhecimento e nas condições impostas em discrepância ao homem, pois há impedimentos para a indicação do pai partindo da premissa que a mulher pode agir com má-fé, já que “a maternidade é certa, mas a paternidade é presumida”. Nesse ínterim, Milanez e Richetti⁴⁷ (2015), em seu artigo *Da decadência da presunção “matter semper certa est”* explicam que existe controvérsia em relação à presunção de que a maternidade é certa, uma vez que a gestação substituta, por meio das barrigas de aluguel, desafia o até então conceito irrefutável de maternidade, que sob a égide dessa presunção a mãe seria a mulher que emprestou o seu útero para gestar a criança biologicamente de outra mulher.

Kumpel e Viana⁴⁸ (2017) narram uma divergência de presunções, quando sobre a presunção da paternidade e maternidade, isso porque, na presunção absorvida pelos romanos, a condição materna era comprovada através de sinais externos, ou seja, a “olho nu”, portanto, incontestável. Contrariamente, a presunção de paternidade era incerta, baseando-se pelas condições biológicas e pela hostil possibilidade da multiplicidade de parceiros da mulher não casada. Decerto, a Declaração de Nascido Vivo na posse do homem é paradoxalmente válida, sendo autorizado o registro da criança com o nome de ambos, todavia, na posse da mulher, como o próprio art. 54 da LRP traz, a indicação do pai não é validada para efeitos registrares. Diante o exposto, a palavra da mulher é irrelevante para a legislação e perante a sociedade. Não é difícil encontrar expressões machistas e

⁴⁷ Carlos José Cogo Milanez, autor brasileiro de diversos livros no âmbito do direito e professor da Universidade Estadual de Londrina; e Tatiani Richetti, advogada, autora e Conselheira da OAB – PR (2019-2021).

⁴⁸ Victor Frederico Kumpel, juiz de Direito e Doutor pela USF.

discriminatórias quando questionada, ainda que curiosamente, a paternidade de um feto sendo gerado, ou até mesmo após o nascimento. É culturalmente comum e honrado o comparecimento do homem ao cartório para registrar o seu filho, onde sequer é conhecido o procedimento de tal ato pelas mulheres.

O patriarcado ainda rege muitas situações, dizima as mulheres aos julgamentos misóginos sobre a sua liberdade e moral, porque a importância predominante não é a mulher e a segurança da criança, mas “quem é o pai”, a qual introduz a mulher em um comportamento dissidente, mas, mantêm a supervalorização do homem no papel de “pai”, mesmo que escolha a deserção de sua função. No Código Civil de 1916, em seu art. 358 a presunção de mentira destituía toda e qualquer credibilidade da mulher solteira na busca pelo reconhecimento da paternidade de seus filhos. Em verdade, a mulher casada também não estava imune a essa presunção, isso porque, embora a mulher declarasse não ser o seu marido, o pai de seus filhos e filhas, não seria considerada válida a sua palavra. Desse modo, o Código Civil de 2002 tornou explícito o que a redação antiga subtendia.

Art. 1.600 Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Art. 1.602 Não basta a confissão materna para excluir a paternidade (BRASIL, 2002).

Assim, pode-se perceber que a palavra da mulher não é credível para a negação de paternidade, nem tampouco para constituí-la. A majoritária ocupação das cadeiras do Parlamento por homens remete à permanência das culturas machistas, tendo em vista a preservação do patriarcado, atribuindo à voz da mulher um descortinamento de mentiras e misoginias⁴⁹ perpétuas. Sob esse viés, Ana Liési Thurler discorre em seu trabalho *Outros horizontes para a paternidade brasileira no século XXI, in verbis:*

Na atribuição de valor à palavra da mulher reside a subversão, a verdadeira transformação. Verucci (2002, p. 93) situa essa questão no âmbito dos Direitos Humanos das Mulheres:

⁴⁹ Aversão às mulheres.

conferir à mãe o direito de indicar quem é o pai de seu filho, eliminar "o princípio da mentira presumida que sempre vigorou na lei e na jurisprudência". A adoção da presunção de verdade na palavra da mulher coloca o imperativo da inversão do ônus da prova (THURLER, 2006).⁵⁰

Rosana Facchin⁵¹ (apud DIAS, 2003, p. 139) aponta que o Código Civil de 2002 "[...] não se preocupou a nova legislação em dar valor jurídico à posição da mulher, permanecendo a ausência de atribuição de sentido à declaração materna.". Nesse sentido, Maria Berenice Dias⁵² defende que a conveniência da lei é sem dúvidas intolerável e detentora de discriminação de gênero, uma vez que impede a mulher de registrar o seu filho, violando os princípios constitucionais de igualdade. Entretanto, há séculos o imperativo patriarcal domina as relações sociais e por isso tornou-se uma cultura de registro, onde o pai, a partir de sua protegida vontade registra e reconhece o seu filho, caso assim escolha. De outra banda, a mulher enfrenta inúmeros impedimentos, tendo que provar de certa forma, a sua integridade, na busca pelos direitos de seu filho, pois, os próprios já foram violados, sem chance alguma de reparação.

10 AUTONOMIA DA MULHER X CONVENIÊNCIA HETEROPATRIARCAL: NOVOS HORIZONTES?

A princípio é significativo reforçar a ideia tratada nos capítulos anteriores em relação à lei registral, visto que a LRP é anterior à Constituição e o Código Civil e, por essa razão, segundo DIAS (2014) a lei de registros públicos é extremamente antiquada ao "atribuir exclusivamente ao pai a obrigação de proceder ao registro do filho. Somente no caso de sua falta ou impedimento é que o registro pode ser levado a efeito por outra pessoa" (DIAS, 2014, p. 1). Com a ainda recente alteração do art. 52 da LRP pela lei 13.112/2015, advinda da aprovação do PLC 16/2003, a atribuição dessa obrigação recai também

⁵⁰ (VERUCCI, 2002, p. 93 apud THURLER, 2006)

⁵¹ Autora de livros com ênfase no Direito de Família e Desembargadora do TJ/PR.

⁵² Renomada jurista brasileira, Presidente do Instituto Brasileira de Direito de Família - IBDFAM e autora de diversos livros que tratam sobre o "Direito das Famílias" e percussora nos estudos sobre as espécies de família.

sobre a mãe. Entretanto, Maria Berenice Dias refuta que “nunca existiu impedimento para a mãe proceder ao registro do filho. Ela sempre assumiu tal encargo quando o pai se omite.” (DIAS, 2014, p. 1).

Para Ana Liési Thurler, as tentativas de combater a desigualdade de gênero do Brasil são veementemente derrubadas, a exemplo do julgamento da ADC 19 em 2007⁵³ que foi desencorajado pelo Presidente da República, somente sendo julgada em 2012. Em verdade, o que ocorre é um tratamento discriminatório na legislação em relação às mulheres. As condições para o homem registrar a criança, por exemplo, se resume a presença de duas testemunhas e a Declaração de Nascido Vivo - DNV, mais um documento com foto da mãe. Para a mulher-mãe é indispensável apresentar certidão de casamento e o documento com foto do pai. Outra situação discriminatória é quando, a mulher ainda que em união estável, seja ela contratual ou judicialmente reconhecida, a genitora não pode indicar o nome do pai na certidão na criança. Permanece a inexistência de exigência comprobatória para o homem, para sequer provar que convive com a mãe do seu filho (DIAS, 2014). Segundo a jurista houve a tentativa de "chamar o homem à responsabilidade de registrar os seus filhos" (DIAS, 2014, p. 2). As Resoluções 12 e 16 do CNJ e, ainda a Lei 8.560/1992 propuseram o seguinte: “Se a mãe indica ao oficial do registro civil quem é o genitor, é instaurado um procedimento, em que o indigitado pai é intimado judicialmente.” (DIAS, 2014, p. 2). Não obstante o comparecimento do homem-pai, que negue a veracidade da indicação da mulher-mãe, ou ainda não aceite realizar o teste de DNA, nada aconteceria. Para Maria Berenice Dias, diante a escolha do homem em não submeter-se ao exame, o juiz deveria determinar o registro da criança em seu nome. No entanto, a diligência é encaminhada ao Ministério Público para que seja tramitada uma ação de investigação de paternidade, onde o réu será

⁵³ O Presidente da República, por intermédio do Advogado Geral da União, ajuizou no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Constitucionalidade (ADC-19) com pedido liminar, pedindo a confirmação de validade da Lei Maria da Penha (Lei. 11.340/2006). A referida lei foi alvo de diversas contestações em diversos segmentos jurídicos sobre a sua validação, como a exemplo do TJ/MS, TJ/RS e TJ/RJ. Na ação constavam decisões de juizes que defendiam a inconstitucionalidade da lei por causar desigualdade entre homens e mulheres.

novamente citado, de nada valendo a citação anterior, “embora tenha sido determinada por um juiz” (DIAS, 2014, p. 2).

É de todo desnecessária a propositura de uma ação investigatória quando aquele que foi indicado como genitor nega a paternidade e resiste em provar que não o é. Diante da negativa, neste momento deveria o juiz determinar o registro, sem a necessidade de qualquer novo procedimento (DIAS, 2014, p. 3, grifo nosso).

Conforme esse posicionamento, o ideal seria que após a recusa do homem ao exame de DNA, o juiz determinaria o registro e, caso o pai não concorde com a paternidade, voluntariamente procure provar que não o é através de Ação Negatória de Paternidade, o qual enfim será submetido ao exame de DNA (DIAS, 2014). Todavia, essa hipotética mudança, de nada alteraria, já que para a mulher registrar o filho em nome de ambos, seria necessário que o homem concordasse e disponibilizasse a sua carteira de identidade. Do contrário, seria aberto um procedimento administrativo, ou seja, para que ocorra o registro é indispensável que ele assuma a paternidade (DIAS, 2014). Na hipótese de ação judicial, caso o pai indicado outra vez não compareça, nada será feito, havendo ainda a necessidade de teste de DNA, visto que “vai continuar a existir a necessidade da ação investigatória de paternidade, quando todos estes acontecimentos não dispõem de qualquer relevo” (DIAS, 2014, p. 2).

Essa visão baseia-se na discrepância entre jurisprudência e a legislação, quando no Código Civil de 2002 nos art. 231 e 232 estabelece que a recusa “em submeter-se ao teste de DNA, supre à realização de prova a ser produzida, não devendo quem o nega aproveitar-se de sua omissão” (DIAS, 2014, p. 2), na qual fica caracterizada a presunção de paternidade. Entretanto, o art. 2º-A, parágrafo único da Lei nº 8.560/92 determina que a recusa trata-se apenas de uma mera presunção de paternidade que deverá ser analisada conjuntamente ao contexto probatório. Assim também entende o STJ com redação na Súmula 301 que considera à negativa

presunção *juris tantum*⁵⁴. Dessa forma, percebe-se que quando o assunto é assegurar o direito de identidade de uma pessoa, os dispositivos definitivamente não valem. Ademais, diante todo o exposto, o fechamento para tantos empecilhos e desigualdades estão na cultura patriarcal, na misoginia que discrimina e inferioriza a mulher. No que diz respeito ao princípio da igualdade Flávia Piovesan e Silvia Pimentel discorrem:

O texto constitucional transcende a chamada “igualdade formal”, tradicionalmente reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei”, para consolidar a exigência ética da “igualdade material”, a igualdade como um processo em construção, como uma busca constitucionalmente demandada. Tanto é assim que a mesma Constituição que afirma a igualdade entre os gêneros estabelece, por exemplo, no seu artigo 7o, XX, “a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos” (PIOVESAN; PIMENTEL, 2007, online).⁵⁵

Partindo desse pressuposto, significa dizer que no Peru, com a Lei 28.457/2005 admitiu-se a inversão do ônus da prova da paternidade com o propósito de suprimir o não reconhecimento paterno, confirmando, satisfatoriamente, a disposição do Estado e sociedade peruana em solucionar problemas reais. Thurler (2007) indaga que a aprovação de tal lei não é surpresa, mas, supera o silêncio daqueles países que assinaram e ratificaram o protocolo facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) que determina:

1) **Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher** em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão:

[...]

d) Os mesmos direitos e responsabilidades como pais, **qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos**. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial; (BRASIL, 2002, grifo nosso).

⁵⁴ (Súmula 301 STJ) presunção *juris tantum* de paternidade, que consiste em presunção relativa, admitindo prova em contrário.

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela. 25 de novembro de 2007. Agência Carta Maior. Disponível em: <<http://www.contee.org.br/noticias/artigos/art6.asp>>. Acesso em: 24 de nov. 2020.

À vista disso, a constitucionalidade da referida lei, que foi confirmada pela Suprema Corte de Justiça do Peru, consagra-se como marcos políticos e jurídicos na América Latina, no campo da criação de uma nova democracia (de gênero). Porquanto, Thurler explica discriminadamente suas observações em relação aos efeitos da lei, *in verbis*:

1. Contribuem para o enfraquecimento do arbítrio masculino, próprio de padrões patriarcais de paternidade e para o abrandamento de hierarquias entre mães casadas e mães não casadas, entre crianças “legítimas” e “naturais”, entre pais maridos e não maridos da mãe. Um dos poderes fundamentais atribuídos ao patriarca pelo Direito Romano é o poder discricionário de repudiar ou reconhecer filhos, exercendo, desse modo, controle sobre sua descendência.
2. Ao admitirem ao homem-pai indicado estritamente o exame em DNA para negar a paternidade, interditam a utilização de recursos próprios de sociedades sexistas e misóginas, tais como a desqualificação do comportamento da mulher – que ao ter um filho fora do casamento já assumiu um comportamento dissidente – ou questionamentos a sua moralidade. Portanto, esses novos parâmetros legais retiram a mulher-mãe não-casada da condição de ré para situá-la na condição de cidadã a ser respeitada.
3. Promovem um deslocamento-chave para superar o sexismo e a misoginia e dignificar a mulher cidadã: propõem uma passagem da *mentira presumida* para a *presunção de verdade* da palavra da mulher-mãe peruana, que passa a poder declarar o nome do pai de seu filho/a, já no registro civil de nascimento. A *presunção de mentira* da palavra da mulher-mãe encontra-se ancorada na misoginia como ideologia. Que é misoginia? Gilmore apresenta-a como medo e ódio irracional, sentimento de hostilidade e aversão às mulheres. Um dos pontos de maior relevância na análise do autor é a constatação da passagem de sentimentos e representações em relação às mulheres, a práticas sociais masculinas.
4. Promovem a inversão do ônus da prova da paternidade. No Brasil, mesmo com o Código Civil de 2002, a palavra da mulher – mesmo casada – foi mantida esvaziada tanto para constituir como para excluir a paternidade (THURLER, 2009, p. 84-87)⁵⁶

Sob esse viés, os princípios da dignidade, da igualdade e da identidade pessoal são efetivados e garantem o reconhecimento paterno quando visualizados sob a ótica da Lei 28.457/2005. De fato, suas exigências não são abusivas e, sem dúvidas, efetiva igualdade de

⁵⁶ THURLER, Ana Liési. Um fenômeno latino-americano no século XXI: tentativas de inconstitucionalizar iniciativas voltadas à superação do sexismo. 01 de maio de 2009. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-64/um-fenomeno-latino-americano-no-seculo-xxi-tentativas-de-inconstitucionalizar-iniciativas-voltadas-a-superacao-do-sexismo/>>. Acesso em: 24 de nov. 2020.

direitos e condições entre homens e mulheres. No Brasil, certamente, se instituída lei semelhante ocorreriam grandes avanços na democracia de gênero, ainda que em primeiro momento causasse desordem, gerando resistência social, bem como possíveis tentativas de inconstitucionalização da lei para desencorajar a proposta, como ocorreu no Peru, e no Brasil com a Lei Maria da Penha. Por fim, cumpre destacar que superada as discriminações enfrentadas pela mulher em relação ao ato registral, outros marcos políticos e sociais seriam consagrados, como por exemplo, a consequente e brusca diminuição do abandono paterno, que estatisticamente só no primeiro semestre de 2020 contabilizou 1.280.514 nascimentos de crianças brasileiras, sendo que desse total, 80.904 constam apenas na certidão de nascimento o nome de suas mães.⁵⁷

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As consagradas mudanças sociais em torno dos direitos da mulher no Brasil são efeitos do amadurecimento crítico social e da união pela luta contra as desigualdades, a fim de alcançar uma democracia de gênero, na qual o machismo, a misoginia, as discriminações, o sexismo e o feminicídio sejam suprimidos, tornando-a afim da humanidade. A história da mulher narra um contexto de luta que mais se aproxima de uma guerra por reconhecimento e liberdade *versus* o patriarcado normativo – que busca amparo na ignorância humana. O heteropatriarcalismo desde sempre existe e resiste à autonomia feminina, como se houvesse um princípio de superioridade social, onde a partir da força e do conhecimento adquirido pelas mulheres ao longo dos séculos, obviamente causa estranheza aos personagens de domínio. Compreende-se que a racionalização da sociedade ainda sofre com os reflexos da cultura machista, como também do poder que o Parlamento anuncia com as leis seguindo os

⁵⁷ Dados disponibilizados pela Central Nacional de Informações do Registro Civil (CRC) – Arpen - Brasil.

ditames do patriarcado. Ironicamente, essas leis naturalmente são criadas por homens, o que confere sim, o privilégio masculino. Trata-se da importância de representatividade de mulheres em locais tão importantes quanto, para que seja discutido e desmistificado ideais sexistas que beiram a normalidade, para que consigamos ter voz num lugar que também é de fala da mulher.

Nos dados do *ranking* 2020 levantados pela *Inter-Parliamentary Union* – IPU, órgão monitorado pela Organização das Nações Unidas - ONU, o Brasil conquistou a 140ª posição dos 191 países sul-americanos com maior presença feminina, em câmara baixa ou parlamento. Outrossim, em 8 de março de 2020, dos ministros nomeados pela presidência da república, do total de 23 ministros, apenas dois eram mulheres. Muito embora o protagonismo da mulher nas grandes lutas por direitos iguais seja romantizado, é valioso lembrar que a luta é mais dolorosa quando em razão da segregação dos direitos de personalidade devido ao gênero, isto, pois, são direitos humanos. Assim, como a Lei Maria da Penha sofreu retaliações dos mais diversos seguimentos judiciais, qualquer lei que busque ancorar igualdade entre homens e mulheres enfrentará um longo percurso de luta pela desconstrução dos paradigmas sociais até a construção de um novo normal, ainda que isso gere externamente inúmeras tentativas de inconstitucionalizar a lei que está em conformidade com a Constituição Federal. Além do objeto precípuo dessa pesquisa ser o estudo da mulher/mãe e as desigualdades de gênero arraigadas na sociedade e legislação brasileira, observou-se que além dessa problemática, o alto índice de abandono paterno no país, sem dúvidas, é ocasionado pelo atual sistema registral que traduz privilégios de vontade nas ditas brechas da lei.

Logo, conclui-se que no art. 52 e 54 da LRP há violação do direito de igualdade impresso na Carta Magna que discrimina a mulher, não permitindo que registre o seu filho nas mesmas condições estabelecidas ao homem, uma vez que segundo Maria Berenice Dias, a Lei de Registros Públicos permanece antiquada, mesmo após a alteração da Lei 13.112/2015, visto que a mulher-mãe não pode registrar o seu filho

indicando o nome do pai em “respeito” a presunção da mentira da palavra da mulher e da retrógrada presunção de maternidade. Desse modo, o exemplo da inversão do ônus da paternidade instituído em lei no Peru aclara e indica novos horizontes de solução dos problemas enfrentados por tantas mães solteiras e seus filhos aqui no Brasil, vítimas do machismo estrutural que ressoa negativamente, tanto no direito de igualdade, quanto no maior dos interesses de um cidadão, que é o direito à identidade.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, Elizabeth Sousa. **O Dote é a moça Educada**: mulher, dote instrução em São Luís na Primeira República. Niterói, 2010. (Doutorado em Historia)-Universidade Federal Fluminense.
- ALENCAR, José. **Senhora**. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- ALESKIÉVITCH, Svetlana. **A guerra não tem rosto de mulher**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- AMARAL, Anna Beatriz Matos Almeida do. **O Registro Civil das Pessoas Naturais e suas implicações jurídicas no cotidiano da sociedade**. 2010. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestr e2010/trabalhos_12010/annaamaral.pdf>. Acesso em: 19 de novembro. 2020.
- AUSTEN, Jane. **Orgulho e Preconceito**. 2. ed. São Paulo: Landmark Editora, 2014.
- BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**, Vol.2: A Experiência Vivida, Ed. Difusão Europeia do Livro, 1967.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Presidência da República. Brasília, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.
- BRASIL. **Estatuto da Mulher Casada**. Lei nº 4.1.21 de 27 de agosto de 1962.
- BRASIL. **Legislação da mulher**. 4 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011.
- BRUSCHINI, Cristina e PINTO, Céli Regina. **Tempos e lugares de gênero**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2001.
- COIMBRA, Patrícia. **Direito das mulheres pós-constituição**: um estudo descritivo. Monografia (especialização) – Curso de Processo Legislativo, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2011.
- COSTA, Lúcia. **Gênero**: Uma questão feminina. Disponível: <http://www.uepg.br/nupes/genero.htm> Acesso: 09 nov. 2020.

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões**. 33 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1987.

DAHL, T. S. **O Direito das Mulheres** - Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DEL PRIORE, Mary. **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2004.

DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres**: As vozes do silêncio In: FREITAS, Marcos Cezar (org.) *Historiografia brasileira em perspectiva*. São Paulo: Contexto, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

DUBY, George. PERROT, Michelle. (org.). **História das mulheres no Ocidente**. Porto: Afrontamento, 1993.

FACHIN, Rosana. **A História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: EBRADIL, 1991.

FACHIN, Rosana. **Do parentesco e da filiação**. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Igualdade Conjugal - Direitos e Deveres**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 31, 1999.

LOPES, A. R. de S. **Resumo da Lei Maria da Penha**, Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. Delegada de Polícia de Ilhéus. Bahia, 2006.

LOURO, G. L. **Nas redes do conceito de gênero** In: MEYER, M. J.; WALDOW, D. E. *Gênero e Saúde*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p. 34 -41.

KUMPEL, Vitor Frederico. VIANA, Giselle de Menezes. **A isonomia e o Registro Civil de Nascimento – Parte I**. Publicado em 02/08/2017. Disponível em: <https://www.anoregsp.org.br/noticias/18143/artigo-a-isonomia-e-o-registro-civil-de-nascimento-parte-i-por-vitor-frederico-kumpel-e-giselle-de-menezes-viana>. Acesso em 19 nov. 2020.

MATOS, Maria Izilda. **Outras histórias: as mulheres e estudos de gênero** – percursos e possibilidades In: *Gênero em Debate. Trajetória e Perspectivas na Historiografia Contemporânea*. São Paulo: EDUC, 1997. Acesso: 19 nov. 2020.

MESQUITA, Euclides de. O REGISTRO CIVIL DA PESSOA NATURAL NO DIREITO BRASILEIRO. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 5, dec. 1957. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/6607>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

MILANEZ, Carlos José Cogo; RICHETTI, Tatiana. **Da decadência da presunção “matersemper certa est”**. *Publica Direito*. 2020.

MONTEIRO, A.; LEAL, G. B. **Mulher**: da luta e dos direitos. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

MOURA, Mario de Assis. **Manual dos Escrivães do Cível**. 1. ed. São Paulo, Editora Saraiva & Cia. 1934, p. 07 .

MURARO, Rose Marie. **Sexualidade da mulher brasileira**. Corpo e Classe social no Brasil. Rio de Janeiro: Vozes, 1983.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Uma principiologia para o Direito de Família**. In Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PERLIN, G.D.B. Gênero, multissexualidade e tendências sexuais contemporâneas: desafios para uma atuação ética. **Revista da Faculdade Regional da Bahia**, Salvador, v. 1, p. 78-92, 2006.

PIOVESAN, Flávia e PIMENTEL, Sílvia. **Lei Maria da Penha**: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela. In Correio do Estado, Mato Grosso do Sul, 17.10.2007.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS GLOBAIS JUSTIÇA INTERNACIONAL E O BRASIL**. Disponível: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/15_07.pdf>. Acesso: 12 nov. 2020.

PRIORE, M. Del (org.); BASSANEZI, C. **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1997.

RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. Vol.II. Tomo I. Os Direitos. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1978.

SAFFIOTI, Heleiet. **Gênero e Patriacardo**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SARNO, Donato. **Storia dei Registri dello Stato Civile**. Maletica: Halley Editrice, 2010.

SCOTT, J. **Gênero**: uma categoria útil para a análise histórica. Educação e Realidade, v.20(2), 1995.

SOARES, S.; IZAKI, R. S. **A Participação feminina no Mercado de Trabalho**. Rio de Janeiro: Texto para Discussão nº 923, dez/2002.

SOTER (org.). **GÊNERO e Teologia**: interpelações e perspectivas. São Paulo: Loyola, 2003.

SOW, M. **A Participação Feminina na construção de um parlamento democrático**. Brasília: CEFOR, 2009.

TELLES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo, Brasiliense, 2003, 1999.

TELLES, Maria Amélia de Almeida. **O que são direitos humanos das mulheres**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

THURLER, Ana Liési. **Paternidade e deserção**: crianças sem reconhecimento, maternidades penalizadas pelo sexismo. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília, 2004.

TIZIANE, Marcelo Gonçalves. **Uma breve história do registro civil contemporâneo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52705/uma-breve-historia-do-registro-civil-contemporaneo#_ftnref3>. Acesso em: 19 nov. 2020.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**: esbozo de sociologia comprensiva. Trad. José Medina Echavaria, Juan RouraParella, Eduardo García Máynez, Eugenio Ímaz y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Econômica, 1944.

CAPÍTULO III

A FRAGILIDADE DO INSTITUTO JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O impeachment da mulher Dilma

**EDUARDO DUARTE SANTANA
DÉBORA SANTANA CARVAHO
JOAQUIM CARDOSO DA SILVEIRA NETO**

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu a partir da constatação do pouco debate em torno do instituto do impeachment no meio jurídico e acadêmico, o que reflete significativamente na baixa quantidade de materiais bibliográficos referente a esse instrumento no Brasil, fato este que delineou os parâmetros deste trabalho sistematizando a doutrina e jurisprudência existente almejando entender e explicar a utilização deste instituto no Brasil. Durante a graduação do curso de Direito as disciplinas que se dirigem ao estudo da organização do Estado e da administração pública sempre tiveram uma atenção especial da parte deste que escreve pelo fato de serem matérias cujo conteúdo se destina a explicar as conjunturas sociais suas bases de sustentação e os motivos que levam a queda de um governo ou propriamente de um Estado.

Visto a tamanha magnitude e importância dessas disciplinas no curso de Direito, é incoerente a baixa ou mesmo a ausência de discussões no meio acadêmico e jurídico acerca do instituto do impeachment vez que este instrumento lida diretamente com a ordem natural da política representativa nos governos presidencialistas, não podendo, pois de forma alguma ser ignorado ou mesmo deixar lacunas ou dúvidas quanto à credibilidade ou fragilidade a partir da sua utilização no Estado Democrático de direito. A presente dissertação que será lida, trata-se de monografia para a conclusão do curso de graduação em Direito, fora produzida a partir de revisão bibliográfica e documental da literatura jurídica, levando-se em consideração os aspectos históricos e políticos sobre o impeachment enfatizando os dois processos de impeachment ocorridos no Brasil durante a vigência da constituição atual. O instituto do impeachment fora criado na Inglaterra como forma de responsabilização político-constitucional e criminal para destituição dos ministros pelo parlamento, sendo adotado posteriormente pela constituinte dos Estados Unidos como forma de responsabilização administrativa do presidente da república e copiado

pelas demais democracias na América Latina. O instituto do impeachment esta presente no ordenamento jurídico do Brasil desde a constituição imperial de 1824 e nas demais constituições republicanas desde 1891 repetindo os modelos Estadunidense, onde se prevê a utilização deste instrumento como forma de responsabilização e destituição do presidente da republica e dos ministros de estado.

Ressaltamos, pois que é de competência do poder legislativo processar e julgar o agente público por crime de responsabilidade, uma vez que este em especial não se trata de um processo estritamente jurídico, mas sim um juízo jurídico-político, por a acusação basear-se em infração administrativa prevista em lei e por ser um processo instruído e julgado por agentes distintos do poder judiciário, os parlamentares. Até o ano de 1992 o instituto do impeachment no modelo republicano nunca havia sido utilizado de forma efetiva em nenhum lugar do mundo apesar de algumas tentativas sem êxito nos Estados Unidos, o então presidente do Brasil Fernando Collor sofreu um impeachment e deixou o cargo e ficando inelegível por 08 (oito) anos.

Em 2016, a primeira mulher presidente eleita, sofreu o segundo impeachment no Brasil, apenas 24 anos após o primeiro impeachment, rodeado de grandes divergências políticas e jurídicas enquanto a responsabilidade da presidente nos referidos atos que sustentaram a acusação, sendo motivo de divergência entre os estudiosos até os dias atuais. O tema do impeachment que ora se pesquisa, é atual e controverso em virtude das constantes divergências políticas e jurídicas a respeito deste instituto, principalmente no Brasil motivado pelas mais distintas correntes doutrinarias que orientam os estudos desse instrumento, existindo, porém poucos estudos que busquem consolidar este instituto como medida eficaz de controle das instituições e de responsabilização administrativa e não de perseguição política ideológica como apontam alguns estudiosos.

A presente dissertação tenta, portanto explicar os motivos que levam a este instrumento ser utilizado desregradamente no Estado Brasileiro, analisando sob uma ótica multidisciplinar, sistematizando os aspectos históricos e jurídicos formando uma análise crítica, possibilitando uma reflexão que permita entender os motivos que levaram a utilizar esse instrumento duas vezes no Brasil. Neste sentido, o estudo que ora se propõe, é justificável pela sua relevância para o nosso país, em virtude da sua atualidade por ser sempre uma hipótese de destituição dos presidentes da república levantada a cada legislatura. A presente pesquisa pretende além das reflexões puramente técnicas, demonstrar a viabilidade e segurança jurídica através da utilização desse instrumento no Estado brasileiro, dividindo o trabalho em três capítulos que apresentarei logo a seguir. No segundo capítulo iniciarei tratando sobre Democracia e os remédios jurídicos para as crises de governabilidade, onde abordarei democracia seu conceito, sua evolução e as diferentes formas de exercício desta nos dias atuais, demonstrando que as crises políticas são inerentes a Estados com democracia em desenvolvimento, pois é por meio das crises que esta se aprimora e amadurece.

Enfatiza-se a necessidade do sistema presidencialista de governo no Brasil manter uma base de apoio no congresso para poder dar andamento com as políticas de governo, chamado de presidencialismo de coalizão, tecendo uma crítica a esse método de governo pelo fato do presidencialismo de coalizão surgir da necessidade da presidência da república manter uma base de apoio no congresso que garanta a aprovação de pautas de seu interesse, porém verifica-se que essa base é construída muitas vezes distante do viés ideológico prevalecendo os interesses pessoais transformando o presidencialismo de coalizão em um clientelismo em virtude de o apoio ser construído através de troca de cargos e favores, desta forma viciando o rigor com o qual ocorreria a apreciação pelo congresso das medidas tomadas pela presidência. No terceiro capítulo será abordada a parte conceitual do instituto do impeachment, sua origem na Inglaterra como forma de

responsabilização criminal, o seu desenvolvimento nos Estados Unidos como instrumento de controle político através da teoria dos freios e contrapesos, e o surgimento e aplicabilidade no Estado brasileiro. No Brasil, durante o período imperial seguia os parâmetros do modelo inglês de responsabilização dos agentes, após a instituição da república adota-se o modelo estadunidense, vigorando até os dias atuais.

Nos Estados Unidos desde 1787 a constituição prevê a utilização desse instituto, porém de fato, este instrumento fora utilizado 17 vezes em sua história, sendo que somente em três tentativas contra presidentes da república, sendo que dois processos não prosperaram e um dos casos o presidente renunciou antes sofrer os efeitos do processo. No Brasil o instituto fora utilizado de fato pela primeira vez em desfavor do então presidente Fernando Collor de Melo em virtude de denúncia de corrupção praticado por agentes próximos a ele, e em meio a turbulências políticas com o Congresso e com a população por medidas econômicas impopulares gerando grandes protestos pedindo a impeachment do então presidente da república sendo apontado por alguns, como motivação exclusivamente política já que segundo estes as acusações contra o presidente eram extremamente frágeis e não prosperariam em um processo judicial comum. No quarto capítulo trarei a baila, o Estado Democrático de Direito e o Impeachment, onde abordarei através de uma visão crítica as constates tentativas de utilização no Estado Brasileiro, se o forte apreço político presente neste instrumento pode violar o direito do agente que sofrera o impeachment e dessa forma deslegitimando como instrumento eficaz dentro do Estado democrático de Direito.

Durante o processo de impeachment da ex presidente Dilma Rousseff, o instituto foi confrontado ferozmente enquanto medida apropriada para resolução da crise política que se iniciava no Brasil. A fragilidade dos argumentos que serviram de base para sustentação do pedido de impeachment, mesmo que observado os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, o juízo acerca da tipicidade do ato

como infração passiva de ser aplicado o impeachment como sanção apropriada, baseia-se exclusivamente no livre convencimento dos parlamentares que realizaram juízo de admissibilidade e de mérito, vindo a condenar a então chefe do executivo a perda do cargo. O afastamento do judiciário na apreciação do impeachment sustenta as críticas atribuída a este instituto, uma vez observado o afastamento do governante por mera conveniência política viola princípio da representação democrática, do pleito eleitoral e da soberania do voto popular. Para isto, a infração cometida pelo agente público, passivo de sofrer a sanção por meio do impeachment deve estar em consonância com o rol taxativo da lei 1.079/1950 que estabelece os atos que podem ser considerados como crimes de responsabilidade.

O afastamento do presidente da república por crime de responsabilidade como já relatado anteriormente é de competência do legislativo processar e julgar a autoridade infratora, não sendo possível submeter ao judiciário a apreciação de mérito, sendo possível apenas a intervenção do judiciário quando provocado por qualquer das partes para sanar vício de ordem processual, garantindo o contraditório e a ampla defesa. Por fim entende-se que o instituto do impeachment é um instrumento necessário aos Estados democráticos por se tratar de um mecanismo de controle das instituições e limitação dos poderes dos agentes públicos no exercício das suas funções, porém a mera conveniência política não deve ser fator primordial para o afastamento do governante especialmente nas repúblicas presidencialista, onde a chefia de governo e chefia de Estado são exercidas pelo mesmo agente. Neste sentido a destituição do cargo do governante pelo parlamento quando não observados os critérios estabelecidos na legislação abre margem para interpretações dúbias, podendo afastar a visibilidade internacional no que cerne a estabilidade da nação.

2 A DEMOCRACIA E OS REMÉDIOS JURÍDICOS PARA AS CRISES DE GOVERNABILIDADE

A governabilidade nos estados democráticos sempre foi marcada por crises políticas oriundas das divergências políticas ou ideológicas que são inerentes as democracias em virtude do multipartidarismo comum nos governos democráticos, porém a governança nos países que adotam a separação tripartite dos poderes da administração pública é existente vários mecanismos de ordem política e jurídica para a manutenção da ordem constitucional e da democracia no Estado. A partir do que fora exposto no capítulo anterior é possível se questionar o quanto uma democracia pode ser frágil ou resistente às adversidades inerentes a sua própria natureza, e desta forma apresentar soluções jurídicas e políticas viáveis para remediar as crises geradas devido às divergências políticas existentes. No capítulo presente abordaremos como foco central a Democracia e os remédios jurídicos de governabilidade trazendo a baila as características dos estados democráticos e as possíveis causas das crises políticas, principalmente no tocante a relação entre os poderes em especial a relação do executivo com o legislativo, sendo estes os poderes em que os representantes são eleitos por meio do voto do cidadão comum e por isso os representantes do povo e dos seus interesses.

3 A GOVERNANÇA E AS CRISES POLÍTICAS

Inicialmente, antes de adentrar no conceito basilar instituto denominado democracia, faz-se extremamente necessário a delimitação do conceito de Estado, vez que a conjuntura atual das nações modernas preza pela participação popular nas tomadas de decisões dos governantes como também na eleição de seus representantes. O Estado surge a partir do momento da agremiação de indivíduos que compactuam de valores semelhantes e entre si repartem obrigações e responsabilidades que juntas possam assegurar a estabilidade social e a segurança patrimonial dos seus indivíduos, assim entende-se que o indivíduo cede parte da sua liberdade em contrapartida da convivência pacífica com os demais indivíduos sob o “contrato social” como defende ROUSSEAU em o contrato social, “(...) encontrar uma forma de

associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado de qualquer força comum; e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando, assim, tão livre como dantes".

A convivência pacífica entre os cidadãos pressupõe a existência de um contrato social que organize os indivíduos de acordo com seus grupos e delimitando também suas responsabilidades e obrigações, além do aspecto mais importante dos estados democráticos, o exercício do voto. A democracia pode ser caracterizada pela sua forma de exercício, que pode ser dividido em duas, a democracia direta, quando os cidadãos opinam de forma direta a partir do voto para a tomada de decisões no meio social, e a democracia indireta, quando os indivíduos elegem seus representantes para este fim, que pode ser a criação e aplicação de políticas governamentais, executivo, e para a criação de instrumentos normativos, legislativo. Democracia conceitua-se como um regime de governo na qual se caracteriza pela participação popular nas tomadas de decisões e políticas de governo. A palavra democracia tem origem no grego *demokratía* que é composta por dois termos, *demos* (que significa povo) e *kratos* (que significa poder). ou seja, a democracia é a forma de governo que assegura sustentabilidade dos regimes políticos por na sua essência se constituir como fator determinante o apoio do povo para a aplicabilidade de políticas que tenham em comum os desejos da maioria.

Governos que tem um a estrutura de governo sustentada por um regime de características democrático tendem a possuir maior durabilidade e sustentabilidade devido a sua estrutura conjuntural, ou seja, o fato das decisões serem tomadas a rigor da exposição da opinião pública, e sua conseqüente aceitação servem de sustentáculo para os governos uma vez que a partir da aceitação publica o governante não irá tornar-se o único responsável pelas conseqüências pela decisão proferida.

É através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõem do plano teórico para o prático os princípios que

iriam conduzir ao Estado Democrático: o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por LOCKE e que teve sua expressão mais significativa no *Bill Of Rights*, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de Rousseau (DALARI, 2013, p. 147)

Os primeiros relatos de sociedades que se utilizaram de meios democráticos para a implementação de políticas de organização social e de tomada de decisões, que serviram de parâmetro e de estudo para as democracias atuais, tem origem na Grécia antiga no sec. VI a.C, a democracia na Grécia antiga se caracterizava por se uma democracia direta onde cidadãos notáveis reuniam-se na polis para deliberar assuntos de interesse do povo grego configurando-se assim como uma democracia direta. Salvetti Neto (2000, p. 92) afirma que “a democracia direta, cujo ideal supremo encontramos na Atenas de Clístenes e Péricles e nos escritos de Rousseau, é a forma de governo em que os governados, sem qualquer intermediação, deliberam acerca dos problemas do Estado”.

A partir da exposição conceitual acerca da origem e aplicação da democracia na sociedade verifica-se que a democracia é o instrumento basilar para a construção de Estados sólidos em suas instituições responsáveis pela organização e resolução de suas demandas como é perceptível na organização atual dos Estados modernos como a tripartição dos poderes. A ideia da tripartição dos poderes do Estado tem por objetivo principal a descentralização do poder que o governante exerce sobre seus governados, ou seja um estado antes autoritário, na qual as decisões eram tomadas a rigor de uma ou poucas pessoas, passa a serem tomadas por pessoas específicas de acordo com a temática da matéria, assim surgindo a noção de estado democrático.

Inicialmente a ideia de Estado tripartite surge com Aristóteles na antiguidade e que posteriormente que fora retomado por Locke, Bolinbroke e Montesquieu nos séculos XXVII e XXVI. Que consiste na

livre atuação das três funções básicas do Estado, governar, julgar e legislar, como reescreve o ilustre jurista Celso Ribeiro Bastos (1995 p. 75-6).

A função legislativa consiste em estabelecer as normas gerais e as abstratas que regem a vida em sociedade (...). A função executiva consiste em traduzir num ato de vontade individualizado a exteriorização abstrata da lei(...). Já o dirimir possíveis controvérsias que possam surgir por ocasião da aplicação vem a ser função jurisdicional.

O Estado com uma estrutura administrativa pautada na tripartição dos poderes assegura maior estabilidade dos governos, vez que esta através do sistema de “freios e contrapesos” garante a independência e a harmonia das instituições, assim um poder não pode sobrepor-se a outro sob pena de infração da norma Constitucional sendo este passivo de responsabilização. No Brasil a Constituição Republicana de 1988 consagrou ao Estado Brasileiro a tripartição dos poderes da administração pública como elemento essencial para existência do Estado Democrático de Direito “art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o Executivo e o judiciário” (BRASIL, 1988). A tripartição dos poderes da administração pública assegura a estabilidade jurídica democrática dos Estados modernos, vez que a desconcentração do poder impõe limites aos detentores do poder, ainda que respaldados pela popularidade, ou pela legitimidade assegurada pelo instrumento normativo que concedeu o cargo que o exerce nos limites estabelecidos na mesma. Como bem esclarece Rosah Russomano, p. 120, “Busca o sistema em pauta, por definição estabelecer freios e controles recíprocos entre os órgãos estatais, dê sorte que estes, embora divididos, se venham a entrosar em harmonia.”

A governança nos países democráticos é sempre marcada pelos confrontos dos grupos políticos existentes, principalmente no que concerne aos que compõem os grupos apoiadores do governo e dos grupos opositores, porém é existente no ordenamento jurídico atual medidas judiciais cabíveis no sentido de preservar a independência e harmonia dos poderes da República. O constituinte de 1988 pressupondo a

eventuais crises entre a harmonia dos poderes da república, constituiu o Supremo Tribunal Federal a qualidade de guardião supremo da constituição, atuando como poder moderador nos conflitos entre as instituições, desta forma, qualquer forma de interferência de um poder sobre o outro é passivo de ser deslegitimado pelo judiciário por meio dos mecanismos jurídicos previstos na legislação, inclusive com a previsão de decretar intervenção judicial. As crises políticas geradas por divergências político- ideológico são inerentes aos países que tem sua cultura multipartidária, ou seja, a governança nos países democráticos será sempre marcada pela divergência e por exposições de opiniões contrárias o que acaba se tornando fator fundamental para evolução da sociedade e da democracia, da mesma forma entende Dalari (2013, p. 141):

O segundo ponto fundamental para assegurar a permanência do Estado adequado é a aceitação dos conflitos de opiniões e de interesses como fatos normais, componentes da realidade e participantes do processo dialético de que resulta a ordem capaz de promover e assegurar o bem comum. A observação cuidadosa dos fatos revela que todos os conflitos fundamentais entre pessoas são produto de necessidades naturais. Mesmo quando os conflitos são secundários, decorrem, quase sempre, da necessidade que sente cada um de fazer prevalecer suas opiniões ou seus interesses. E como não pode haver um padrão objetivo prévio que permita dizer qual a vontade que deve preponderar, é indispensável que o Estado se organize de maneira a permitir a expressão livre das ideias e das aspirações, estabelecendo regras gerais e uniformes para a escolha da vontade preponderante.

Neste sentido compreendemos que a democracia é construída ao longo de muito tempo, e as crises políticas são inerentes aos Estados Democráticos, porém a consolidação e fortalecimento da democracia só são perceptíveis em como o estado lida com as crises e procurando soluções democráticas e menos traumáticas para as instituições da república. Para isto o Estado deve contar com uma gama de instrumentos jurídicos para a melhor solução a ser tomada objetivando a preservação do Estado, ou seja, além da independência. Da mesma forma entende o ilustríssimo jurista Michel Temer, p. 127:

O mérito da Doutrina, especialmente de Montesquieu no seu O espírito das leis, não foi o de propor certas atividades para o

Estado, pois já eram identificáveis. O valor de sua doutrina esta na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta, e ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder e de inter-relacionamento de suas atividades. É a formula dos 'freios e contrapesos' que alude à doutrina americana.

Os governos democráticos com estrutura estatal pautada na tripartição dos poderes não estão de forma alguma isentos de crises políticas, porém se percebe que as democracias mais resistentes e sólidas as adversidades inerentes a política são justamente as que possuem em sua estrutura mecanismos de controle e de segurança para manutenção do Estado e resolução pacífica das crises políticas que podem findar-se por meio do mecanismo de freios e contrapesos como dito anteriormente, como também por meio de mecanismos jurídicos que deslegitimem qualquer ato exorbitante de qualquer dos poderes da republica. Desta forma, a partir do que fora exposto anteriormente percebemos que a sustentação de um governo, ainda que no Estado Democrático de Direito é marcada por inúmeros conflitos de ordem institucional, no que pese a independência dos poderes a harmonia é constantemente ameaçada quando há prevalência de interesses dos agentes que as conduzem, assim cabe o judiciário por fim a qualquer forma de ameaça a ordem democrática e constitucional através dos instrumentos jurídicos possíveis respeitando os princípios que os regem.

4 PARTIDOS POLÍTICOS E SUSTENTAÇÃO DOS GOVERNOS

A partir do que fora exposto no capítulo anterior percebemos a importância da interação dos governantes eleitos democraticamente com a sociedade de acordo com seus aspectos particulares. Pressupondo que a ideia de democracia advém da existência de garantias e responsabilidades conferidas aos indivíduos que pacificamente convivem dividindo o mesmo espaço, que apesar da convivência pacífica é imprescindível a divergência de opiniões, constituindo-se assim uma democracia. A forma de condução política

do executivo é passiva de divergência de opiniões devido à existência de rivalidade político-ideológicos e de interesses econômicos, podendo desencadear uma tensão no governo. Para isto é importante atentar o papel desenvolvido pelos partidos políticos nos governos no exercício das funções inerentes a sua natureza, ou seja, a representação e defesa dos grupos afinados as ideias que este defende. Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado que desempenham função de interesse publico, sendo a principal característica a representação dos pleitos e dos interesses da população por políticas publicas de iniciativa do poder legislativo, como também a defesa dos interesses perante o poder executivo. Nas palavras de Nathalia Masson:

(...) são instrumentos que propiciam aos individuos a condição de se expressarem nos acontecimentos políticos nacionais e participarem com efetividade da vida política estatal. Indispensáveis no regime representativo, é por meio deles que se organiza a vontade popular, na busca da realização de projetos comuns (MASSON, 2016, p. 384).

Importante salientar o papel dos partidos políticos na sustentação dos governos em virtude da sua atuação junto a opinião publica e seu trabalho realizado no parlamento, em virtude da existência de atribuições exclusivas do congresso para a real efetivação de políticas de interesse do governo. A atuação dos partidos políticos no Brasil estão presentes desde o segundo reinado do império, e sempre são característicos pelo fato de serem mecanismos de influencia na criação de políticas publicas e principalmente na elaboração de elementos normativos de seus interesses, como também no cumprimento da função para qual se destinam que é legiferar. Os governos para se manterem estabilizados, historicamente se faz necessária a formação de alianças políticas para a criação e implementação de políticas de interesse em comum podendo algumas vezes o governo aliar-se com opositores ou lideranças políticas de cunho ideológico simpático a forma de governar.

(...) aquele que organizou esse reino, conhecendo a ambição dos poderosos e sua insolência, julgando ser necessário por um freio para corrigi-los e, de outra parte, por conhecer o ódio da

maioria contra os grandes com base no medo, desejando protegê-la, mas não querendo fosse este particular cuidado do rei buscou dele retirar o peso da odiosidade dos grandes em sendo favorecido o povo ou deste ao dever apoiar os grandes; por isso, constitui um terceiro juiz que fosse aquele que, sem responsabilidade do Rei, contivesse os grandes e amparasse os pequenos (MAQUIAVEL, p. 163).

Historicamente desde o processo de colonização do Brasil fora comum sucessivas revoltas e organizações armadas de cunho separatista e de insurreição motivados principalmente pelo inconformismo oriundo da forma que o governante exerce suas funções de governo. Importante destacar que a constituição da república federativa do Brasil de 1988 consagrou o presidencialismo como forma de governo e republicano ou federação como forma de Estado, sendo seus representantes legítimos representantes do executivo e legislativo os eleitos por meio do voto direto livre, com eleições periódicas, configurando assim o Brasil como um república presidencialista e democrática.

No Brasil tradicionalmente o exercício dos poderes de chefe de Estado e chefia de governo concentram-se sob a tutela de um único representante, desde a primeira constituição o imperador cumulava as funções de chefia de estado e chefia de governo. Essa tradição fora passada para os demais governos republicanos que desde a instituição da república em 1989 o Brasil vem adotando o sistema de governo presidencialista, onde o presidente da república assume protagonismo na atuação política e governamental do país, como bem aponta Bolzan de Moraes e Lênio Streck (2014, p. 85): “(...) a estruturado poder político se concentrará fundamentalmente na figura do presidente da república, que concentrará a atribuições de governo e de representação do Estado, (...)”

A constituição da república federativa do Brasil de 1988 propiciou não simplesmente a liberdade política de pensamento, mas também a real possibilidade da criação e fusão de partidos políticos, neste sentido é existente atualmente uma enorme quantidade de partidos dos mais diversos cunhos ideológicos o que proporcionou por um lado maior

representatividade aos diversos grupos da sociedade brasileira. Porém o multipartidarismo no sistema de governo vigente pode dificultar a atuação do presidente uma vez que se faz necessário para o governo uma base sólida de apoio no poder legislativo para implementação das suas políticas de governo. É importante salientar neste contexto a atuação de grupos de interesses que agem no executivo e no legislativo visando pressionar o governo e os parlamentares para aprovação de pautas de interesse dos grupos que eles representam, sabendo, pois que é inexistente a proibição de tal ato, estes atuam de forma livre podendo interferir em assuntos sensíveis do governo como também causar uma desestabilização deste, quando estes grupos atuam de forma conjunta com os partidos políticos.

A diferença principal entre uns e outros, contudo, não reside no fato de que os partidos visam, principalmente, assumir o governo para que, uma vez nele, possam implementar seus programas políticos. Os *lobbies* pelo contrário, não visam assumir o poder, mas tão somente pressioná-lo num determinado sentido chegando mesmo a desfazerem-se uma vez atingidos estes (BASTOS, 1995, p. 126).

A atuação livre de grupos de interesses no congresso, mesmo sendo reflexo da liberdade democrática uma vez que se constitui como um grupo de pessoas indo ao legislativo objetivando aprovação de pautas dos seus interesses, esta pode ser danosa a democracia pelo fato de muitas vezes os interesses dos lobistas não representarem o interesse público, mas sim vantagens que angariam o interesse próprio. É importante destacar que é existente no parlamento uma grande quantidade de partidos políticos que possuem sua atuação voltada para atender os mais diversos grupos sociais devendo pois atuação dos grupos de interesses serem dispensados ou regulamentados por meio de lei. O multipartidarismo assegurou maior representatividade e vós aos diversos grupos existentes na sociedade brasileira porém é existente a necessidade do executivo em possuir uma base de apoio no congresso evidencia a deficiência do real cumprimento do princípio da separação dos poderes, pois uma vez que se faz necessário para um poder exercer

sua função o apoio político de outro a essência da tripartição dos poderes fica maculada.

A frequência de coalizões reflete a fragmentação partidário-eleitoral, por sua vez ancorada nas diferenciações sócio-culturais; é improvável a emergência sistemática de governos sustentados por um só partido majoritário. Essa correlação entre fragmentação partidária, diversidade social e maior probabilidade de grandes coalizões beira o truismo. É nas sociedades mais divididas e mais conflituosas que a governabilidade e a estabilidade institucional requerem a formação de alianças e maior capacidade de negociação (ABRANCHES, 1988, p. 20-1).

A Constituição da república federativa do Brasil petrificou o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Brasileiro no Art. 1º, V, desta forma se compreende o partido político como plataforma de sustentação dos anseios e dos princípios para qual foram criados, ou seja, o mesmo servirá de apoio para sustentação dos governos no parlamento. A necessidade do governo em manter uma base de apoio no congresso para que seja implementada as pautas de interesse da política de governo, evidencia a difícil situação suportada pela democracia atual, pois mesmo assegurado pela independência dos poderes o executivo muitas das vezes torna-se refém do legislativo no que cerne a aprovação de medidas de interesse do governo como também por possuir o poder da responsabilização administrativa dos membros do poder executivo. Ante o exposto no parágrafo anterior como também observados a horizontalidade dos poderes da república percebe-se que a relação entre executivo e legislativo a princípio se basearia na relação harmônica entre as instituições que priorizariam o interesse público, porém se verifica que em virtude do sistema de governo vigente na qual concentra grande parte do poder público sob a presidência da república, a relação executivo e legislativo transpassa o presidencialismo de coalizão tornando-se um clientelismo contemporâneo, ou seja, a aprovação de projetos de origem do executivo depende de uma relação de troca com o poder legislativo.

(...) em lugar do clientelismo tradicional, tende a afirmar-se um outro estilo de clientelismo que compromete, colocando-os acima dos cidadãos, não já os notáveis de outros tempos, mas

os políticos de profissão, os quais oferecem, em troca da legitimação e apoio(consenso eleitoral), toda a sorte de ajuda publica que tem ao seu alcance (cargos, empregos públicos, financiamentos, autorizações, etc.). é importante observar como esta forma de clientelismo tradicional tem por resultado, não uma forma de consenso institucionalizado, mas uma rede de fidelidades pessoais que passa, quer pelo uso pessoal por parte da classe política dos recursos estatais, quer partindo destes em termos mais mediatos, pela apropriação de recursos “civis” autônomos (BOBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 178).

A relação entre executivo e legislativo sempre respaldado pela harmonia dos poderes, dentro do sistema presidencialista de governo, historicamente se faz preciso manter uma coalizão no congresso onde possa ter assuntos de seu interesse aprovado. Mas o que se percebe é que essa coalizão acaba por se transformar numa relação de troca de favores onde muitas vezes a manutenção das pautas do governo e a e a defesa política do presidente se faz mediante disponibilidade de cargos do executivo a parlamentares, ocorrendo assim o chamado clientelismo, podendo assim ocasionar uma tensão entre os poderes caso não haja essa relação. A cumulação dos poderes de chefia de estado e chefia de governo aparentam assegurar maior estabilidade a ordem jurídica e democrática em países de com sucessíveis histórico de insurreição, porém a existência de divergentes e diversas opiniões políticas pode ser danoso ao presidencialismo vez que faz-se necessário ao governante a utilização meios que enfraquecem a separação dos poderes, ou seja, a utilização de cargos e nomeações como forma de retribuição ou pagamento pela aprovação de matéria pelo legislativo ao executivo, como bem assevera Bolzan de morais e Lenio Streck (2015, p. 185):

(...) a estrutura do poder político se concentrará fundamentalmente na figura do presidente da república, que concentrará a atribuições de governo e representação do Estado, fazendo agigantar o papel político do detentor da função executiva no comando das decisões políticas, em razão da unipessoalidade que vai identificar esse modelo (...).

As medidas que em muitas vezes podem vir ser utilizadas pelos representantes dos poderes que podem promover o enfraquecimento das instituições que eles representam vez que a sua atuação não estando sendo exercida na sua essência com a proposta inicial da sua

competência, ou seja, a prática corriqueira do ato anteriormente apontado infere diretamente na proposta da atuação livre e independente dos poderes, tanto do legislativo quanto o executivo. Neste sentido verifica-se que um Estado com sua estrutura governamental de ordem democrática devem conter dentro da estrutura da tripartição dos poderes mecanismos que garantam a segurança das instituições e a prevalência da independência dos poderes, ou seja, a partir das crises que envolvam o poder executivo e legislativo em virtude da sua natureza política cabe ao judiciário por meio de provocação assegurar a estabilidade necessária para dirimir qualquer conflito que possa por em risco a ordem democrática e o Estado democrático de direito.

5 O INSTITUTO DO IMPEACHMENT

Impeachment, em francês *empechêr* deriva do latim *impedicare* que significa capturar, caçar. Impeachment é a nomenclatura de origem inglesa para referir-se ao processo de impedimento/afastamento do cargo de algum agente público em razão da má conduta no exercício das suas funções. Como da mesma forma afirmam os ilustres juristas Alexandre Bahia, Diogo Bacha e Marcelo Cattoni “(...) um mecanismo de preservação das fronteiras constitucionais do relacionamento entre os poderes e um limite imposto para evitar os abusos de poder praticados pelos agentes públicos” (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2017, p. 21). O instituto do impeachment fora criado na Inglaterra por volta do sec. XIV, possuindo contornos de julgamento político-criminal, ou seja, além da remoção do indivíduo da sua investidura do cargo a este também estava sujeito a sanções penais. O primeiro registro de utilização deste instrumento remonta ao processo contra Wiliam Latimer, o 4º Barão Latimer, sob o reinado de Eduardo III.

A época (sec. XIV) o Impeachment na Inglaterra obedeceria ao rito específico uma vez que se tratava de alguém investido de autoridade e não podendo ser julgado por um tribunal comum, desta forma o parlamento assume excepcionalmente função como órgão jurisdicional

competente para processar e julgar os respectivos acusados, tendo em vista a aplicação prática da *supremacy of Law* (supremacia da lei), todos estão sujeitos ao conjunto normativo que os regem enquanto sociedade. Importante Ressaltar a estrutura bicameral do parlamento inglês, este sendo dividido em duas câmaras, a câmara dos comuns, composta por cidadãos eleitos, e câmara dos lordes composta por não eleitos membros da nobreza britânica e do clero da igreja anglicana. Desta forma o processo de impeachment possui dois momentos, admissão da denuncia feita pela cama baixa, ou câmara dos comuns e o julgamento feito pela câmara alta, ou câmara dos lordes responsável por proferir o julgamento como também as sanções cabíveis a critério do julgador.

Desta forma se originou o instituto político-jurídico e criminal de afastamento e responsabilização do chefe do poder executivo em razão dos atos cometidos no exercício da função de agente público que orientou os diversos modelos de responsabilização previstos nas constituições de vários países do mundo que dissertarei no presente capítulo, e demonstrando a influencia no modelo adotado pelo Brasil nas suas constituições ao longo da história.

6 O MODELO DE IMPEACHMENT NOS ESTADOS UNIDOS

A partir do advento da revolução francesa 1789-1799 e a disseminação das ideias iluministas, e a necessidade da tripartição dos poderes para a manutenção da estabilidade do Estado democrático de direito, o impeachment ganha contornos de um instrumento de controle político e status limitador do poder executivo feito pelo poder legislativo objetivando atribuir responsabilidade ao chefe do poder executivo para evitar atos de autoritarismo ou de ameaça contra a estabilidade da nação. A partir da independência dos Estados Unidos em (...) esta previsto na sua constituição desde 1787 o instrumento de responsabilização semelhante ao inglês, porém, este adquire novos contornos em virtude da sua nova estrutura organizacional enquanto Estado Nação, uma vez que não sendo mais colônia britânica os Estados Unidos se consolida como republica presidencialista devendo

prezar pelo apreço a coisa pública. Assim o impeachment estadunidense apresenta-se como instrumento de responsabilização de agentes públicos no constitucionalismo contemporâneo. Como afirma Alexandre Bahia, Diogo Bacha e Marcelo Cattoni, “Na constituição norte americana o impeachment teve contornos distintos do direito inglês, adaptando-se à forma republicana e ao sistema de governo presidencialista” (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2017, p. 19).

O modelo de impeachment nos Estados Unidos possui grande influência britânica em virtude da colonização, porém diferencia-se nos aspectos no que cerne a responsabilização uma vez que mesmo se tratando de ex-colônia britânica, a constituição americana está enriquecida dos valores iluministas da revolução francesa, principalmente os valores humanos universais liberdade e igualdade, e da separação dos poderes do Estado. Desta forma o impeachment Norte americano se desvincula ao Máximo do aspecto jurídico, e da imposição de uma sanção penal ao indivíduo que for alvo de um impeachment. Nas palavras de Alexander Hamilton (HAMILTON *apud* GALDINO, 2016, p. 26), “o impeachment seria a solução adequada para o combate a excessos no exercício do poder cometidos pelo presidente e outros agentes públicos quando abusam da confiança popular”. Nesse contexto se verifica que o impeachment norte americano assume aspectos de cunho político e se distanciando de forma drástica do antigo sistema britânico.

A que se atar que a pesar dos contornos políticos que o impeachment assume nos Estados Unidos, não fora desconsiderada por inteiro os aspectos jurídicos que o rodeia, inicialmente por tratar-se de um processo de remoção de um agente público que de forma legítima está exercendo sua função, sendo, pois inadmissível o afastamento desse agente público sem que haja uma motivação plausível e jurídica para a deflagração de tal processo.

(...) muito embora se diga que se trata de um instituto político, com isso não se quer dizer que é regulamentado única e exclusivamente pelo subsistema político. (...) ora, na medida

em que a constituição regulamentou o instituto não há que se falar ser o impedimento um instituto única/exclusivamente político, já que necessita se submeter aos direitos e garantias individuais (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2017, p. 1070).

Neste sentido, traremos mais adiante as discussões acerca dos contornos deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro e se a sua alta carga de juízo político se sobrepõe sobre o jurídico como também buscar um meio termo buscando equilíbrio entre as relações que o cerca. O impeachment nos Estados Unidos, apesar do rompimento com o ordenamento jurídico britânico a partir da sua independência, este manteve um roteiro procedimental semelhante ao da sua ex-metrópole, como a competência do parlamento para processar e julgar o acusado, sendo valoroso o citar para entender as semelhanças com o processo de impeachment no Brasil. Nos Estados Unidos da América assimila-se o processo de impeachment inglês no que cerne aos aspectos processuais e pela natureza política do processo, uma vez que o julgamento de admissibilidade do impeachment é feito pela câmara dos deputados, que seria correspondente a câmara baixa ou câmara dos comuns e o julgamento é realizado pelo senado federal, correspondente a câmara dos lordes ou câmara alta no parlamento inglês, diferenciando-se nas sanções aplicáveis.

Galdino aponta o seguinte roteiro para o impeachment estadunidense:

- 1) O comitê judiciário da câmara examina previamente o pedido, e, entendendo ser o caso, solicita a câmara autorização para as investigações, que pode aprová-la por maioria absoluta.
- 2) O referido comitê conduz as investigações, e concluídas estas, acaso os membros daquele entendam haver o cometimento de alguma das condutas passíveis de processo elaboram os *impeachment articles* (...);
- 3) A câmara dos representantes analisa os *impeachment articles* e para o seguimento do processo, precisa aprová-los também pelo quorum de maioria absoluta; em caso de aprovação (...) o presidente será julgado pelo Senado (...) contudo ele não se afasta de suas funções até a deliberação final do Senado (...);
- 4) O Senado julga o presidente de acordo com os *impeachment articles* aprovados pela câmara dos representantes podendo proferir a condenação somente pelo voto de 2/3 de seus membros (...) (GALDINO, 2016, p. 28).

O instituto de responsabilização do chefe de governo nos Estados Unidos está arraigado fortemente como um instrumento político de remoção do governante e demais agentes estatais, ganhando contornos de instrumento de responsabilização administrativa, tendo como a pena principal a ser sofrida pelo agente processado a remoção do cargo que ocupa como também a inabilitação perpetua para o exercício de função pública, ressaltando que as penas são independentes, ou seja, podem ser cumuladas ou não. Previsto na Seção IV do artigo II da Constituição estadunidense com a seguinte redação, “O presidente, o Vice-Presidente e todos os funcionários civis dos Estados Unidos poderão ser destituídos dos respectivos cargos sob acusação e condenação por traição, suborno ou outros crimes e delitos”.

Muito embora esteja presente na constituição americana desde 1787, o instrumento de responsabilização somente fora utilizado 17 vezes o que é considerado um numero pequeno levando-se em consideração a quantidade de agentes passivos de sofreras sanções por meio do impeachment, ressaltando que somente três vezes fora utilizado contra o presidente da republica, que foram John Tyler em 1841, Richard Nixon em 1974, e Bill Clinton em 1994. Nenhum dos três processos logrou êxito ressaltando que no caso de Richard Nixon este renunciara o mandato evitando assim o prosseguimento do processo. Desta forma se verifica a importância latente deste instituto no sistema de governo presidencialista, por se tratar de um instrumento político de controle das ações do executivo que excedam a legalidade se transformando em uma ferramenta fundamental no sistema de freios e contrapesos oriundo da tripartição dos poderes. Observando, porém, a improcedência dos processos que aludem à história Estadunidense se verifica que a visão puramente política do instituto do impeachment não se prospera o que nos leva a um entendimento da natureza mista deste instituto, como assevera Bruno Galdino “A experiência norte-americana aponta, portanto, para uma evolução a uma perspectiva mista, talvez mesmo predominantemente criminal, abandonando em grande medida a ideia de que o impeachment na mesma seja um processo puramente

político” (GALDINO, 2016, p, 33). Assim como observado a partir da exposição neste capítulo chegamos a conclusão de que apesar dos contornos políticos que o impeachment assume nos Estados Unidos em virtude de se modular a realidade conjuntural de uma república presidencialista , este não abandonou por completo a essência jurídica presente no modelo inglês.

7 O MODELO DE IMPEACHMENT BRASILEIRO

O instituto do impeachment no Brasil não é um instrumento recente no ordenamento jurídico brasileiro estando previsto desde a constituição do Império de 1824, e nas demais constituições republicanas como forma de responsabilização de mandatários e agentes públicos. Na constituição de 1824 o modelo impeachment imperial inspirava-se nos parâmetros do impeachment inglês em virtude da similaridade da organização estatal e da forma de governo já ambas as nações eram monarquias constitucionais, importante ressaltar que o impeachment se direcionava aos ministros e nunca a figura do monarca. Segundo Velloso “A pessoa do imperador, segundo a constituição era inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma. O impeachment, pois, poderia ocorrer relativamente aos ministros de Estado” (VELLOSO, 2017, p. 1051). A inviolabilidade da pessoa do imperador parte da premissa de que em dadas situações a figura do monarca se confunde com a figura do próprio Estado enquanto Nação, sendo, pois incoerente atribuir responsabilidade a quem também de fato fora lesado em virtude do cometimento de infração suscetível ao impeachment. Neste sentido a responsabilização recaída sobre os ministros retira qualquer resquício culpabilidade do imperador.

Prevista no art. 133(inserir rodapé) da constituição imperial de 1824, estabeleciam os motivos que poderiam deflagrar o processo de responsabilização do agente publico enquanto o art. 134 previa a criação de lei especial que regulamentaria o processo, vindo esta lei somente a ser editada em 1827, especificando a forma e os delitos que

ensejariam a responsabilização. Com o advento da república em 1889, e a instituição de um novo contrato social estabelecido na primeira constituição republicana em 1891, o impeachment ganha novos contornos em virtude da nova organização estatal, a primazia pelo zelo a coisa pública atribuí ao governante limitação no exercício do poder, estando este agora suscetível à responsabilidade uma vez que este governante agora se trata de um agente público. O impeachment na constituição republicana de 1891 foi moldado por Rui Barbosa a partir do modelo estadunidense com a previsão do processo ser dividido pelas duas casas legislativas, sendo inicialmente o juízo de admissibilidade feito pela Câmara dos deputados, e julgamento realizado pelo Senado Federal presidido pelo Ministro presidente do Supremo Tribunal Federal, sendo necessário para aplicação da sanção da perda do cargo o número mínimo de 2/3 dos votos da casa julgadora.

A segunda constituição republicana de 1934 manteve o instituto do impeachment nos moldes da constituição anterior no que cerne aos agentes a quem o impeachment se dirigia, porém modificando significativamente a competência para julgamento do crime de responsabilidade, a admissibilidade continuará sendo feita pela câmara dos deputados, contudo o julgamento seria de competência de um tribunal especial. A constituição de 1934 em seu artigo 58 (inserir rodapé) estabelecia a previsão da composição do Tribunal Especial, sendo este composto por nove membros, sendo três deputados federais, três senadores e três ministros da corte, sendo o julgamento presidido pelo presidente da suprema corte de justiça. Levando-se em consideração que nas constituições anteriores o senado realiza a instrução probatória, a constituição de 1934 previa que uma junta especial seria convocada para realização das apurações quanto o cometimento do crime de responsabilidade.

Em 1937 a constituição outorgada por Getúlio Vargas e a instauração do Estado Novo, com viés ditatorial não descartou a possibilidade do impedimento do presidente da república e dos

ministros de Estado, em seu artigo 85(inserir rodapé) prevê o rol de crimes de responsabilidade suprimindo-os em relação à constituição anterior, e a criação do conselho Federal com atribuição de processar e julgar o impeachment. Importante ressaltar a inovação trazida no artigo 87 do texto da referida constituição, restringindo da possibilidade recair sobre o agente publico como motivo para responsabilização de fatos estranhos ao seu mandato, desta forma o presidente não poderia ser responsabilizado por fatos que não estivessem correlacionados com o exercício das funções de presidente, o que não estava previsto nas constituições anteriores. Essa inovação limitadora do instituto do impeachment surte reflexos até os dias atuais o que demonstra um grande avanço na legislação que trata deste assunto, por considerar que o crime de responsabilidade passivo de sofrer as sanções previstas no impeachment deve ser exclusivamente pelos fatos que agente publico desempenha no exercício das suas funções, protegendo assim o agente publico e o mandato a este conferido de atos externos ou anteriores a função que este desempenha.

Ao fim do Estado novo em 1945 e a escritura de uma nova carta constitucional em 1946, o impeachment retoma os aspectos procedimentais das constituições iniciais, devolvendo ao congresso a competência para processar e julgar os agentes públicos por crimes de responsabilidade, como também a criação de lei infraconstitucional regulamentando esse instrumento e definindo os crimes de responsabilidade, que fora recepcionado pela constituição de 1988 vigorando até os dias atuais, trata-se da lei 1.079 de 1950. Em 1967 passa a vigorar uma nova carta constitucional em virtude da instauração dos governos militares iniciado em 1964, manteve basicamente a mesma linha procedimental da constituição anterior não havendo alteração significativa como bem assevera Bruno Galdino “a definição inicial dos crimes de responsabilidade é quase idêntica a atual, e também aqui não há referencia a irresponsabilidade presidencial em relação aos atos estranhos ao exercício de suas funções” (GALDINO, 2016, p. 50).

Ao final da Ditadura militar que governou o Brasil de 1964 a 1985, sobreveio novo texto constitucional em 1988 estabelecendo a previsão da responsabilização do chefe do governo e seus ministros de estado por meio do impeachment trazendo em seu corpo as hipóteses de cabimento no art. 85 CF, retomando a competência dúbia do congresso atribuindo a Câmara dos Deputados o juízo de admissibilidade e ao Senado Federal a instrução e julgamento do presidente da república. O impeachment a partir da constituinte de 1988 manteve esse instituto como instrumento limitador do poder executivo atribuindo a possibilidade de responsabilização do presidente tanto pelo cometimento de crime de responsabilidade, quanto no de crime comum. Nos casos do cometimento de crime comum a constituição resguarda politicamente a figura do chefe de governo, submetendo a câmara dos deputados autorizar ou não abertura do processo para posterior julgamento pelo Judiciário. Essa distinção nas palavras de Rodrigo Mudrovitsch e Guilherme da Nóbrega “(...) há infrações cuja dimensão somente se faz possível em razão do poder deque é investido o infrator, ilicitudes peculiares, distintas dos crimes comuns, de especialíssimo sujeito ativo: os crimes de responsabilidade do presidente da república” (MUDROVITSCH; DA NÓBREGA, 2017, p. 1027).

Neste sentido, denota-se que a distinção dos crimes de responsabilidade dos crimes comuns, ocorre em virtude da natureza diferenciada de ambos os instrumentos de responsabilização, enquanto os crimes comuns são todos e quaisquer atos que venham a confrontar a legislação penal, os crimes de responsabilidade somente serão passivos de serem aplicados para aqueles agentes públicos investidos de autoridade com capacidade plena da violação do referido dispositivo legal. A partir da exposição apresentada no parágrafo anterior, percebe-se que os contornos jurídicos que rondam esse instrumento no Estado brasileiro, o impeachment se distancia ao máximo da sua natureza criminal inglesa e sua natureza fortemente política como estadunidense, construindo contornos próprios de caráter de infrações

administrativas com sanções políticas, como define Paulo Brossard em seu livro “o impeachment” (BROSSARD, 1992, p. 76).

Neste contexto, Brossard 1992, p.76 aponta como equivocada a nomenclatura atribuída aos ilícitos passíveis de responsabilidade por meio do impeachment como “Crime de responsabilidade” uma vez que estas infrações cometidas pelo presidente não seriam essencialmente crimes, fato este que distancia a apreciação material do ilícito pelo poder judiciário e atribui exclusivamente ao legislativo a competência para processar e julgar os agentes públicos por crime de responsabilidade.

O ilustre jurista Michel Temer, também sustenta a natureza puramente política do instituto do impeachment afirmando que “(...) o julgamento do Senado Federal é de natureza política. É juízo de conveniência e oportunidade” (TEMER; *apud* MELLO, 2017, p. 1056). O impeachment observado a partir desta ótica puramente política, condiciona a irreversibilidade judicial das decisões ainda que estando presentes violações de ordem procedimental e material, neste sentido compreende-se como inadmissível perante a atual ordem constitucional um julgamento puramente político pelo fato de assumir caráter de tribunal de exceção, violando princípios fundamentais mínimos da Republica Federativa do Brasil, porém verifica-se não serem unânimes as posições anteriormente apresentadas. O fato da constituição da Republica de 1988 asseverar forte apreço pela inviolabilidade de Direitos e igualdade material entre os cidadãos, é questionável fortemente o tratamento desigual qual a corrente doutrinaria que defende o juízo político atribuí ao governante passivo da responsabilização, havendo defensores da natureza apenas jurídica do impeachment como defendem Paulo Bonavides e Pontes de Miranda. Segundo Bruno Galdino “(...) esses autores consideram a prevalência do aspecto penal, imprescindível, ao viés presidencialista do instituto, já que este sistema não admitira responsabilidade puramente política” (GALDINO, 2016, p. 20).

Bonavides sustenta essa posição pelo fato de a retirada do chefe de governo por conveniência política ser um ato de característica exclusiva do parlamentarismo que ocorre através do voto de desconfiança como acontece atualmente no Reino Unido, já no presidencialismo é necessária a figura do presidente para demonstração de estabilidade da nação, por este ter as funções de chefia de governo e chefia de Estado cumulado, não podendo, pois que instabilidades políticas possam interferir nas políticas de Estado, não sendo razoável o afastamento de um presidente por simples desconfiança política.

A responsabilidade do Presidente no presidencialismo é penal e não política; responde ele por crime de responsabilidade no exercício da competência constitucional, de ordem administrativa, que lhe é atribuída, não podendo ser destituído, ao contrário do que passa no parlamentarismo como o chefe do poder executivo, que fundamentalmente cai por razões de ordem política (BONAVIDES, *Apud* GALDINO, 2016, p. 20).

Neste sentido, a constituição brasileira perante a atual ordem jurídica tenta manter características políticas e jurídicas no julgamento do presidente por crime de responsabilidade, políticas no sentido em manter o instrumento como sistema de controle do executivo pelo legislativo, e jurídico ao assegurar o máximo a inviolabilidade dos direitos do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, pelo agente que estiver sendo processado, como também a observância estrita a legislação que tipifica os atos passivos de processo de impedimento. Desta forma o impeachment no Brasil adquire características de ser um sistema misto, objetivando mesclar a natureza política com a natureza jurídica de forma que venha garantir a efetividade do instrumento respeitando as duas nuances, a inviolabilidade dos direitos daquele que esta sendo processado, e o poder de controle do executivo pelo legislativo quando exceder no exercício regular do poder.

8 IMPEACHMENT DE FERNANDO COLLOR

Após quatro anos da promulgação da constituição Federal de 1988, e dois anos após o pleito eleitoral tem-se o registrado a primeira utilização eficaz do instituto do impeachment vindo a produzir seus efeitos como determina a legislação. A primeira utilização eficaz do instituto do impeachment ocorreu em desfavor do ex presidente Fernando Collor prolatada pelo Senado Federal em 30/12/1992 após três meses e 29 dias de processo que teve início com a apresentação do pedido de impedimento protocolado na câmara dos deputados em 01/09/1992 pelos presidentes associação brasileira de imprensa e da Ordem dos Advogados do Brasil. Até o impeachment do ex-presidente Fernando Collor, como ressaltado anteriormente, este instituto não possuía precedente, pelo fato de nunca ter sido utilizado de maneira eficaz em nenhum outro país do mundo que possuísse os mesmos parâmetros do impeachment estadunidense como o Brasil, se tornando este um dos maiores desafios da sua história e o maior desde a redemocratização e o recente texto constitucional.

Fernando Collor de Mello toma posse como presidente da república em 15/03/1990, sendo eleito com uma pauta de campanha baseada em um governo de centro direita com viés conservador nos valores da família e do estado, o que proporcionou gozar de considerável apoio popular durante os primeiros meses do mandato. Porém a crise econômica e as medidas pouco populares tomadas pelo governo objetivando estabilizar a economia não surtiram efeitos práticos, o que serviu como fator preponderante para a queda nos índices de popularidade e aprovação do governo pela população. Os sociólogos Brasília Sallum Junior e Guilherme Casarões nos apontam que:

Com a eleição de Collor, parecia em fim efetivada a demanda central da campanha das diretas já e o movimento pela redemocratização do país. Contudo, ao longo do tempo. O presidente foi perdendo prestígio popular, seu governo foi atingido por um volume crescente de acusações de corrupção e ficou sem condições de comandar politicamente o país (SALLUM; CASARÕES, 2011, p. 163).

Em maio de 1992, Pedro Collor irmão do então presidente da república concede entrevista a revista veja, revelando esquemas de corrupção envolvendo Paulo César Farias interlocutor de campanha de Fernando Collor, servindo como motivo para a criação de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para investigar as denúncias de Pedro Collor. A CPMI instalada em 01/06/1992, concluiu o inquérito em 26/08/1992 no conteúdo do relatório imputava ao presidente Fernando Collor participação ativa nos negócios ilícitos orquestrados por Paulo César Farias como beneficiário de parte dos recursos adquiridos por meio de esquemas de corrupção. O relatório fora então aprovado com uma quantidade significativa dos parlamentares que compunham a comissão.

Em 01/09/1992, menos de uma semana da conclusão do relatório da CPMI os presidentes da Associação brasileira de imprensa (ABI) Barbosa Lima Sobrinho, conjuntamente com o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) Marcelo Lavenere, apresentam o pedido de impeachment do ex-presidente Fernando Collor. Vindo a ser aprovado em plenário e posteriormente instaurado o processo no Senado em 01/10/1992, e sendo julgado e condenado à cassação dos direitos políticos por oito anos. As denúncias de corrupção envolvendo o então presidente e pessoas próximas ele foi fator preponderante para o agravamento da crise já existente em decorrência da relação pouco amistosa do presidente com as demais instituições, e sua política de governo voltada para a sociedade. A construção de uma imagem de Fernando Collor como o único capaz de resolver os problemas do Brasil, demonstrado no período eleitoral e forte voluntarismo do presidente durante o mandato usufruindo da grande autonomia que a constituição assegurava ao poder executivo, Collor se apresentava como diferente dos antigos presidentes propondo uma nova política baseada na autonomia institucional e independência no tocante a relação política com o congresso.

A independência política em relação ao congresso é possível notar no processo de escolha dos ministros de estado, que se deram sob consultas, e não sob negociações com os partidos como tradicionalmente é feito, como também é importante salientar a decisão do próprio presidente em gerir a política econômica no ministério da economia. Havendo de fato a construção de uma imagem de um governo com base na legitimidade eleitoral, oriundo da grande quantidade de votos recebidos na eleição, com o forte apelo do marketing construído do presidente autônomo, honesto e competente. Acerca dessa imagem messiânica do presidente Collor Brasílio Sallum define nesses termos:

Situação em que a emergência hiperinflacionária, a ampla aprovação social ao plano de estabilidade e a existência do instrumento da medida provisória produziram um afrouxamento das balizas constitucionais para ação governamental e reduziram a oposição parlamentar às iniciativas de governo. Naquele período, o congresso nacional e o supremo tribunal federal tornam-se reféns do poder executivo em função dos altos custos previstos decorrentes da não aprovação do plano de estabilização, o custo de desencadear hiperinflação e, possivelmente, colocarem risco a democracia recém instituída (SALLUM, 2015, p. 98).

Outro fator que chama atenção para explicar o agravamento da crise, encontra-se na personalidade do presidente, que usufruindo da autonomia concedida ao poder executivo pela constituição de 1988, o presidente realizou edição de inúmeras Medidas Provisórias – MP, ato normativo de aplicação imediata com análise posterior do congresso, quando rejeitadas pelo Congresso este reeditava a MP a revelia do congresso sem qualquer negociação. No período pós ditadura, com retomada do regime democrático, havia-se a necessidade de um governo com maior abertura política suscetível a atender as os mais diversos grupos e setores da sociedade devendo fazer coro a dinâmica do presidencialismo de coalizão e as relações próprias da política. O que não fora posto em prática como ressaltado anteriormente, o que contribuiu significativamente para o deslinde.

As tensões inerentes ao modelo presidencialista potencializaram as polarizações institucionais, a tripartição dos poderes e a ausência de harmonia entre estes, constitui fator fundamental para a ruptura da ordem institucional, estando em lados opostos o poder presidencial instituído pela constituição de 1988, do outro um conjunto de instituições, e o poder legislativo com alto grau de dispersão de poder, podendo vir a modificar a conjuntura governamental. A polarização apontada anteriormente isolava o presidente Collor em virtude da sua forma de condução do governo, destoando da necessária política de convergência, uma vez que a governabilidade deveria pautar-se em um ambiente estável partindo de uma coalizão, o presidente resistia a se submeter por voluntarismo isolando-se na presidência da república sem ter quem exerça a defesa política de seus atos de governo no congresso nacional.

Ao longo do tempo o prestígio popular que sustentavam e davam suporte a sua independência junto às demais instituições devido ao caráter de presidente legitimado pelo povo, foi caindo e conseqüentemente a capacidade de governar. Aqui então se inicia o fator que deu suporte ao julgamento do impeachment que é justamente a ausência de apoio de quem o elegeu. Neste sentido nos aponta Brasília Sallum “Esta “democratização” das relações sociais de poder na sociedade brasileira alicerça as análises do período Collor e do impeachment que enfatizam a relevância da intervenção da “sociedade civil” (...)” (SALLUM, 2011, p. 189). Após as diversas tentativas de estabilização da economia por atos unilaterais do executivo e o conseqüente fracasso dos atos devido o isolamento do executivo e falta de diálogo com o Congresso, necessário para a aprovação das medidas propostas pela presidência agravaram a situação econômica que já se encontrava o país. Sendo potencializado posteriormente pelas denúncias de corrupção que serviu de estopim para as manifestações populares espontâneas exigindo a saída de Collor da presidência da república.

As características adotadas por Collor para a condução do governo através de um presidencialismo imperial, deslegitimando a necessidade da coalizão e participação ativa da sociedade constituiu fator essencial para o agravamento da crise, apontado como causa maior “a não adequação aos limites do presidencialismo de coalizão e a consequente prática do clientelismo contemporâneo”, situações inerentes a política e ao sistema presidencial no Brasil tradicionalmente consolidado.

(...) não se constituiu segundo os moldes do ‘presidencialismo de coalizão’ nem loteou politicamente os principais núcleos decisórios do Estado, como fizeram Tancredo Neves e José Sarney. (...), também não foi um governo de partidos. O executivo não tem uma base orgânica no Congresso e, por isso mesmo, sofre sistemática pressão para ajustar-se ao padrão clientelista (ABRANCHES, *apud* SALLUM, 2015, p. 111).

No dia 29/12/1992 tem início o julgamento do presidente perante o Senado Federal, na tentativa de não ser condenado o presidente renuncia ao cargo por meio de uma carta lida pelo advogado José Moura Rocha durante a votação, uma vez que não sendo mais presidente, perde-se o objeto da ação não podendo em tese ser responsabilizado. Porém o julgamento teve prosseguimento vindo então ser condenado à inabilitação dos direitos políticos por oito anos como determina a legislação. Esta situação será mais bem discutida mais adiante no capítulo quatro. item 4.3 onde abordarei o impeachment e seus desdobramentos jurídicos. Neste sentido verifica-se que as denúncias de corrupção segundo Sallum nos aponta que “(...) em um período de prosperidade a opinião pública não teria sido tão severa na condenação a corrupção” (SALLUM, 2011, p. 192) desta forma percebe-se o fator política como determinante no deslinde de um pedido de impeachment como demonstra análise do caso do ex-presidente Fernando Collor de melo.

O pensamento de Sallum a partir da análise do processo de impedimento do ex-presidente Fernando Collor converge com a temática neste trabalho apresentado por de fato evidenciar a fragilidade deste instrumento no Estado direito uma vez que este vem a ser evocado

como mecanismo de tentativa de resoluções de crises institucionais e prevalecendo a vontade política sobre o fato “infração” administrativa.

9 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O IMPEACHMENT: OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

O impeachment é um instituto jurídico que surge com a finalidade de responsabilização dos agentes que no exercício da função pública excede a sua competência, vindo a trazer prejuízo significativo ao estado em decorrência de seus atos. Neste sentido o impeachment é instrumento primordial para a manutenção da harmonia entre os poderes por de fato ser um limitador nos poderes do executivo e do judiciário, não podendo estes valer-se de seus cargos e funções que exerce como meio de concretização de interesses pessoais. A manutenção do Estado Democrático de Direito, transpassa a simples independência dos poderes que compõem a república, mas também a utilização de mecanismo que assegurem a convivência harmônica entre as instituições e os poderes da república, neste sentido o impeachment com status de limitador do executivo, e alternativa que assegura a manutenção da harmonia entre os poderes em especial entre o executivo e o legislativo.

O instrumento jurídico que ora aqui se discute, possui inúmera críticas em virtude da sua natureza política e o julgamento basear-se em um juízo de conveniência e viabilidade, ainda que o ato possua razoável gravidade a relação que o agente público possua com o legislativo é fator determinante para sua condenação ou absolvição. Outro fator que potencializam as crítica ao instituto do impeachment também é oriundo do juízo político feito pelo congresso durante a admissão e o julgamento, em virtude da inafastabilidade do poder judiciário, quando existente lesão ou ameaça de Direito como determina o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, porém este argumento apesar receber respaldo pelos ilustres autores Paulo Bonavides e Pontes de Miranda, apesar de respeitável não se prospera pelo fato de se tratar de instrumento de responsabilização por ato administrativo é incoerente

submeter o ato a apreciação do poder judiciário, uma vez que a prerrogativa do exercício do cargo não afasta a submissão ao judiciário pelo cometimento de crime comum, como prevê o art. 86, § 1º, I, da Carta Magna.

Perante o que fora exposto anteriormente, as críticas geradas em decorrência do juízo político do congresso nacional no julgamento de impeachment e a impossibilidade de submissão ao judiciário, a constituição condiciona a plena eficácia do dispositivo do impeachment a regulamentação por dispositivo infraconstitucional na qual estabelece critérios de ordem procedimental e material que submeterá o acusado, a lei 1079/ 1950. No presente capítulo abordarei a relação do impeachment como mecanismo de manutenção do Estado Democrático de Direito, como também a possibilidade da violação do Estado de Direito ao tempo em que este instrumento torna-se meio capaz da remoção indevida do agente público por simples conveniência política.

10 O PROCESSO CONTRA A PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF

Em 02/12/2015 teve início no Brasil o segundo processo de destituição de um presidente da república, marcado por grandes embates políticos e jurídicos tanto no parlamento e entre os juristas acerca da culpabilidade da presidente e a consequente responsabilização por seus atos. O impeachment da ex-presidente Dilma Vana Rousseff, gera discordância até os dias atuais, não por ser recente, mas por seus reflexos serem sentidos atualmente. Analisando o impeachment da presidente Dilma Rousseff, adentramos principalmente em uma análise histórica em sentido imediato, por se tratar de relatos de acontecimentos recentes e que ainda não se findaram, “a história imediata é a que mais suscita desconfiança, pois é a que parece engendrar maior paradoxo fazendo rimar dois tempos contraditórios: *imediato e história* (CHAUVEAU; TETART, 1999, p. 20).

A grande divergência de opiniões acerca da responsabilidade da presidente Dilma Rousseff acerca das condutas que serviram de elementos substanciais para a denúncia nos conduz a fazer uma

análise cuidadosa, explanando grande desafio para os historiadores e estudiosos desse instituto como também aqueles que se dedicam ao estudo da política e do Estado quando submetido ao processo que agora discute. Neste impasse, a ausência de consenso nos meios acadêmicos, políticos e entre os juristas acerca da responsabilidade da presidente e por conseguinte a (des) legitimação deste instituto quando aplicado a este caso tendo em vista as versões dúbias entre os defensores do processo e daqueles contrários que apontam o impeachment da presidente como um golpe. Por este motivo vamos nos atentar a apreciar quais fatores foram preponderantes para a tomada de posição dos parlamentares em destituir a presidente da república do cargo.

Importante ressaltar que mesmo dentro de um contexto de forte oposição dentro do parlamento, os governos posteriores ao do então vice-presidente de Fernando Collor, Itamar Franco e anteriores a Dilma Rousseff gozavam de relativa estabilidade econômica, com isto tranquilidade na construção da base de apoio no congresso adequando-se a dinâmica do presidencialismo de coalizão. Dilma Rousseff foi eleita pela primeira vez em 2010, como sucessora da agenda política do ex-presidente Lula, que deixou o governo com grande popularidade e confortável situação econômica, porém na presidência Dilma não conseguiu manter os mesmos êxitos do governo anterior, centralizando a gestão administrativa, sendo esta uma das características mais marcantes do seu governo. Outro fator significativamente relevante para o impeachment foi a difícil relação da presidente com o congresso, mostrando-se resistente em ceder em muitas exigências de seus apoiadores no congresso, porém a estabilidade econômica e a popularidade ainda mantinha-se em alta durante o primeiro mandato.

Já no segundo mandato a partir de 2014 o feito de 2010 não se repetiu, sendo pleito eleitoral extremamente disputado, vindo a presidente Dilma a vencer as eleições com uma diferença de apenas três milhões de votos no segundo turno para o candidato opositor. A

polaridade social em que se encontrava o país logo após o resultado das eleições, como também o discurso do candidato derrotado, prometendo uma oposição forte no congresso e o desdobramento da operação lava jato foram fatores substanciais para o impedimento como ressalta o jurista Bruno Galindo.

O país estava dividido e assim continuou após as eleições e durante todo ano de 2015. A popularidade da presidente despencou mesmo entre seus eleitores, especialmente quando passou a empreender iniciativas políticas que contradisseram fortemente seu discurso eleitoral. Aliadas a isso, as investigações da operação lava jato se aprofundaram (...) (GALINDO, 2016, p. 79).

Os elementos apontados por Galindo apenas somaram a insatisfação do congresso com a ausência de interlocução do planalto com o congresso, especialmente com sua base parlamentar, o não atendimento das demandas exigidas como cargos e verbas, desta forma a pratica clientelista não estava acontecendo, e conseqüentemente o presidencialismo de coalizão entrou em crise não havendo então motivos para a sustentação do governo. Importante salientar que a época em que se deu início em 2015, congresso nacional eleito em 2014 era o mais conservador desde 1964 com pautas liberais que de fato funcionou como combustível para a relação pouco amistosa entre o executivo e o legislativo, devido à falta de convergência ideológica.

Como já ressaltado anteriormente o impeachment não possui natureza exclusivamente política ou jurídica, mas sim mista, ou seja, mesclando elementos que compõem as duas, não podendo ser evocado sem o cometimento de um crime de responsabilidade porém a análise jurídica do fato se decide na esfera política durante o julgamento de admissibilidade realizado pela câmara. Objetivando assegurar o devido processo legal o contraditório e a ampla defesa, o processo do impeachment oferece as mesmas garantias processuais de um processo judicial, principalmente para garantir a legitimidade e a legalidade do impeachment no Estado de Direito. O processo inicia-se com a denuncia protocolada na câmara dos deputados, que competem autorizar ou negar o pedido de impeachment, caso a câmara autorizar

submete ao senado para proceder ao processo e julgamento do presidente.

A denúncia contra a presidente Dilma Rousseff foi elaborada pelos juristas Miguel Reale Jr, Helio Bicudo e Janaina Paschoal, sendo apresentada em a câmara em setembro de 2015. A principal fundamentação da acusação a violação da lei de responsabilidade fiscal, os juristas alegavam que as medidas de planejamento econômico na verdade eram manobras orçamentárias com objetivo de “maquiar” a real situação das contas do governo. Como não é objeto desse estudo a análise fática do ato da presidente se constitui de fato uma infração administrativa ou não, a análise breve aqui feita é apenas para ponderar a gravidade em contraposição à sanção aplicada, mas sim os fatores que convergiram para aplicação da sanção pelo senado federal.

Após o recebimento da denúncia feita pelo presidente da câmara dos deputados Eduardo Cunha, forma-se a comissão especial para analisar a viabilidade política e jurídica do impeachment, a comissão especial conclui o relatório pelo prosseguimento do impeachment com 38 votos favoráveis e 27 votos contrários, submetendo posteriormente no dia 17 de abril de 2016 ao plenário da câmara que votou pela procedência do pedido de impeachment com 367 votos favoráveis, e 137 contrários, o que evidencia a forte queda do apoio político da presidente no legislativo. Após a decisão da câmara proferindo juízo de admissibilidade da acusação nos termos do art. 86 da Constituição Federal o Senado Casa competente para processar e julgar optou por fazer um novo juízo de admissibilidade submetendo a decisão de aceitar ou não a denúncia oriunda da câmara dos deputados, o que para muitos fora uma decisão ao arrepio da lei como afirmam Ricardo Bernd Glasenapp e Alessandra de Farias:

Aqui verifica-se uma divergência técnica. Conforme já apontado neste estudo o Senado não tenha prerrogativa para esse juízo de admissibilidade já que os arts. 51 e 52 CF definem que compete privativamente à Câmara autorizar e ao Senado processar e julgar (GLASENAPP; FARIAS, 2016, p. 96).

Essa tentativa do Senado em não submeter de imediato a presidente ao afastamento do cargo demonstra que a presidente não

estava totalmente fragilizada politicamente, devido os senadores agirem com cautela demonstrando que a base de apoio entre os senadores ainda se fazia presente. Em 31/10/2016 sobreveio julgamento da presidente Dilma Rousseff, que por 61 votos a favor e 20 contrários a presidente foi condenada a destituição do cargo. Pouco diferentemente do que houve no caso do impeachment de Fernando Collor a votação procedeu por meio de dois quesitos aplicando de forma independente as duas penas previstas para o cometimento do crime de responsabilidade, outra vez em dissonância com o art. 2º da lei 1.079/1950. Desta forma a presidente da republica fora destituída do cargo porém a sua inabilitação dos direitos políticos não foram caçados, assunto este que virei a discutir no capítulo 4. Item 4.3 ao analisar os desdobramentos jurídicos do impeachment.

Ante análise dos fatos que levaram a presidente Dilma Rousseff ao processo e julgamento de impedimento por crime de responsabilidade verifica-se uma ordem de fatores no plano político influenciaram para o resultado, principalmente a falha na política de coalizão com o congresso, e o não atendimento da pratica clientelista típico do presidencialismo devido o partido da presidente declarar voto favorável a casação do presidente da câmara, este em retaliação segundo os críticos da legitimidade do impeachment, aceitou a denuncia. Outro fator que chama atenção é justamente a postura do Senado Federal na condução do processo desde a aceitação, ao inovar no ordenamento ao conceder um juízo de admissibilidade, como também a votação das penas em separado, ficando assim evidente uma força política da presidente mais forte no Senado do que na Câmara.

11 O CRIME DE RESPONSABILIDADE E O IMPEACHMENT

A noção de crimes de responsabilidade remonta ao fim do sec. XIII na Inglaterra ainda dentro da concepção de responsabilização penal das autoridades perante o parlamento, vindo a se desenvolver para os dias atuais nos Estados Unidos, como da mesma forma que o instituto do impeachment. No Brasil, para se conceder maior segurança jurídica ao

instituto do impeachment a Constituição estabelece em seu art. 85 o rol exemplificativo dos atos praticados pelo agente público que são considerados crimes de responsabilidade:

Art. 85- são crimes de responsabilidade os atos do presidente da república que atentem contra a Constituição Federal e, em especialmente contra:

I – a existência da união;

II – O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III – O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – A segurança interna do País;

V – A probidade na administração;

VI – A lei orçamentária;

VII – O cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo Único. Esses crimes serão definidos em lei especial que estabelecerá normas de processo e julgamento.

Os fatos elencados na constituição Federal classificados como crimes de responsabilidade em sua maioria são de imensa gravidade e a violação dos dispositivos anteriormente referidos podem causar instabilidade sem precedentes no Estado Brasileiro, porém é possível verificar também o constituinte originário tentando limitar o poder do parlamentar no processo e julgamento do presidente da república. Esta evidente desde início dessa dissertação a natureza dúbia deste processo como também de fato a preponderância dos elementos políticos sobre os jurídicos uma vez que é atribuição exclusiva do congresso autorizar processar e julgar o agente público por crime de responsabilidade, neste sentido Edgard Costa alerta que:

O Poder Legislativo é, quanto ao impeachment previsto e regulado na Constituição, mediante processo, no caso inobservado, e defesa, no caso inconcedida, discricionário e soberano. Decide aqui como poder supremo. O seu julgamento, posto se desenvolva dentro de normas impostergáveis (trata-se de processo “quase criminal”), é político e sobranceiro à revisão do poder judicial (COSTA, 1964).

Após esta análise, o processo que o agente público esta sendo submetido, em virtude da decisão do congresso ser irrevogável é de extrema importância a observância estrita aos princípios processuais que regem toda e qualquer apuração durante a apuração e julgamento de fato passivo da aplicação de medida repressiva. A tentativa da

aplicação do instituto através de uma natureza mista, ou seja, jurídica e política a análise material como também o julgamento do mérito do processo é feita pelo livre convencimento do parlamentar que pode ocorrer abusos como afirma Paulo Brossard.

Tendo-se em conta que incontestáveis, absolutas e definitivas são as decisões do Senado, dir-se-á que pode sobrevir a prática de muitos e irreparáveis abusos, assim pela Câmara, que acusa, como, e notadamente, pelo Senado, que julga de modo irrecorrível e irreversível (BROSSARD, 1992, p. 142).

Para estrita observância dos princípios processuais a constituição estabelece que o presidente do Supremo Tribunal Federal presidirá a sessão de julgamento de impeachment como determina o art. 52 parágrafo Único da Constituição Federal. Antes do julgamento durante o curso do processo estando presente violação de Direito líquido e certo ou de preceito fundamental nada obsta a provocação do judiciário para que seja sanado o vício para não corromper a legitimidade do resultado do processo. A Lei dos crimes de responsabilidade no Brasil foi criada sob a égide da constituição de 1946, precisamente em 1950, como lei complementar do dispositivo constitucional que tratava os crimes de responsabilidade, as tensões internacionais e a polarização da sociedade foram fatores preponderantes para a criação deste instrumento normativo, disciplinando o impeachment da constituição de 1946 para que pudesse ser utilizada quando fosse apropriado.

O parágrafo único do art.86 da Constituição Federal de 1988, estabelece que lei “Esses crimes serão definidos em lei especial que estabelecerá normas de processo e julgamento” os crimes de responsabilidade a apesar de apresentar uma gama de crimes de responsabilidade, porém trata-se de um rol meramente exemplificativo. Trata-se da lei 1.079/50, que trás em seu corpo elementos de direito material e processual para o procedimento do impeachment, sendo alvo de questionamentos junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da sua constitucionalidade. Nas palavras de Ives Gandra da Silva Martins “Grande parte da lei 1079/50 não foi recepcionada pela nova Constituição”. Esse mesmo autor defende que, o fato da constituição

federal de 1988 não trazer a possibilidade de criação de comissão especial para análise de pedido de impeachment por possuir caráter investigatório, somente comissão parlamentar de inquérito (CPI) possui poderes investigatórios e portanto o referido artigo que prevê instalação de comissão especial para análise do fato seria inconstitucional.

Como se percebe, na Constituição anterior não apenas a Comissão de Inquérito, mas qualquer outra poderiam ser instauradas com funções investigatórias, de tal forma que a lei 1079/50, quando criou, por seu artigo 19, a possibilidade de uma Comissão Especial para apurar responsabilidade do presidente, não violentou a genérica autorização constitucional constante dos artigos retro-citados de 1946. (Ives Gandra da Silva Martins)

Porém essa discussão já encontra-se pacificada pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento da ADPF nº 378, na qual entendeu-se ser possível a instalação da comissão especial do impeachment por constituir medida necessária para a apresentação da acusação e do contraditório e ampla defesa, uma vez que é durante a comissão especial que o réu pode oferecer as alegações de defesa prévia apontando os motivos pelos quais a denúncia não merece prosperar. A lei 1.079/50 assegura a possibilidade de qualquer cidadão denunciar o presidente da república ou os ministros de Estado, diferente do que ocorre no direito penal, a denúncia somente pode ser feita pelo Ministério público o que garante segurança jurídica ao libelo acusatório pelo fato ter sido realizada por instituição com proficiência técnica. O fato de estar analisando o impeachment sob uma ótica de infração administrativa, é inviável atribuir exclusivamente ao Ministério Público o poder de oferecimento da denúncia nos casos de crimes de responsabilidade, porém não o exclui como legitimado, mas assevera pelo fato deste ser responsável pela ordem jurídica, os interesses sociais e individuais como versa o art. 127 da Constituição Federal.

12 O IMPEACHMENT E SEUS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS

O impeachment como já ressaltado anteriormente, é um instrumento que possibilita a responsabilização de agentes públicos em

virtude da má conduta no exercício do cargo, para tanto a natureza administrativa das infrações afasta a possibilidade do agente ser julgado perante o poder judiciário no atual ordenamento jurídico nacional. Em contraste a impossibilidade de revisão ou modificação da decisão de mérito do Senado Federal pelo fato de ser irrecorrível e soberano, desta forma ainda que presente vícios materiais cabe somente ao legislativo realizar este julgamento, porém a inafastabilidade do poder judiciário na eminência de lesão ou ameaça de direito constitui principio fundamental do Estado Brasileiro e característica ímpar do Estado democrático de Direito. Neste sentido a participação do poder judiciário durante o processo de impeachment, se faz presente na resolução de vícios processuais quando este vem a ser provocado pelas partes que compõem o processo, ou seja ainda que seja um processo de competência exclusiva do congresso nacional é imprescindível a participação do poder judiciário para que assim evite a violação de direito individual e conseqüente desrespeito ao ordenamento jurídico pátrio em nome da vontade política.

Neste tópico será tratado os desdobramentos jurídicos do impeachment sob análise dos casos Collor e Dilma tentando explicar de forma sucinta as decisões judiciais e do plenário do Senado Federal e suas conseqüências. Bruno Galindo nos afirma que “Precedentes consagrados podem ser modificados e doutrinas historicamente relevantes podem ser vistas como anacrônicas ou fora de seu tempo” (GALINDO, 2016. p. 77). Muitos precedentes firmados durante o processo de impeachment do ex-presidente Fernando Collor, voltaram a ser questionados durante o processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rouseff especialmente no tocante a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378 questionando a compatibilidade da lei com o atual texto constitucional, em virtude de o referido dispositivo legal ser anterior a Constituição.

A ADPF em seu teor solicita esclarecimentos e contestando pontos, referente às regras de processamento perante a Câmara dos deputados

o Senado Federal. O julgamento da referida arguição consolidou para o caso Dilma o rito procedimental para juízo de admissibilidade da Câmara e de procedimento para o processo e julgamento perante o Senado Federal, assegurando a possibilidade de instalação de comissão especial com objetivo de análise da denúncia na Câmara, e comissão especial no Senado. Importante salientar o questionamento no que diz respeito a ampliação da suspeição do presidente da Câmara, aplicando o CPP de forma subsidiária quando a lei é omissa, vindo a não prosperar o pedido devido o art.36 da referida lei apresentar as hipóteses de impedimento

Art. 36- Não pode interferir, em nenhuma fase do processo de responsabilidade do presidente da república ou dos ministros de Estado, o deputado ou senador;

- a) Que tiver parentesco consanguíneo ou afim com o acusado, em linha reta; em linha colateral, os irmãos cunhados, enquanto durar o cunhado, e os primos co-irmãos;
- b) Que, como testemunha do processo tiver deposto de ciência própria.

Ao analisar o art. 36 da lei 10.79/50 observa-se que este rol de impedidos e suspeitos é inferior ao constante no código de processo penal, porém a modificação de entendimento da referida legislação expandindo-a pressupõe a possibilidade modificação nas regras que o regulam. “(...) não se aplicam as garantias de processo criminal comum ao procedimento de índole marcadamente política” (BAHIA, SILVA, OLIVEIRA, 2017, p. 87), cabendo então aos julgadores, parlamentares a condução do processo de maneira a formar suas convicções. No caso da Presidente Dilma Rousseff, a ADPF 378 autorizou o Senado realizar um novo juízo de admissibilidade formando uma comissão especial com objetivo de analisar o parecer advindo da Câmara dos Deputados, votando por maioria simples pelo recebimento ou não da denúncia, o que só ocorreu no caso de Dilma. A partir desse momento, o agente público é afastado do cargo por até 180 dias como determina a Constituição.

Sabendo-se, pois, que não é possível que uma casa legislativa seja submissa a outra, a partir dessa perspectiva, é viável o senado realizar

um juízo de admissibilidade, passando a Câmara dos Deputados a realizar julgamento político de autorização. Neste sentido, se colocam Diogo Bacha, Marcelo Cattoni, e Alexandre Bahia:

(...) fazer juízo de admissibilidade é a primeira manifestação de um juiz em qualquer processo – se o processo de impeachment possui algum sentido jurídico ao lado do político, então, deve seguir minimamente as regras básicas da teoria do processo (BAHIA, SILVA, OLIVEIRA, 2017, p. 90).

Outro fator especialmente questionados judicialmente no STF sendo ponto de divergência entre os juristas esta no julgamento em separado dos das penas aplicas no impeachment da presidente Dilma Rousseff. A legislação estabelece que a inabilitação dos direitos políticos é consequência da retirada forçada do agente publico do cargo este ocupava, porém na votação realizada pelo senado, o presidente do STF Ricardo Lewandowski dividiu a votação em duas que possibilitou a presidente a manutenção dos direitos políticos mesmo sofrendo o processo de impeachment. Neste sentido levantou-se a tese no caso Collor que as penas seriam autônomas e independentes e que deveriam ser votadas em separado, durante o processo de impeachment do ex-presidente Fernando Collor, este veio a renunciar antes de encerrado a votação e por consequência a votação deveria ser encerrada devido a perda do objeto. O que não veio a acontecer, a votação continuou sendo aplicado somente os efeitos da inabilitação política, desta forma compreendendo independência das penas aplicadas. Apesar de altamente questionável tal decisão do senado em aplicar separadamente as penas do processo de impeachment tem respaldo na soberania do juízo realizado pelo congresso, atuando excepcionalmente como corte, as decisões são irrecorríveis. A supremacia das decisões do senado como corte judicial veio a ser confirmada com a aprovação da candidatura de Dilma Rousseff ao Senado em 2018.

Neste sentido, vencidas as poucas discussões jurídicas aqui levantadas acerca do instituto do impeachment, faço minha as palavras de Diogo Bacha, Marcelo Cattoni e Alexandre Bahia de que não se pode confundir o impeachment com recall ou voto de desconfiança “no caso

do impeachment embora a decisão política caiba, sobretudo, ao Senado, é constitucionalmente necessária, além da garantia do devido processo, a caracterização do crime de responsabilidade(...) (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2017, p. 95) desta forma compreende-se que o impeachment é um instrumento constitucionalmente legítimo e necessário ao estado democrático de direito, porém é necessário aos julgadores uma visão crítica acerca da estabilidade do Estado a partir da figura daquele que exerce a chefia de governo.

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As constantes divergências políticas dos eleitos no sistema de governo presidencialista é um reflexo do fortalecimento e amadurecimento da democracia como forma de governo que maior pode oferecer estabilidade a um Estado uma vez que este tem a disposição mecanismos de controle das instituições não ocorrendo em tese a prevalência de um poder sobre o outro. O fato de a democracia pautar-se na procura por soluções pacífica dos conflitos estando sempre respaldado na ponderação e a prevalência da opinião majoritária nas tomadas das decisões, porém com respeito às minorias, os governos democráticos basear-se-ão sempre com apoio popular nas decisões a serem colocadas em prática por estarem em consonância com a opinião pública. O Brasil caracteriza-se como uma república presidencialista com representantes eleitos para os cargos de chefe do poder executivo e membros do legislativo por meio do voto direto, evidenciando a soberania da vontade popular no exercício da democracia representativa devendo ser refletido na forma de governo, e na condução das políticas públicas dos governantes.

A democracia representativa constitui-se como cidadãos comuns pleiteiam um cargo ao exercício da chefia do executivo ou do legislativo, devido à extensão territorial do Estado, representantes são eleitos para tais funções que devem exercer em consonância com a proposta qual fora eleito e tornando-se pois a voz e o voto daquele que o elegeu, desta forma a democracia representativa se consolida no Estado brasileiro. O

conceito de Estado Democrático transpassa a simples existência de um sistema eleitoral para exercício do executivo e do legislativo, importante salientar que um estado democrático caracteriza-se pela liberdade e independência dos poderes da república como também a sua coexistência harmoniosa para segurança e estabilidade do país, ou seja, a atuação livre do Legislativo, executivo e do judiciário dentro das suas atribuições que lhes é conferida na Constituição garante a sustentação da democracia perante a divergência das opiniões políticas existentes.

A Constituição Federal de 1988 assegurou a liberdade política e de pensamento, como também a possibilidade da criação de partidos políticos do mais diverso cunho ideológico, desta forma o cidadão de ideologia semelhante ao partido poderá filiar-se e concorrer às eleições almejando ser membro do poder legislativo ou chefe do poder executivo defendendo a criação de políticas públicas de interesses daquele grupo que o elegeu. A atuação dos poderes da república deve ser pautada sempre nos princípios basilares da administração pública, porém a relação do executivo com o legislativo merece uma atenção especial devido a Constituição Federal assegurar um protagonismo na governança apesar de ser o presidencialismo a forma de governo, grande parte dos atos da presidência da república precisam do aval do poder legislativo para que possam ter legalidade, para isso faz-se necessário a presidência da república possuir uma base de apoio no congresso nacional para que possa assegurar a aprovação das políticas de iniciativa da presidência da república, como também a votação de pautas de interesse do governo.

Verificamos que a necessidade da presidência em possuir uma base de apoio no congresso nacional em que pese a sua importância para implementação de políticas públicas de interesse do governo, pode resultar de alguma forma no enfraquecimento da independência dos poderes, pois o que inicialmente é chamado de presidencialismo de coalizão, objetivando estabilidade do governo almejando o interesse público, pode se tornar um clientelismo para favorecimento dos

interesses próprios. O protagonismo do poder legislativo conferido pela Constituição Federal é de fato essencial para manutenção e estabilidade do Estado assegurado pela da teoria dos freios e contrapesos na fiscalização da atuação do presidente da republica no exercício de chefe do poder executivo, devido à historicidade de governos autoritários no passado recente. Neste sentido à proposta do presidencialismo de coalizão é de fato uma necessidade para o atual sistema de governo no Brasil quando utilizado para a proposta inicial que o deu origem que é a prevalência do interesse publico, quando não ultrapassar a razoabilidade e o executivo passar a ser refém do legislativo, ou vice e versa.

Desta forma, se compreende que a base de apoio no congresso é essencialmente importante para a manutenção das políticas de governo como também a estabilidade do presidente da republica no cargo, pois a base de apoio não é somente responsável por dar aval às políticas de governo como também ser a defesa política do próprio presidente pelos seus atos, dentro do congresso uma vez que este, por meio dos freios e contrapesos é responsável por processar e julgar o presidente da republica por crime de responsabilidade. O impeachment é a nomenclatura utilizada para referir-se ao instituto de responsabilização dos membros dos demais poderes, em especial que se trata nesta dissertação a do chefe do poder executivo e seus membros. Partindo da premissa da teoria dos freios e contrapesos, o impeachment é uma medida necessária para a manutenção da ordem jurídica e democrática do Estado, quando o chefe do executivo ou seus membros excederem no exercício das suas funções incorrendo em crime de responsabilidade.

Ressaltamos, pois, que é de competência do poder legislativo processar e julgar os agentes públicos membros do poder executivo por crime de responsabilidade, desta forma fica evidente que o fato do julgamento não ser de competência do poder judiciário o caráter político do julgamento se sobrepõe a análise do fato jurídico que resultou no processo, tendenciando pra absolvição ou para condenação do agente

público, resultando numa provável mácula do resultado do julgamento, porém revestido da legalidade pelo fato da decisão final do congresso ser soberano e irrevogável. Neste sentido, se as principais críticas ao instituto do impeachment é a insegurança jurídica desse instituto no Estado Democrático de Direito, pelo fato do julgamento ser realizado por parlamentares e sendo dispensável o conhecimento jurídico para tal julgamento, e ao mesmo tempo em que se julga o impedimento do chefe do Governo também se julga o afastamento do chefe do Estado pelo fato do Brasil ser uma republica presidencialista, entendendo então a cassação do presidente como um processo traumático por representar uma ruptura na ordem democrática, uma vez que aquele que outrora teve o seu mandato cassado foi eleito pelo povo para o exercício do cargo até que sobrevenham novas eleições.

Prevalecendo o sistema democrático por representação, como dito anteriormente, é necessária ao governante uma base solida de apoio no congresso para que sejam aprovados os projetos de iniciativa e de interesse do governo como também a defesa política do chefe do governo entre os parlamentares em eventual processo de responsabilização do presidente da República. O instrumento jurídico que aqui se discute possui inúmeras criticas enquanto instrumento eficaz pelo fato ser evocado na eminência de crises políticas, e não ser de fato um instrumento de responsabilização do agente público em virtude do juízo político inerente a sua natureza, por nascer com objetivo de responsabilização por ato administrativo, este agente não pode ser submetido ao crivo do poder judiciário, pelo ato não se caracterizar propriamente um crime mas sim uma infração administrativa e assim o juízo feito pelo congresso em relação ao impedimento do presidente é irreversível e irrevogável ainda que levado a corte judicial.

Nessa medida, ao analisarmos os casos de Collor e Dilma em suas diferentes nuances, percebemos como fator preponderante para a destituição do cargo, não fora o cometimento dos ilícitos passíveis da aplicação da sanção, mas, sim, a forma como a presidência dialogava

com o congresso, enfatizando, assim, a hipótese inicialmente levantada que as práticas clientelistas dão suporte aos governos quando estes perdem o apreço popular. Por fim, pudemos compreender a dinâmica jurídica do processo de impeachment, ante a análise das decisões jurisprudenciais durante os processos de impeachment que ocorreram no Brasil. As decisões firmam precedentes servindo de orientação para os futuros processos que possam vir a acontecer. Esta conclusão também se firma na defesa da legitimidade do instituto do impeachment como instrumento necessário, porém não podendo ser evocado sempre que o estado beirar discordâncias de natureza política pelo simples fato do sistema de Estado e Forma de governo não comportar uma volatilidade na cadeira presidencial, deslegitimando assim a soberania e o voto popular.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sergio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de Coalizão**: O dilema institucional brasileiro. Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. Vol. 31. n 1, 1988.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Fraco de Moraes; SILVA, Diogo Bacca e Silva; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **O Impeachment e o Supremo Tribunal Federal**: História E Teoria Constitucional brasileira. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3. Saraiva , 1995.
- _____. Impeachment no Constitucionalismo brasileiro: revisitando as instituições democráticas em busca da legitimidade constitucional. In: In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; JUNIOR NERY, Nelson. (Cord.). **Crise dos Poderes da Republica**: Judiciário, legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL, **Constituição**, 1988
- BRASIL, Lei nº 1079/ 1950,
- BROSSARD, Paulo. **O Impeachment**: aspectos da responsabilidade política do presidente. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BULOS, Uadi Lamêngo. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COSTA, Edgard. **Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal**. Ed. Civilização Brasileira, Rio, 1964, tomo III, p. 415. Apud SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. O processo de impeachment do presidente da República.
- DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 32º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diogo Werneck; PEREIRA, Thomaz.(Org.). **Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo.** Rio de Janeiro: FGV, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª ed. Salvador JusPODIVM, 2017.

GALINDO, Bruno. **Impeachment à luz do constitucionalismo contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2017.

JUNIOR SALLUM, Brasília. **O impeachment de Fernando Collor: sociologia de uma crise.** São Paulo: Editora 34, 2015.

JUNIOR SALLUM, Brasília; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. **O impeachment do presidente Collor: literatura e processo.** Revista Lua Nova: Vol. 82. 2011.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme de Pupe da. Responsabilidade do Presidente da República: Panorama e projeção. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; JUNIOR NERY, Nelson. (Cord.). **Crise dos Poderes da República: Judiciário, legislativo e Executivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SALVETTI NETO, Pedro. **Curso de teoria do estado.** 3ª ed. Saraiva

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional,** 2º ed. Revista dos tribunais,

VELOSO, Carlos Mario da Silva. O impeachment no constitucionalismo brasileiro. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; JUNIOR NERY, Nelson. (Cord.). **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VICTOR, Sergio Antonio Ferreira. **Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPÍTULO IV

PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES: A importância dos princípios constitucionais no direito de família

YANDRA KAROLLINY SANTOS DE CARVALHO

1 INTRODUÇÃO

A sociedade considerava como família apenas as uniões decorrentes de matrimônio e com forte incentivo a procriação, esse cenário começa a se alterar com a Revolução Industrial. O pós-positivismo foi responsável por buscar uma aproximação entre Direito e moral através da utilização de princípios constitucionais incidentes por todo ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana, a liberdade, a vedação a discriminação negativa, a afetividade e o pluralismo familiar foram os principais responsáveis pela alteração do conceito de família na atualidade.

Conforme a Constituição Federal, apenas o casamento, a união estável heteroafetiva e a monoparentalidade, são reconhecidas como entidades familiares. Surge então o entendimento jurisprudencial para tal reconhecimento deixar de ser baseado na consanguinidade ou em contratos civis, passando a considerar o laço de afetividade entre seus membros, possibilitando o reconhecimento da união estável homoafetiva, anaparentalidade, família reconstituída, trazendo também um debate acerca da poliafetividade. Espera-se ao final desse trabalho esclarecer quais os elementos contemporâneos utilizados para delimitar o reconhecimento das entidades familiares, através da utilização de entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e legislação vigente, observando a efetivação da Carta Magna e sua influência por todo o ordenamento jurídico.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O pós-positivismo se apresentou com fundamental importância para a inclusão das novas entidades familiares. A teoria positivista, em vigor anteriormente, não buscava uma relação entre Direito e moral, porém com o neoconstitucionalismo ocorreu uma reaproximação desses dois fatores, devendo os princípios constitucionais servirem como porta de entrada para esta moralidade na ciência jurídica (RIBEIRO & FONSECA, 2012). As constituições passaram a ter denso conteúdo normativo influenciando a ordem jurídica se tornando capaz de vincular

os Poderes Públicos e os particulares (BULOS, 2019). Nesse sentido, os princípios fundamentais constitucionais devem ser subordinantes, irradiando por todo ordenamento jurídico regendo as demais áreas do Direito, mesmo as que são consideradas de Direito Privado.

A dignidade da pessoa humana se apresenta como um macroprincípio positivado no art. 1º, III da CF/88 constituindo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, devendo incidir em qualquer relação jurídica sendo aplicado a todo ordenamento, mesmo nos infraconstitucionais como o Direito de Família. Na visão de Boente (2012) ao impedir o exercício aos componentes familiares, acaba por desrespeitar as diferenças, subjetividades e escolhas dos indivíduos. Surge também o princípio da liberdade ou autonomia da vontade, presente no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, sendo também relacionado à liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outro (BOENTE, 2012), onde o não reconhecimento estatal, como entidade familiar, das relações já existentes no plano real, fere o direito reconhecido constitucionalmente, pois o Estado deve assegurar a faculdade de tais escolhas. A Constituição garante também a vedação de discriminação negativa em seu art. 3º, IV, ao garantir o bem estar de todos, estabelecendo como objetivo a não existência de preconceitos, seja de origem, raça, sexo, cor, idade, entre outros. Não se mostrando razoável a diferença entre sexo dos indivíduos dos componentes familiares ser, por exemplo, um impedimento para o reconhecimento destes como família.

Como principal fundamento da família encontra-se a afetividade, mesmo não expressa objetivamente na Carta Magna, decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2018). As relações deixaram de ser baseadas em meras formalidades ou na consanguinidade e passaram a priorizar os laços de afetividade, demonstrando a união de pessoas onde se note tal característica como base, ser reconhecida, ressaltando a importância das decisões de Tribunais Superiores, uma vez que a legislação vigente

ainda não traz tal conceituação. Por fim, surge o princípio do pluralismo familiar defendendo as entidades previstas na Constituição não como *numerus clausus*, nesse sentido:

[...] a proteção e regulamentação normativa das novas entidades familiares existentes, ressaltando que a lista das entidades familiares contidas na Constituição não deve ser considerada taxativamente, e sim de forma exemplificativa, e deste modo, deve ser assegurado respeito a todas as espécies de entidades familiares, que sejam pautadas no afeto [...] (BOENTE, 2012, p. 96).

As entidades familiares não estão restritas as encontradas no art. 226 da Constituição Federal (casamento, união estável e monoparentalidade), servindo estes apenas como exemplos. Deve-se reconhecer como tal qualquer outra existente no plano fático, respeitando os princípios constitucionais para garantir a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade dos indivíduos para escolher como e com quem se relacionar, formando laços afetivos resultando no pluralismo familiar.

3 ATUAL CONCEITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal em seu art. 226, *caput*, garante a família como base da sociedade merecendo proteção especial do Estado, por isso faz-se a necessidade de conceituação de *família*. Boente (2012) estabelece outrora, que a sociedade conservadora e rural apenas considerava socialmente e reconhecia juridicamente as uniões decorrentes do matrimônio incentivando massivamente a procriação. Porém, com os acontecimentos decorrentes da Revolução Industrial, fez-se necessário uma nova conceituação baseada nos laços de afetividade, de carinho e de amor. A atual Constituição Federal de 1988 gerou um grande avanço ao reconhecer não só o casamento, mas também a união estável (art. 226, §3º, da Constituição Federal) e a monoparentalidade (art. 226, §4º, da Constituição Federal) como entidades familiares, nesta senda:

O alargamento conceitual da família feito [...] permitiu o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias,

garantindo a mesma proteção reservada ao casamento, e assim, modifica de maneira revolucionária o entendimento do Direito de Família, que antes só reconhecia os relacionamentos oriundos do casamento (BOENTE, 2012, p. 21).

Observando principalmente o princípio da afetividade, percebe-se como inapropriado o entendimento anterior para designar a pluralidade de relações existentes no contexto brasileiro, pois laços biológicos não podem permanecer acima de questões sentimentais e da liberdade de escolha dos indivíduos notando-se a necessidade de ser:

[...] reconhecida como entidade familiar todas as conformações familiares nas quais se identifique a verdadeira afetividade e o respeito mútuo, sendo irrelevante a existência de casamento ou a diferença de sexo dos conviventes, ou mesmo a capacidade procriativa para caracterização da entidade familiar a ensejar a proteção do Estado (BOENTE, 2012, p. 23).

O Poder Público deve uma prestação positiva aos cidadãos para que estes possam agir livremente de modo a permitir a concretização da dignidade da pessoa humana através da sua liberdade de escolhas, afetivas e sexuais (BOENTE, 2012). Deve-se agir de modo a possibilitar a autonomia dos indivíduos, se em um momento atual a legislação falha nessa garantia, o Poder Judiciário deve agir através de jurisprudências evitando a perpetuação da discriminação para com essas minorias. A Lei nº 11.340/2006 surge como a legislação atual apresentando a melhor conceituação acerca de família, estabelecendo em seu art. 5º, II, como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.”, conseguindo abarcar todas as relações existentes na realidade, onde a afetividade se mostra como característica básica das relações.

4 UNIÃO ESTÁVEL

A união estável entre homem e mulher, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida como entidade familiar devendo ser facilitada a sua conversão em casamento, estando prevista no Art. 226, § 3º da CF. A sua conceituação se mostra bastante difícil, como bem estabelece

Boente (2012), pois uma vez decorrente de um fato jurídico, está suscetível às mudanças sociais, caracterizando-se, principalmente, pela união íntima de afeto, posteriormente produzindo atos jurídicos dos direitos decorrentes da relação.

A constituição ocorrerá com os requisitos previstos no art. 1.723 do Código Civil, sendo estes a publicidade (ser público e notório), a continuidade (não devendo haver interrupções), a durabilidade (ter certa estabilidade) e com objetivo de constituir uma família (mesmo sem a presença de filhos). Nota-se, que tanto a Constituição Federal, quanto o Código Civil prevêm a necessidade de constituição por um homem e uma mulher, no entanto, tal rol não deve gerar a exclusão de casais homoafetivos como se verá no tópico a seguir.

5 UNIÃO HOMOAFETIVA

As uniões homoafetivas não encontram previsão legal explicitamente, como visto anteriormente, a união estável, tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil é prevista apenas entre homem e mulher. Nesse sentido surgiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, provocada pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, nela reconheceu-se a união homoafetiva, baseada principalmente nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e afetividade. No caso de uniões estáveis homossexuais cumprirem os mesmos requisitos necessários para a constituição de uniões estáveis heterossexuais se mostra desarrazoado o impedimento de tal entidade familiar devido à orientação sexual dos seus componentes (BOENTE, 2012), pois, como visto, um dos objetivos da República Federativa do Brasil é de justamente impedir a discriminação negativa devendo assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais aos componentes familiares. Tendo em vista o conceito de norma geral negativa, estabelecida por Kelsen (1998), ao qual uma conduta não proibida juridicamente, é, por sua vez, permitida, não se justifica o impedimento

de tais relações, haja vista o legislador não ter, em qualquer texto, seja constitucional ou infraconstitucional, impedido o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo.

Um fator levantado durante muito tempo como impedimento para se considerar como entidade familiar foi à visão acerca do “pecado” da homossexualidade, porém isso acaba indo de encontro à laicidade do Estado, prevista no art. 5º, IV da Constituição Federal. O discurso de se tratar de uma doença também não é aceito, pois tanto a Organização Mundial de Saúde (OMS), não a trata mais de tal forma, quanto o Conselho de Psicologia em sua Resolução 1/99, art. 3º, proíbe o seu tratamento como se este fosse uma patologia. Também se mostra razoável a conversão de tal união em casamento, acerca de uma visão igualitária entre casais heterossexuais e homossexuais, o Código Civil em seu art. 1.723 estabelece algumas causas de impedimento para a conversão de união estável em casamento, nenhuma delas dizendo respeito à orientação sexual dos companheiros.

Para silenciar essa discussão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou uma resolução em 2013 estabelecendo, em seu art. 1º, a vedação das autoridades competentes recusarem a habilitação e celebração de casamento civil, ou conversão de união estável em casamento em relações de pessoas do mesmo sexo. Tratando-se do reconhecimento da união homoafetiva, mesmo não estando explicitamente previsto na Constituição Federal, observa-se a incidência dos princípios constitucionais e a necessidade dessa ocorrência para não haver discriminação, para isso impescinde atuação da jurisdição constitucional para garantir o direito das minorias ao se notar o abuso ou descaso por parte das maiorias, como bem se nota na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, sendo este uma das principais funções do constitucionalismo. Ao se tratar de uma união onde se percebe como vínculo base os laços de afetividade de seus componentes, deve-se preservar a dignidade da pessoa humana, priorizando a autonomia destes de escolherem a sua orientação sexual, seus parceiros, e o seu

modo de relacionamento, pois, havendo a publicidade, a durabilidade, a continuidade da relação, objetivando a constituição de uma família, esta é caracterizada como união estável e casamento.

6 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Atualmente, a legislação responsável por regular a adoção no Brasil é a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), baseada no interesse e bem-estar do menor, visa à colocação deste em uma família substituta amparando-o como um filho.

Necessita, como requisitos para a adoção, idade mínima de 18 anos independente do estado civil (art. 42, *caput*), sendo obrigatório, para a adoção conjunta, ser civilmente casado ou manter união estável, comprovando a estabilidade da família (art. 42, §3º), ter o consentimento dos pais ou responsáveis legais do adotando (art. 45, *caput*), sendo fundamental um estágio de convivência com a criança ou adolescente (art. 46, *caput*). Não há nenhuma norma impedindo essa adoção por casais homoafetivos, observando a constituição de uma união estável, ou o casamento judicial, visando o melhor para a criança e ao adolescente não é justificável a orientação sexual dos postulantes a adoção se apresente como um fator determinante para a ocorrência de tal ato. Deve-se prevalecer quem apresenta mais vantagens ao adotando, como previsto no art. 43 do ECA, e não qual a orientação sexual dos adotantes. Porém, na sociedade atual ainda é possível notar certo “receio” acabando por interferir na igualdade de tais entidades familiares onde acaba sendo cruel ao:

[...] negar aos homossexuais o direito de constituir uma família, o que é, outra forma de preconceito. Não podemos continuar excluindo milhares de pessoas da possibilidade de viver conforme sua orientação sexual, com parceiros do mesmo sexo, pois está cientificamente provado que não se trata de um desvio, nem de um vício, nem de um crime, e não pode o Estado se arrogar o direito de definir o tipo de relações afetivas que as pessoas devem ter (DIAS, p. 1).

Outro critério a ser observado está presente no art. 29 do ECA, estabelecendo a não colocação em família substituta onde não ofereça

ambiente familiar adequado, controversia se faz ao entender o conceito de ambiente familiar adequado, Ferreira (2000), entende como sendo o acolhedor, onde as pessoas estão dispostas a oferecer o melhor lar para o menor, buscando a sua inclusão, sendo assim, tanto casais heterossexuais, quanto homossexuais, podem apresentar tais características.

7 FAMÍLIA MONOPARENTAL E ANAPARENTAL

A família monoparental possui previsão constitucional se encontrando no art. 226, §4º da Constituição Federal, é formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, podendo ser causada por vários motivos, como o divórcio, a morte de um dos cônjuges, entre outros. Durante muito tempo acabou por ser considerada como desestruturação familiar, gerando discriminação aos seus integrantes sendo colocada à margem pela sociedade (BOENTE, 2012). Observando a afetividade presente no relacionamento entre seus membros, é impossível deixar de considerá-la como entidade familiar.

O conceito de família deixou de exigir a necessidade de um par e assim a sua finalidade procriativa também se mostrou desnecessária (DIAS, 2019). Surgindo assim a anaparentalidade, sempre presente na sociedade de fato, mas não encontrava amparo legal, essa família é formada por uniões havendo a comunhão de esforços, não possuindo conotação sexual, também não havendo um vínculo de parentalidade de ascendente e descendente. Para a regulamentação de ambas as entidades familiares, faz-se o uso da analogia, aplicando as disposições presentes acerca do casamento e da união estável.

8 FAMÍLIA RECONSTITUÍDA

A pluralidade das relações e o advento do divórcio tornou cada vez mais comum, após o término de um casamento ou união estável, os ex-companheiros constituírem uma nova família, muitas vezes, já podendo haver a presença de filhos de relações passadas, formando assim uma família reconstituída. É considerada, principalmente, por uma complexa

estrutura de vínculos com grande interdependência entre os indivíduos (DIAS, 2019). O núcleo é composto por casais oriundos de alguma união anterior. O art. 41, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê a adoção unilateral, onde o cônjuge de um dos pais pode adotar o filho deste, não havendo prejuízo na relação parental do ex-companheiro, funcionando assim como um apoio a parentalidade da criança devido a sua afetividade, buscando-se sempre o melhor interesse da criança e do adolescente.

9 RELACIONAMENTO POLIAFETIVO

Tema controverso é o referente aos relacionamentos poliafetivos, não encontra previsão legal, mas constituem uma realidade de fato na vida de alguns brasileiros. Ela possui relação com uniões decorrentes de vários afetos (BERTOLINI; TIZZO, 2013), constituindo um arranjo de múltipla afetividade em um mesmo núcleo familiar, se diferenciando da família paralela ou simultânea justamente por esse último fator, onde há a presença de mais de um companheiro, mas em casas distintas, formando assim uma única união (VECCHIATTI, 2013). Ao se negar o reconhecimento de tais uniões como entidade familiar, cai-se no erro de impor a exclusão dos direitos de família e de sucessão (DIAS, 2019), não sendo justo, após uma vida de convivência, tais pessoas serem marginalizadas e não possuírem direitos sucessórios, por exemplo, devido à literalidade da legislação ao não observar situações de fato.

A sexualidade dos seus membros também não deve ser fator de impedimento para o reconhecimento da união estável poliafetiva, uma vez o principal objetivo de tal fato é o ânimo de constituir uma família (DOMITH, 2013). Sendo a afetividade, mais uma vez, o principal fator para se considerar como entidade familiar. O art. 226, §3º da Carta Magna estabelece como união estável a formada por homem e mulher, porém, assim como ocorre com as uniões homoafetivas, a letra fria da Lei não deve servir de rol taxativo a ponto de impedir a união de pessoas onde se percebe o verdadeiro afeto. Chama-se atenção ao fato do supracitado artigo facilitar a conversão de união estável em

casamento, porém, não significa dizer, apenas uniões com possibilidade de conversão possam configurar uma união estável (VECCHIATTI, 2014).

Conforme a Carta Magna Brasileira o princípio da monogamia não tem previsão legal, não podendo ser utilizado contra o reconhecimento da poliafetividade, prova disso é o fato de o legislador ter retirado, em 2005, o crime de adultério previsto anteriormente no art. 240 no Código Penal. Adotá-lo iria de encontro ao macroprincípio da dignidade da pessoa humana e o pluralismo familiar violando a liberdade e autonomia privada dos indivíduos onde estes devem escolher com quem se relacionar e qual tipo de relação desejam usufruir. A união poliafetiva não é proibida no atual ordenamento jurídico brasileiro, é razoável o seu reconhecimento como entidade familiar através de, primeiramente, decisões de Tribunais Superiores, e posteriormente, pela positivação legislativa, baseada nos princípios constitucionais, pois o direito não deve ficar a espera da lei, devendo buscar a maior aproximação possível com a justiça, assim como o fato social acaba por antecipar o jurídico, a jurisprudência também deve antecipar as leis (DIAS, 2019).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, é possível perceber as entidades familiares presentes na Constituição Federal se tratam apenas de um rol exemplificativo e não taxativo, não impedindo, que outras existentes no plano fático recebam a proteção do Estado, sendo a família a célula máster da sociedade. O conceito de entidades familiares depende de uma interpretação a luz dos princípios constitucionais. A dignidade da pessoa humana é levantada como macroprincípio norteador devendo ser aplicado a todo ordenamento jurídico com vistas a assegurar, no plano do Direito de Família, as diferenças, subjetividades e escolhas pessoais dos indivíduos.

A liberdade ou autonomia da vontade apresenta grande importância ao garantir a possibilidade de escolha aos membros

familiares, seja a sua escolha sexual, afetiva, entre outros. Possibilitando formações independentes da procriação sejam reconhecidas, como é o caso da família anaparental. A vedação da discriminação negativa assegura a ausência de preconceitos, possibilitando entidades não reconhecidas devido a não positividade legislativa, sejam consideradas como família, exemplificando a união homoafetiva, pois a diferença de sexo entre os componentes, não pode impedir o seu reconhecimento.

A afetividade surge como principal característica, mesmo não estando positivada, mas sendo fruto da valorização da dignidade humana, nela se baseia todas as relações familiares existentes, estando acima de fatores biológicos como a consangüinidade. Onde se percebe o afeto, ali deve ser considerado como entidade familiar, citando, a união homoafetiva, a monoparentalidade, a família reconstituída e a união estável poliafetiva. O pluralismo familiar estabelece o rol de entidades familiares prevista na Constituição Federal servindo apenas como caráter exemplificativo, não sendo *numerus clausus*, pois as relações existentes na realidade não podem ser abarcadas pela literalidade da lei, uma vez a sociedade se encontra em constante modificação.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Joaquim. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. **Resolução N° 175 de 14/05/2013.**

BOENTE, L. M. (2012). **A Proteção da Autonomia na Formação de Novas Entidades Familiares pela Regulação Normativa.**

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei N° 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. **Lei Maria da Penha: Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar

contra a mulher. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação Edições Câmara, 2010.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000, p. 46.

BOCK, Ana Mercês Bahia. Conselho Federal de Psicologia. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. **Resolução Nº 001/99 de 22 de março de 1999**.

BULOS, U. L. (2019). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva.

DIAS, M. B. (2019). **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Gay também é cidadão. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq.pdf>>. Acesso em 25 out 2017.

DOMITH, Laira Carone Rachid. **Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor** – da legitimidade da família poliafetiva. In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. Direito de Família: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. único. p. 5-31

FERREIRA, Márcia Regina Porto; CARVALHO, Sônia Regina (Org.). **1.º Guia de Adoção de Crianças e Adolescentes do Brasil** – Novos Caminhos, Dificuldades e Possíveis Soluções. São Paulo: Winners, 2000.

KELSEN, H. (1998). **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes.

RIBEIRO, P. H.; FONSECA, E. P. (2012). **Casamento e Divórcio na Perspectiva Civil Constitucional**. Leme: J. H. Mizuno.

STF, ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.

TEIXEIRA, A. C.; RIBEIRO, G. P. (2018). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey.

TIZZO, Luis Gustavo Liberato; BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes. **Das uniões poliafetivas hoje: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça**. In: XXII CONPEDI - Relações Privadas e Democracia. v. 1, p. 219-248, 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Famílias paralelas e poliafetivas devem ser reconhecidas pelo judiciário**. Consultor jurídico, 05 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-05/paulo-iotti>- Acesso em 25 out 2020.

CAPÍTULO V

A LUTA PELO RECONHECIMENTO E PELO DIREITO TRABALHISTA

**DÉBORA SANTANA CARVALHO
EDUARDO DUARTE SANTANA
ISAÍAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO**

1 UMA INTRODUÇÃO

Este trabalho busca compreender e explicar a perspectiva da classe de trabalhadores sobre a Reforma Trabalhista aprovada pelo Congresso Nacional, em 2017, demonstrando assim, conseqüentemente, quais são os direitos e garantias dos referidos trabalhadores atingidos pela reforma, além de evidenciar a importância das Leis trabalhistas no mercado de trabalho.

Trata ainda da informação sobre funções exercidas por trabalhadores de diversas áreas, bem como a importância da mobilização de classes e a representatividade sindical, procurando demonstrar sempre a importância da atuação dos mesmos e como isso interfere na conquista de direito. A real necessidade da atuação dos sindicatos se dá de variadas formas, quer seja na busca de direitos da categoria ou até mesmo na orientação em determinados assuntos aos associados. Por meio dele, é possível que a classe se manifeste com melhor representação diante das classes empregadoras, ou seja,

De fato, todo o sistema de tutela do Direito do Trabalho se estrutura segundo a máxima de que, havendo a prestação de um trabalho, é devido, em contrapartida, um salário, uma remuneração. Essa lógica, por sua vez, espalha-se por todos os demais institutos desse ramo do Direito de tal maneira que a qualquer direito ou violação de Direito Trabalhista corresponde um valor em dinheiro. O dinheiro, por sua vez, garante o sustento do trabalhador, pois lhe assegura o consumo daquilo que é necessário para que suas necessidades vitais sejam saciadas (BRANT, 2012, p. 40).

O trabalho é tido por muitos como a essência da vida, tornando-se imprescindível na vida humana, havendo a necessidade de buscar a melhoria de condições e o respeito à dignidade humana. Atualmente, a maioria das pessoas não busca o trabalho por prazer, mas principalmente por interesse em sua contraprestação (o salário) que, inclusive, é assegurada legalmente pela Consolidação das Leis Trabalhistas e na Constituição Federal. Como bem assevera o Caso do Projeto Integrador 2020.1, há muito que avançar na efetivação das garantias trabalhistas no país, sobretudo nas regiões de interior.

2 REFLEXÕES PROFUNDAS E RÁPIDAS SOBRE AS LUTAS TRABALHISTAS

Segundo Antunes (2006), o trabalho é momento de realização do ser social, imprescindível à sua existência, ponto de partida para a humanização do ser social. Ora, tendo essa ideia do autor como parâmetro é incontestável a imprescindibilidade do labor para o ser humano. Ocorre que, para a sua satisfação pessoal e de suas necessidades essenciais, o mesmo precisa perceber recursos financeiros para que consiga tal fim, principalmente na era contemporânea em que se veem cada vez mais novas demandas, quer seja com novos projetos, novas formas de viver, em uma sociedade de consumo.

Sabe-se que o trabalho é essencial, porém deve-se ressaltar que como evidenciado por Antunes (2006), ultimamente esse fenômeno vem passando por dificuldades, isso porque ele ensina que há uma tendência de eliminação do trabalho humano da escala produtiva. Afirma também que (2006), muito embora não consiga eliminá-lo por completo a capital busca diminuir o trabalho vivo, desempregar pessoas em nome da eficiência e do lucro.

Há de se falar também da sobrecarga de trabalho, considerando que esta é uma negatividade, isso porque conforme ensina Holanda (2013), a violação da dignidade do trabalhador pode se dá pela ausência de condições saudáveis de labor. As medidas são cabíveis para o contorno da situação concreta, quer seja o acionamento do sindicato para melhor dialogar com o gestor municipal ou até mesmo a demanda judicial para que o alcaide respeite os direitos básicos e da saúde e segurança no trabalho. Holanda explica (2013), ainda que um trabalho digno e decente o empregador deve oferecer condições ideais, principalmente a preservação da saúde do trabalhador. Logo, é inaceitável a alta carga de trabalho dos servidores, algo que desrespeita o art. 166, caput da CLT e art. 7º, XXII da Constituição da República evidencia a obrigação da criação de normas para a proteção da saúde do trabalhador.

[...] já existe esteio suficiente para que, em outras formas de

trabalho, que não o subordinado, igualmente se reconheça o direito a uma limitação, mesmo porque seria de todo afastado da realidade conferir permissão para que, em qualquer vinculação trabalhista, fosse lícito ao tomador dos serviços exigir prática de trabalho superior às forças do ser humano [...] a limitação da duração do trabalho também alcança os trabalhadores não subordinados, os que não laboram em relações de emprego, podendo-se resumir essa constatação pela constatação de que esse limite constitui mera decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo fundamental de nosso ordenamento jurídico (CALVET, 2006, p. 83-4).

Nota-se que, ao longo do último século, o Estado Brasileiro preocupou-se em regularizar as relações de trabalho, em face ao eminente conflito dos princípios de proteção do trabalhador (parte hipossuficiente da relação) e o da autonomia privada e livre iniciativa (essenciais ao desenvolvimento econômico do país). Todavia, a crescente valorização do tempo de serviço pôs em cheque o tempo livre do trabalhador e, conseqüentemente, sua qualidade de vida e vínculos socioafetivos, vez que a ânsia e necessidade de renda que moldam dependência àquele que o emprega e assalaria, subjugando-o à jornada e tempo de serviço que embaraçam seu desenvolvimento enquanto ser humano. Corroborando com o caso do Projeto Integrador 2020-1, busca-se conscientizar a população das Leis trabalhistas, para que os mesmo não sofram trabalhos escravos como mencionado no trabalho abarcado em cidades pequenas, no qual as empresas contratam funcionários e pagam do jeito que acharem viável favorecendo o empregador.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, na condição do profissional do Direito, destaca-se a necessidade em se realizar palestras para divulgar a importância das Leis Trabalhistas no mercado de trabalho diante os problemas trabalhistas existentes à classe profissional, isso porque uma entidade de suma importância é o sindicato dos trabalhadores, pois uma de suas funções é a assistencial, que busca salvaguarda de direitos dos trabalhadores de modo a não permitir abusos por parte do empregador, algo que ocorreu nessa cidade pesquisada e que ultrapassa os limites

geográficos das mesmas, realidade vivenciada por brasileiros que trabalham e necessitam do mesmo para obter recursos de modo a assegurar a subsistência. A possibilidade dos sindicatos interferirem nos meios administrativos e judiciais também reforça a sua autonomia e liberdade para negociar com os empregadores com o objetivo de evitar embates fervorosos e que dificultam uma relação de trabalho saudável, pois só o acurado conhecimento pode garantir-lhes direito que jamais deveriam ser violados.

REFERÊNCIAS:

- AGES. **Relatório do Projeto Integrador:** – Mercado de Trabalho-2020.1. Paripiranga-BA: Centro Universitário AGES, 2020.
- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?: Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho.** 11. São Paulo: Cortez; Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CALVET, Otavio Amaral. **Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- HOLANDA, Marcus Mauricius. **Análise constitucional do acesso ao trabalho digno, como instrumento do desenvolvimento econômico e social.** Fortaleza, CE, 2013. 119 f. Dissertação (mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, UNIFOR.
- MELO, Raimundo Simão de. **A Greve no Direito Brasileiro.** 3. ed. São Paulo: LTR, 2011.
- BRANT, Matheus Campos Caldeira. **As dimensões esquecidas pelo direito do trabalho.** Dissertação. BH: UFMG, 2012.

CAPÍTULO VI

**O DISCURSO DA ADAPTAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA:
POR UMA QUEBRA DA ESTRUTURA CONSERVADORA E
TRADICIONAL**

**DEBORA SANTANA CARVALHO
EDUARDO DUARTE SANTANA
JOAQUIM CARDOSO DA SILVEIRA NETO**

1 UMA PEQUENA INTRODUÇÃO TEÓRICA

O ser humano, em suas necessidades mais básicas, sempre se dispõe a formar e conviver em família, e isso independe do tipo de sociedade e do tempo. Como bem afirma Farias (2004, p. 5), a família é a “estrutura básica social”. Assim, parece que a família é a instituição social mais intimamente relacionada ao homem do que qualquer outra. “Simples ou complexa, assente do modo mais imediato em instintos primordiais, a família nasce espontaneamente pelo simples desenvolvimento da vida humana”, de acordo com Leclercq (1980, p. 39). Dessa forma, fica claro que o fator histórico influencia incisivamente o conceito de família bem como sua estrutura e organização. Diante do exposto, devem-se destacar, de forma breve, as entidades familiares aceitas no ordenamento jurídico brasileiro, ponderando de forma compreensiva, as famílias homoafetivas.

Com base nessa constante evolução, que proporcionou o surgimento de diferentes arranjos familiares, nota-se que a “família” já não é mais caracterizada pela junção do homem com a mulher, mas sim, pela junção de pessoas do mesmo sexo, ou de sexos diferentes, tendo como foco principal apenas a afetividade de ambos, não importando mais o gênero. Tais mudanças impactam parte da sociedade que agora se encontra inserida em meio à diversidade dos arranjos familiares, o que, muitas vezes, é indevidamente visto como um problema, ocasionando, assim, a cicatriz deixada pelo preconceito, instaurada por uma parte da sociedade que não acompanha e não aceita as inevitáveis mudanças sociais. Diante deste paradigma, os meios legais e o Estado Democrático de Direito existente no Brasil podem garantir a esses novos arranjos familiares a seguridade social, garantias e direitos fundamentais, a fim de proporcionar uma vida digna e sem preconceitos?

A família é composta de um casal, e particularmente na antiguidade até nos tempos atuais, é mais comum ser composta de um casal de gêneros diferentes, como homens e mulheres, porém, ao passar

do tempo, foram sendo construídos casais do mesmo gênero, dos quais se formam famílias homoafetivas. Outro ponto a ser ressaltado é o das famílias poli afetivas, que se encontra em debate no CNJ. De tal modo, encontram-se conexões com o Projeto Integrador 2018-2, a respeito do Direito da Família, e a explicação feita pelo professor Tony sobre a diversidade familiar (POPPE, 2014).

Em síntese, nota-se que Poppe (2014) possui um conteúdo de suma importância sobre a família como um modelo pré-estabelecido ou estereotipado. Deve-se estabelecer a família como um conjunto de afetos, liberdade individual de seus membros, buscando a concretização pessoal e a felicidade de seus componentes familiares. Diante dos fatos descritos em relação ao Projeto Integrador 2018-2, fica visível a estimativa de um debate no qual a família foi classificada como qualquer vínculo afetivo mantido pelo amor.

Por conseguinte, é notório ressaltar a Constituição de 1988 que trouxe em seu texto o princípio da dignidade humana, com a construção de uma boa sociedade, justa e igualitária. Pode-se depreender que a família conquistou direitos a partir da prolongação da Constituição Federal Brasileira de 1988, reconhecendo, assim, vários direitos conjugais, incorporando a igualdade e o afeto, com embasamentos dos princípios constitucionais trazidos pela Carta Magna (1988, p. 36).

O grande marco histórico, na conquista de direitos da família foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir desta foram reconhecidas várias situações até então não tuteladas, a família incorporou o pensamento da contemporaneidade de igualdade e afeto, à luz dos princípios trazidos pela Magna Carta.

A família é tratada como um núcleo social primário cujos direitos são assegurados constitucionalmente em capítulos específicos da Constituição Federal, especificamente, no seu artigo 226. A proteção estabelecida pelo Estado sobre a família é baseada no desenvolvimento da formação psicossocial do indivíduo, do qual esse indivíduo possa ter uma família e consiga evoluir juntamente com ela na sociedade.

2 EM BUSCA DE UMA TIPOLOGIA DE FAMÍLIAS

Entende-se, com o reflexo atual da sociedade, que não se pode se apegar definitivamente que família só é composta por um homem e uma mulher, unidos pelo casamento, como um estereótipo da família patriarcal, pois, na sociedade moderna, já são existentes famílias compostas diferentemente uma das outras como a família matrimonial, família informal, monoparental, e dentre outros tipos. Para Lôbo (2002, p. 95), O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”.

Percebe-se a evolução da família na sociedade, sendo assim, a comunidade tem que ter uma visão sobre as diversas formas conjugais encontradas no âmbito social, pois nenhum tipo de vínculo afetivo, independente de gênero, é considerado crime, doença, vício ou pecado. O STF julgou o reconhecimento dos casais homoafetivos como entidades familiares, garantindo os mesmos direitos e deveres da união heteroafetiva, com o foco na dignidade da pessoa humana. Entretanto, o conceito de família não reflete a sociedade atual.

A família corresponde a um núcleo social primário e disciplinado constitucionalmente em capítulo específico, no Título da Ordem Social e em alguns dispositivos esparsos. A proteção deferida à família pelo Estado se funda na importância que este grupo social desenvolve na formação psicossocial do indivíduo. (p. 46).

A liberdade das famílias deve trilhar a construção do conforto das mesmas, e para que haja uma realização e respeito que está descrito nos demais princípios do Direito. A Constituição Federal, consagrando os princípios democráticos de direito, proíbe qualquer tipo de discriminação, principalmente quanto às questões de gênero, sendo incabível a discriminação da união homossexual, pois isso vai de encontro à dignidade humana. Assim, não basta conceituar a família como um modelo pré-estabelecido ou estereotipado, deve-se estabelecer a família como um conjunto de afetos, liberdade individual de seus

membros, buscando a concretização pessoal e a felicidade de seus componentes familiares (RIBEIRO, 2012).

De acordo com Dias (2009, p. 63):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

O Direito Familiar é bem claro no que tange às questões suscitadas pelas famílias homoafetivas, deixando a sociedade ciente do Projeto de Lei que institui o Estatuto da Família. Em suma, é importante salientar que a questão da união homoafetiva não é nenhum tipo de crime ou pecado, as pessoas têm que conviver com outras, sendo os vínculos o ponto de unidade entre elas. Vale refletir acerca dos casos de divórcio ocorridos no Brasil. A Lei nunca se preocupou em definir a família, apenas limitava-se a identificá-la com o casamento, sem considerar o divórcio (RIBEIRO, 2012).

Em face dos casos de divórcio, Alcântara (2017, p. 48) posiciona a questão da guarda dos menores na evolução familiar, quando os responsáveis ingressam uma ação para determinadas posições sobre o menor, para tratar assuntos da guarda, e toda necessidade da criança, abarcando todos os direitos da criança, como previsto no Estatuto da Criança e Adolescente. O menor necessita de todo cuidado dos pais, mesmo em guarda compartilhada. Existem dois tipos de guarda: a conjunta e a unilateral, ou seja, ocorre quando a criança mora com um dos pais, e este detém a guarda, toma as decisões sobre o menor, enquanto o outro genitor passa a ter direito de visitas regulamentadas pelo juiz.

Posteriormente, já no direito romano, a família adquire um caráter patriarcal, em que o homem assume a condição de soberano nesse núcleo social, com poder de vida e morte sobre seus componentes, formada por uma célula básica, constituída de pais e filhos, em que a mulher teria as obrigações da casa, enquanto que o marido detinha a chefia do casal, a administração dos bens e a representação da sociedade conjugal.

O Projeto Integrador 2018-2 tem como ponto central os direitos e deveres das famílias, como previstos no Estatuto da Família, e como essa relação se dá nas uniões homoafetivas, e as formas conjugais encontradas no âmbito social. Destarte, Tony começou a falar sobre o Projeto de Lei que institui o Estatuto da Família, garantindo, assim, que os interesses da população sejam respeitados.

Em síntese, Alcântara (2017) trata de um núcleo de convivência ampla da família, onde crianças devem ser criadas e educadas. A questão dos pais em relações aos menores tornou-se bastante importante para um desenvolvimento saudável, sem causar sequelas psicológicas nem danos afetivos. A Legislação Brasileira assegura o direito de constituir uma família em condições de plena igualdade para o Estado e a sociedade.

3 UM ESTUDO DE CASO

Corroborando relações pertinentes do Projeto Integrador 2018-2, acompanhou-se o caso do menor Vitor, em que o Direito da Família discute e apresenta soluções viáveis para a questão da guarda compartilhada. Ainda sobre esta questão, o menor Vitor estava feliz pela guarda, mesmo assim foi aberto um processo por parte de Olavo, requerendo a guarda exclusiva. Dessa forma, Alcântara mostra a questão dos direitos de ambas as partes em relação à criança, quando acontece uma separação entre os cônjuges. Vale ressaltar a importância dos vínculos afetivos presentes na família, levando em consideração os interesses e direito da criança para que haja educação e amor pelos pais, mantendo uma relação saudável, para que a criança não sofra problemas psicológicos diante dessas situações.

No caso, essa questão deve ser norteadada pelo princípio do melhor interesse do menor, no que diz respeito ao seu bem-estar familiar e a sua proteção, até porque o direito de visita, em razão desse princípio e dependendo das circunstâncias, pode vir a ser exercido sob supervisão do Estado, suspenso ou até mesmo proibido. (P. 67).

Diante deste caso, contudo, existe a possibilidade da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, ou casais de gênero diferentes. No Brasil, a única forma de adoção de crianças e adolescentes é através do judiciário, no qual os candidatos à adoção devem se inscrever na Vara da Infância e Juventude, onde se submeterão a uma equipe de psicólogos e assistentes sociais, para analisarem, de fato, se o casal está realmente pronto para realizar a adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente empregado na lei n 8.069, tem por objetivos regularizar e resguardar os direitos dos menores, dando-lhe proteção integral, e expondo o reconhecimento dos direitos assegurados (BARANOSKI, 2016, p. 76).

Entende-se que o artigo 2º do Projeto de Lei nº 6.583/2013, tal qual está redigido, atenta contra os princípios constitucionais da igualdade (artigo 5º, caput, da CF/88), bem como da inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (artigo 5º, X), porque não reconhece a diversidade da formação da família. Contraria inclusive a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4277) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132), reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

Conclui-se, portanto, ressaltando que as famílias, com base no caso do Projeto Integrador 2018-2, são um paradigma até então vigente e pode-se afirmar que a Constituição atendeu aos reclamos da antiguidade, que sempre foi necessário para o Direito familiar. Em suma, percebe-se que a família deixou de ser apenas para a procriação, e passou a ser entidades de vínculos e afetos, visto que a dignidade da pessoa humana passou a ser base para as famílias modernas, bem como agora em que existem diversos modelos de casais formando um grupo familiar. A população e o direito passaram a reconhecer novas famílias somente a partir da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), demonstrando as possibilidades de um novo casamento, e o direito passando a proteger, no ordenamento jurídico, os novos arranjos familiares.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, na condição do profissional de Direito, podendo atuar diretamente no campo do direito de família, agirei acima de tudo, com bom senso em minha atuação profissional, desempenhando minha função com respeito aos valores morais e éticos e jamais deixar de lado o trato respeitoso com a parte contrária, uma vez sempre buscando um ponto de equilíbrio para se obter a conciliação no núcleo familiar, inclusive com ampla utilização de equipes multidisciplinares para resolver os problemas que as grandes famílias vem sofrendo. Dessa forma, buscando sempre a melhoria de qualidade de vida da sociedade, possibilitando um futuro com menos preconceito e conflitos dentre as famílias.

REFERÊNCIAS

- AGES. Caso do Projeto Integrador 2018-2- **Famílias**. Paripiranga-BA: UniAGES, 2019.
- ALCÂNTARA, Malu Moreira. **Guarda Conjunta**: Um estudo comparado luso-brasileiro. Lisboa: Universidade Autônoma de Lisboa 2017. (Dissertação de Mestrado)
- BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **A adoção em relações homoafetivas**. 2 ed. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016.
- DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves. Direito Constitucional à Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 23, abril-Maio 2004.
- LECLERCQ, Jacques. **A família**. São Paulo: Quadrante, 1980.
- LIMA, Ana Carolina Santos. Evolução histórica da família e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64386/evolucao-historica-da-familia-e-suas-especies-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 08 maio.2019
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a' vacatio legis'. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- POPPE, Laila Leticia Falcão. **Novas Conformações Jurídicas e Sociais da Família e o Afeto como meio de efetivação desse direito fundamental**. Ijuí, RS: UniJUÍ, 2014. (Dissertação de Mestrado).
- RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme-SP: JH Mizuno, 2012.

CAPÍTULO VII

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A SOCIEDADE EM REDE: UMA ANÁLISE DO DISCURSO LEGAL

WILGO DE JESUS CARVALHO

1 INTRODUÇÃO

Consagrando um púbere estágio no desenvolvimento da vida social, a Sociedade da Informação acarretou densas mudanças na economia, política e sociedade. O seu ápice é atribuído, sobretudo, pela revolução da informação, presente a digitalização permitida pelas juvenis Tecnologias de Informação e Comunicação, que, no mesmo sentido que as mídias, aceleraram o processo de globalização, conduzindo a sociedade a viver tendencialmente em rede. A internet constitui ferramenta suficiente para lesar diversos direitos da personalidade, em razão da evolução da globalização e consequente acesso à informação, neste sentido, existe algum direito capaz de apagar informações que vez ou outra lesionam os direitos da personalidade?

Inserido nesse contexto, o Direito ao Esquecimento se apresenta em decorrência da Sociedade da Informação que inseriu novos desafios a ciência jurídica na efetivações de direitos da personalidade. Nota-se a necessidade do exercício da privacidade na era da internet, uma vez que as informações se propaga numa velocidade antes nunca alcançada. Projetar o “direito de ser deixado só”, é solucionar os novos embates da era digitalizada, pois confere ao indivíduo a faculdade de apagar, retificar ou bloquear seus dados quando entender que não mais correspondem a sua identidade pessoal. Demarcar o conteúdo e a natureza do direito ao esquecimento, assim como verificar e discutir as complexidades e possibilidades envoltas de sua proteção são os problemas investigados para formulação de respostas, por meio da revisão bibliográfica e da análise de legislação, que fornecem importantes subsídios no curso da pesquisa.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a incidência do direito ao esquecimento na sociedade em rede. Os objetivos específicos são: compreender as percepções e alcance do direito ao esquecimento; analisar os direitos da personalidade nas redes sociais; verificar os efeitos da globalização para com a sociedade conectada. A internet,

magna invenção humana cuja criação e liberalização são as características marcantes da Sociedade da Informação, possui grande importância para o processo informativo. Desde a sua inauguração como meio de comunicação universal e gratuito, o número de usuários se amplia consideravelmente a cada ano. Essa ampliação sintética do interesse global pelo uso da internet foi fundamental para o processo de globalização, que encontrou nela uma via de transporte célere e eficiente, por esses fatores, a internet também cooperou para a formação do intitulado *direito em rede*. As informações vêm crescendo duzentas vezes mais rápida que a população, tornando seus motores de busca de fácil controle de conteúdo, viabilizando a localização em questão de segundos de tudo que se faz presente na imensa rede. Em decorrência direta desses fatores caracterizadores da Sociedade da Informação e das mudanças sociais advindas dela, foram reforçadas a espionagem e a inquirição da vida privada. Os modernos e cada vez mais avançados dispositivos disponíveis no mercado, a cultura de *viver em rede*, a colheita de dados na internet e ainda, a inclusão voluntária de informações pessoais na *web* pelos próprios usuários abalam a privacidade dos indivíduos e inibe sua proteção.

As informações inseridas cotidianamente na internet por diferentes meios e finalidades são nela armazenadas para sempre e podem ser reconstruídas a qualquer tempo. Nesta perspectiva, discute-se o direito ao esquecimento como forma do indivíduo apagar ou retificar informações que não mais condizem com a sua atual identidade pessoal. O pleno gozo do direito ao esquecimento abalroa com o das liberdades de expressão, informação e imprensa, que compõe um bloco de direitos fundamentais que teve seu exercício estimulado pela internet. Os precedentes jurisprudenciais desse direito remota aos anos 1970 no Tribunal Constitucional Alemão, onde o direito a ser esquecido é comumente ligado à ressocialização de criminosos. Além disso, existem acórdãos em diferentes partes do globo, a respeito da Itália, cuja terminologia seguida é análoga, sendo intitulado de *diritto all'oblio*; e também no Brasil, ante a presença de dois casos padrões

julgados pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013 que alcançaram o Supremo Tribunal Federal e esperam ajuizamento.

O Direito ao Esquecimento apesar de não positivado na ordem jurídica brasileira tem se apresentado como solucionador para os casos que envolvem problemas relacionados à lesão de direitos pessoais em virtude da superexposição social. É necessário, ao tratar do Direito ao Esquecimento, discutir as nuances paradoxais existentes entre o direito à informação, de imprensa e liberdade versus o direito à honra, privacidade e dignidade, a fim de concluir para sua melhor aplicabilidade. As consequências da globalização e os avanços dos sistemas de informação ampliaram a necessidade de positivizar um direito capaz de garantir o esquecimento de fatos pretéritos que causa constrangimento a vida social humana.

A justificativa da presente pesquisa no que concerne a relevância social, científica e acadêmica se orienta na ideia de que o Direito ao Esquecimento apesar de não ser positivado na ordem jurídica brasileira, deve ser utilizado como forma de dirimir eventuais violações aos direitos da personalidade na sociedade em rede. A mídia tem se apresentado como um meio de grande repercussão de informações que em determinados casos, causa danos irreparáveis aos usuários se não removidas. Por isso a necessidade de um direito específico para tutelar o indivíduo frente a sociedade da informação. O presente trabalho discute especificamente essa lacuna legislativa existente no ordenamento jurídico brasileiro, quando se trata de fatos pretéritos que em certo momento o indivíduo entende que deve ser deletados das mídias sociais por não mais corresponder a sua identidade pessoal.

A metodologia desenvolvida na pesquisa é de cunho qualitativo, haja vista a descrição realizada acerca do tema. A pesquisa qualitativa não se preocupa com números, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de uma comunidade, caracteriza-se, resumidamente, como a tentativa da compreensão detalhada para compreender a natureza de um tema (GEHARDT, 2009). O estudo realizado na

pesquisa foi revisão bibliográfica que se refere a um levantamento geral a respeito das principais nuances do tema, trata-se de literatura fundamental para contribuição de um trabalho, por isso foram utilizadas diversas referências bibliográficas que tratam do Direito ao Esquecimento e a sociedade em rede. Utilizou-se livros, periódicos, artigos, dissertações e trabalhos monográficos que serviram de suporte para confecção do trabalho. O trabalho é estruturado organizadamente em cinco capítulos, sendo o primeiro, as noções introdutórias e o último as notas conclusivas, da presente pesquisa. No segundo capítulo, trata-se dos efeitos da globalização, automação e sistemas de informação, aludindo as suas implicações com a sociedade e com o Direito. A internet e o acesso à informação, assim como a rede virtual e seus riscos que conduzem a necessidade da privacidade, percorre as linhas iniciais que justificam o Direito ao Esquecimento na sociedade em rede.

O terceiro capítulo discorre especificamente a proteção e natureza jurídica do Direito ao Esquecimento. São traçadas as percepções e alcances desse direito no seio social, discutindo também as suas materiais implicações com os direitos de personalidade. Se perceberá que o Direito ao Esquecimento está intimamente ligado aos atributos decorrentes da personalidade humana, em verdade, nasceu destes, reforçando ainda mais o seu exercício sempre que necessário. O quarto e último capítulo da pesquisa emana as concepções do Direito ao Esquecimento comparado, ou seja, realiza um comparativo entre a legislação da Comunidade Europeia, Legislação Portuguesa e a Legislação Brasileira nos elementos concernentes ao direito de ser esquecido. No Brasil, nota-se que os maiores passos foram possíveis pela promulgação da Lei do Marco Civil na Internet e também pela tendente construção pretoriana. Ademais, as legislações internacionais se apresentam mais protetivas se comparadas as internas, por isso, a jurisprudência tem sido importante no trilhar para efetivação desse direito.

Ao final da pesquisa se observará que esta não possui a finalidade de esgotar toda a matéria a respeito desse direito, uma vez que trata-se de um direito ainda em construção, principalmente no território brasileiro. O Direito ao Esquecimento se torna fundamental no percurso para a plena efetivação dos direitos da personalidade, haja vista decorrer dos mesmos. Os novos conflitos gerados pela era digital almeja a necessidade de se arquitetar um direito solucionador das relações sociais na *Internet*.

2 O DIREITO E A SOCIEDADE EM REDE

A sociedade contemporânea é marcada fortemente pela presença de uma revolução tecnológica e surgimento da sociedade em rede, que foram capazes de alterar profundamente as relações interpessoais. Alguns teóricos defendem que a comunicação à distância gera um recrudescimento da alienação humana, haja vista a presença da tecnologia e dos meios de comunicação. Outros, por sua vez, alimentam o ufanismo, em relação as potencialidades das mídias digitais (COSTA, 2010).

Pierre Lévy, autor de inúmeros livros sobre as transformações introduzidas pela sociedade mediada por computadores, mantém uma postura otimista. Já Paul Virillio, ao contrário, acredita estarmos vivendo profunda desumanização das relações societárias e interpessoais promovida pela revolução tecnológica (COSTA, 2010, p. 114).

O Sociólogo Manuel Castells se dedicou ao estudo da sociedade pós-moderna, na qual predominam as redes informáticas de comunicação. O autor procura apontar a revolução realizada pela informática nas relações econômicas, de trabalho e mercado, além das relações nacionais e internacionais. Visualiza-se uma inédita divisão internacional do trabalho, haja vista a presença dos meios da informática, atribuindo um novo *status* ao capitalismo, se caracterizando pela sua racionalidade, tecnologia, hegemonia e lucratividade (COSTA, 2010). São múltiplas as nomenclaturas utilizadas para se referir ao novo modelo de desenvolvimento, esse modelo por sua vez, se originou de diferentes processos históricos, a saber: a revolução

tecnológica da informação, a crise do capitalismo, o surgimento dos movimentos sociais, o liberalismo, o engajamento pelos direitos humanos, dentre outros. As ligações entre esses processos foram capaz de remodelar a base material da sociedade, a qual passou a ser uma sociedade em rede. Por isso, o novo modelo de desenvolvimento se apresenta sob dois pilares: o industrial e o informacional (CASTELLS, 1999).

Na indústria se predomina o crescimento da economia e a elevação da produção com a inserção de novas energias, assim como a descentralização do seu uso. A informacional compreende uma forma específica de organização da sociedade, do Estado e da economia, onde o processamento e a transmissão da informação são cruciais para produção e para o poder (SOUSA, 2009). No modelo informacional, a produção da riqueza e o gozo do poder são dependentes da capacidade tecnológica das sociedades e dos indivíduos. Neste panorama, a informação torna-se ferramenta indispensável para a implantação dos processos de reestruturação socioeconômica, haja vista possibilitar a formação de redes como modelo expansível e dinâmico de organização do labor humano (SOUSA, 2009).

Ainda conforme a ideia de Sousa:

Com as novas tecnologias da informação, as quais proporcionam ferramentas para a formação de redes, comunicação a distância, armazenamento e processamento de informação e de descentralização do processo de tomada de decisão, deduz-se que a produtividade e a competitividade das instituições, empresas, regiões e pessoas, dependem, em grande parte, de sua capacidade para gerar, processar, buscar e usar a informação obtida do conhecimento em diversas áreas do saber (SOUSA, 2009, p. 170).

As juvenis tecnologias de informação vêm fazendo parte de diversos países em redes mundiais. No instante em que as sociedades se interconectam, tornam-se culturalmente interligadas por um sistema de redes que vai do processo de produção até os padrões de interação social, essa notável tendência é denominada de sociedade em rede, essa nova configuração da informação permite a criação de um sistema de busca formado por diferentes atores sociais (CASTELLS, 1999). No

âmbito das diferentes maneiras de se comunicar em rede, a internet é um meio de comunicação que possibilita uma interação global entre muitos no tempo em que for mais conveniente. A atividade humana é baseada principalmente na comunicação, por isso, qualquer novo surgimento de tecnologia pode afetar a forma de comunicação em sociedade. Perante a grande remodelagem social, oriunda diretamente da globalização, o Direito enquanto ciência social passa a adotar valores plurais que requer um olhar sob a perspectiva de observação das relações jurídicas pelo viés do pós-modernismo jurídico que ainda não se concretizou por inteiro (SOUSA, 2009).

O Direito assenta empecilhos para a solução de conflitos próprios, isto porque existe uma pluralidade de racionalidades na resposta para os problemas jurídicos que se condicionam a imbrólios sociais. Concorrentemente, a ciência jurídica influencia seletivamente, haja vista ser resultado da própria sociedade. O Direito moderno marcado pela democracia, deve regular as condutas sociais possíveis, por isso, a sua efetividade se vislumbra quando da coibição de condutas proibidas. É em razão disso que existe a norma, o objeto do Direito que na visão de Kelsen é a internalização de um padrão de conduta. Em contrapartida, para Habermas, o Direito é fruto e espelho da produção da opinião e da vontade dos indivíduos que compõe determinada comunidade jurídica (HABERMAS, 1997).

Já Bauman (2001) discorre que a sociedade moderna existe em sua atividade de individualização, bem como as atividades dos indivíduos se resumem na reformulação de redes de ligação denominada “sociedade”. A modificação social contemporânea está intimamente associada ao capitalismo contemporâneo e a sua incidência na vida social em diversos temas, por isso a necessidade das instituições sociais desenvolverem perfis mais próximos de abordar a diversidade temática, essa deve ser uma preocupação do Direito, pois diante do mundo pós-moderno, os modelos normativos vem sendo descaracterizados. A pós-modernidade ainda não alcançou o Direito

moderno, haja vista a não construção do pós-modernismo jurídico que se apresenta fechado, voltado unicamente para uma classe de operadores do Direito. Ademais, qualquer investigação sobre a influência da pós-modernidade no Direito, ainda que complexa, é incompleta do ponto de vista do objeto em análise que é efêmero, o que quer dizer que o que existe hoje, pode não existir amanhã em virtude da descontinuidade dos discursos, o que emana no Direito, o pluralismo jurídico defende o direito de todos participarem das decisões estatais (SOUSA, 2009).

3 GLOBALIZAÇÃO, AUTOMAÇÃO E SISTEMA DE INFORMAÇÃO

O desenvolvimento desenfreado da informática, da automação e das telecomunicações constituiu fator determinante na consolidação da globalização, pois não se tratou apenas de mais uma invenção tecnológica, mas de uma radical transformação na maneira de entender os processos produtivos, que se apresentaram mais planejados e integrados. Pode-se afirmar que a comunicação em rede possibilitou o surgimento de novos modelos de cooperação e articulação em todo o globo (COSTA, 2010). A informática passou a figurar o cotidiano das pessoas, sendo caracterizada por sua intensa penetração. Em razão disso, a informação se tornou uma nova mercadoria, sendo a principal fonte de valor que circunda pelas redes de comunicação. Informação por sua vez, compreende todo dado que possui algum significado, em outras palavras é valor para alguém que esteja disposto a pagar por ela. O investimento maciço em comunicação, principalmente nos Estados Unidos, decorrente de seu envolvimento na Guerra Fria, criou uma mistura de redes que se infiltraram nas mais diferentes relações e processos produtivos (COSTA, 2010).

Isso ocasionou na implosão das maneiras de regulamentação existentes que organizavam o trabalho, a produção, as relações entre os indivíduos e as comunicações. Esse processo fora intitulado de desregulamentação, e nele estão inseridas as privatizações dos serviços públicos e também de comunicação, as leis de direitos autorais e a

diferenciação entre trabalho manual e intelectual. “Enfim, num efeito ‘em cascata’, as práticas administrativas e produtivas, além das mais elementares rotinas de nossa vida cotidiana, foram afetadas por essa desregulamentação” (COSTA, 2010, p. 120).

A informatização gerou transformações radicais nos processos produtivos, conduzindo a uma reengenharia industrial com a adoção elevada de sistemas automatizados que foram capazes de substituir à mão de obra humana. Um dos principais pontos negativos da automação é o desemprego em massa que afeta todo o mundo, além da obsolescência de tecnologias e de profissões que se tornaram inoportunas. Mesmo perante essas considerações, as tecnologias de informação tornaram-se protagonistas das novas relações sociais em um mundo globalizado (COSTA, 2010). A globalização é um fenômeno vivenciado por todos no dia-a-dia e obriga o indivíduo a experimentar uma nova dimensão social. Atualmente, o comportamento ou hábito implica no surgimento de novos parâmetros societários de alcance, volume e diversidade que caracterizam esse processo. É visto que a globalização e a comunicação em rede interferiram decisivamente nas concepções de tempo e espaço das pessoas. As relações em rede fazem com que o indivíduo perca as referências do mundo que o cerca, adquirindo por consequência uma artificialidade nova e desconhecida do cotidiano da cultura. “O imaginário humano já não procura reproduzir os movimentos da natureza, mas busca criar um tempo/espaço fictício ou convencional” (COSTA, 2010, p. 122).

Com o surgimento da pós-modernidade emergiram diversas formas de comunicação, a globalização é um nítido exemplo do surgimento da sociedade pós-moderna. Esta, por sua vez, é um processo em construção, atualmente se fala até mesmo em “globalização da globalização”, pode-se afirmar que esse processo fora provocado pelos ventos pós-modernos e representa o dinamismo social, sendo considerado um processo de desenvolvimento dos vínculos em qualquer parte do mundo. Diz respeito ao cruzamento entre presença e

ausência, o cruzamento de eventos sociais e de relações sociais à distância com contextos sociais, todavia, sempre na presença de um sistema de comunicação (GIDDENS, 1991). Em sentido contrário, Bourdieu (2002) alude que a globalização é um mito e mecanismo de combate ideológico forte para os dominantes na luta contra as conquistas sociais, e uma das ferramentas usadas é o que se chama de deslocalização. Para o autor, a economia é um setor separado quase que naturalmente do social, essa separação tem auxiliado para com o aumento da destruição de todos os coletivos. Nesta senda, é imprescindível ressaltar o conceito de desterritorialização que é uma das características da sociedade global, em que se integram diferentes estruturas descentradas, sem indício de qualquer localização nestes lugares (LANNI, 1997).

Em análise à globalização, não é a sociedade mundial configurada pela política internacional, mas um processo totalmente ambíguo, inteiramente fragmentado de globalização, impulsionado pelos sistemas parciais e individuais da sociedade em velocidades diferentes. A globalização contém um discurso desconstrutor (TEUBNER, 2003). Diante disso, a teoria do Direito é instigada a inserir em sua semântica e trazer para o centro de suas discussões a questão das ordens jurídicas globais e plurais, estruturalmente interligadas aos seus respectivos subsistemas da sociedade mundial (NEVES, 2006). A globalização enquanto prática discursiva, principalmente em relação aos aspectos retóricos de sua percepção como etapa de desenvolvimento do capitalismo, constitui uma espécie de metáfora, pois as atuais transformações analisadas no Direito brasileiro aludem essa realidade (GODOY, 2004). A globalização se apresenta em todos os terrenos da normatividade, é notório um antagonismo declarado, uma polaridade entre eficiência econômica e certeza jurídica, assim como entre programas anti-inflamatórios e ordem constitucional (GODOY, 2004). Por isso, é preciso repensar se a sociedade encontra-se preparada para suportar a diversidade de expectativas de comportamento perante a mistura de fatores que decorrem a desestruturação do sistema, esses

fatores desencadeiam uma diversidade de problemas sociais oriundos da ausência de regulamentação das relações jurídicas internas diante dessa nova ordem de discurso (SOUSA, 2009).

4 INTERNET E ACESSO À INFORMAÇÃO

A *Internet* é considerada um conjunto de inúmeras redes de computadores que servem a incontáveis pessoas de todo o mundo. Acredita-se que a sua origem seja militar, e que superou os seus objetivos centrais. Ela parece ter se sedimentado como uma estrutura básica mundial, que permite a veiculação permanente da comunicação. Pode-se afirmar que não existe um público específico, vinculando assim todos os tipos de pessoas. A motivação usual varia de acordo com esse público, pois é utilizada com diferentes finalidades. A *Internet* pode ser comparada a uma biblioteca que pode ser acessada a qualquer hora, com milhares de livros e recursos disponíveis (FINKELSTEIN, 2011). Para Castells:

A história da criação e do desenvolvimento da *Internet* é a história de uma aventura humana extraordinária. Ela põe em relevo a capacidade que têm as pessoas de transcender metas institucionais, superar barreiras burocráticas e subverter valores estabelecidos no processo de inaugurar um mundo novo. Reforça também a ideia de que a cooperação e a liberdade de informação podem ser mais propícias à inovação do que a competição e os direitos de propriedade (CASTELLS, 2003, p. 13).

De forma sutil, a *Internet* funciona da seguinte maneira: um usuário ao conectar seu provedor recebe um endereço dado por este, este endereço (IP) é apresentado em formato numérico e transformado em palavras pelo denominado DNS. O espírito da rede é permitir o maior número possível de informações e serviços. Ninguém é dono da *Internet*, não há quem possa vendê-la ou assumir a sua autoria de modo a transformá-la em um monopólio. Por isso, não existe autoridade única que regule o seu uso ou que edite normas de comportamento dos usuários (ATHENIENSE, 2000). No máximo, o que existe são comitês gestores, tanto no Brasil, quanto em outros países,

que coordenam os serviços, mas sempre respeitando as limitações técnicas que a evolução tecnológica orienta.

[...] a *Internet* nasceu nos Estados Unidos, mas seu sucesso resultou de ideias que estão longe dos ideais norte-americanos de propriedade, quais sejam, a divisão das coisas entre proprietários privados e a regulação do mercado sobre tal divisão. Mas o sucesso da *Internet* resultou justamente do fato de que, em virtude de sua arquitetura, seus recursos não estão divididos entre proprietários privados – todos tem acesso igual a eles (FINKELSTEIN, 2011, p. 21).

A maior e melhor característica é ser global. A sua utilização independe de onde se está, por essa razão, a qualidade técnica ou moral das informações não podem ser asseguradas por ninguém. Ainda, em virtude do grande número de informações veiculadas, a fiscalização se torna praticamente impossível. Marco Aurélio Grego, apontando sua certeza de que é testemunha da era moderna, afirma impreterivelmente que “Acontece uma Revolução mais do que de natureza técnica, revolução ligada ao próprio padrão da civilização ocidental, que está se alterando em sua concepção básica” (GRECO, 2000, p. 35). A *Internet* foi projetada sem qualquer ideia de quais seriam suas consequências, já que a rede foi desenvolvida de tal modo a permitir seu desenvolvimento pelos próprios usuários, haja vista estes não precisarem de autorização dos donos da rede para utilizar aplicativos diferentes por meio dela, os inovadores possuíam maior liberdade para criar novos meios de comunicação. Como a rede não foi criada particularmente para nenhum aplicativo ou serviço, a *Internet* se tornou passível a inovações (LESSIG, 1999).

Inicialmente a *Internet* possuía alguns recursos controlados, outros livres. Essa liberdade resultou numa explosão de inovações jamais alcançadas, o direito de criar não era controlado, diversas críticas sugeriram em razão da ausência de censura, ou até mesmo pelo excesso de informações, todavia, não há como negar que a nova era mudou radicalmente o comportamento das pessoas que gera consequências que devem ser estudadas pela ciência jurídica (FINKELSTEIN, 2011). A *Internet* surgiu em universidades norte-

americanas, os pioneiros foram os pesquisadores, assim, nota-se que a mesma foi construída para a pesquisa. A rede antecessora era intitulada de *Arpanet*, desenvolvida em 1969 pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos para testar tecnologias, levando em consideração uma possível guerra termonuclear global (LESSIG, 1999).

Nos terrenos acadêmicos, contudo, acredita-se que a Internet surgiu com o intuito de pesquisa de um projeto da agência norte-americana Arpa. A conexão foi possível ao interligarem-se os computadores de quatro universidades, passando, a partir daí, a ser conhecida como *Arpanet*. No ano de 1970, esse projeto foi profundamente estudado por pesquisadores, o que ocasionou na concepção de um conjunto de protocolos que constitui a base da *Internet* (FINKELSTEIN, 2011). No início da década de 1980, a Arpa começou a integração das redes de computadores dos outros centros de pesquisa à *Arpanet*. Em 1985, a entidade americana NSF interligou os supercomputadores de seus centros de pesquisa, criando a NSFNET.

Pouco depois, a *National Center for Supercomputing Applications*, da Universidade de Illinois (EUA), que já reunia alguns dos melhores pesquisadores nas áreas de física, engenharia de materiais e astrofísica do mundo, começou a perseguir o desenvolvimento de um *software* que tornasse mais abrangente o acesso a este conjunto de redes (FINKELSTEIN, 2011, p. 24).

No ano de 1986, a NSFNET foi conectada à *Arpanet*, o conjunto de todos os computadores e redes ligados a essas duas estruturas físicas de rede tornou-se conhecido oficialmente como *Internet*. Em 1988, a NSFNET foi apoiada por outras empresas, formando uma associação conhecida como ANS. Dois anos depois, a *Arpanet* foi desativada, sendo substituída pela DRI que após um ano desenvolveu uma nova estrutura física, a *Ansnet*, que ganhou o *status* de mais relevante da *Internet*. A partir de 1993, a *Internet* deixou de ser uma instituição de natureza simplesmente acadêmica, passando a ser explorada comercialmente em todo o mundo (GRECO, 2000).

Assim, em meados da década de 1990, a *Internet* estava privatizada e dotada de uma arquitetura técnica aberta, que permitia a interconexão de toda as redes de computadores em qualquer lugar do mundo; a *www* podia então funcionar com *software* adequado, e vários navegadores de uso fácil estavam à disposição do público (CASTELLS, 2003, p. 19).

O ano de 1988 pode ser considerado o marco inicial da *Internet* no Brasil, a iniciativa foi da Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo (FAPESP), ligada à Secretaria Estadual de Ciência e Tecnologia. A necessidade de utilizar a *internet* fora fomentada pelos bolsistas da referida fundação, haja vista terem retornado de cursos nos Estados Unidos e sentiam falta da facilidade permitida com demais instituições científicas. Após um caloroso debate, a troca de dados e início do serviço aconteceu em 1989.

Em 1989, a linha FAPESP utilizou a *Bitnet – Because is Time to Network*, que permitia apenas a retirada de arquivos e correio eletrônico. Em 1991, uma linha internacional foi conectada à FAPESP para que fosse liberado o acesso à *internet* a instituições educacionais, fundações de pesquisa, entidades sem fins lucrativos e órgãos governamentais (FINKELSTEIN, 2011, p. 25).

No ano seguinte, durante a ECO-92, o Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase), firmou um convênio com a Associação para o Progresso das Comunicações, para atribuir espaço às organizações não governamentais brasileiras na rede. O convênio foi modificado com a criação da Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP) pelo Ministério da Ciência e Tecnologia que, por sua vez, organizou o acesso à *Internet*, criando uma estrutura física, haja vista ter estabelecido pontos de presença nas capitais e operando em todo o país (ATHENIENSE, 2000). Juntas, o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia, criaram uma portaria, publicada em maio de 1995, criando a figura do provedor de acesso privado, liberando a operação comercial da Rede em todo o país. Nesse empasse, o acesso à *Internet* no Brasil completou 21 anos, com grandes desafios estruturais em razão do seu desenfreado desenvolvimento (FINKELSTEIN, 2011).

5 A REDE VIRTUAL, SEUS RISCOS E A NECESSIDADE DA PRIVACIDADE

O amplo acesso à *Internet*, e conseqüentemente à informação, abre vistas para a questão da privacidade, uma vez que o seu tênue limite está sendo invadido pela tecnologia. A cada vez que um usuário utiliza um *site*, preenche formulários virtuais, assim não se tem segurança acerca da utilização destas informações. Sabe-se que no estágio tecnológico em que a sociedade se encontra, a informação constitui uma ferramenta valiosa. Por isso, a sua proteção deve ser questão de importância máxima, merecendo total respaldo pelo legislador (FINKELSTEIN, 2011). O desenvolvimento tecnológico não apresenta somente pontos negativos, pois a evolução da tecnologia, no que se refere aos mecanismos de monitoramento, proporciona uma diminuição no tempo e nas despesas envolvidas na busca. Em contrapartida, para aquele que está sendo investigado, existe a noção de saber que sua privacidade pode estar sendo burlada (LESSIG, 1999). Corroborando com essa ideia, conforme Finkelstein:

Assim, com a evolução das tecnologias de monitoramento, de um lado, a pessoa que busca as informações o faz muito mais rapidamente e a um baixo custo econômico e, de outro lado, a pessoa investigada tem menor possibilidade de aperceber-se disso, e assim não sofre o inconveniente referido acima (FINKELSTEIN, 2011, p. 126).

A elevação da eficiência nos mecanismos de monitoramento e investigação possibilita maior facilidade para coletar informações, justamente o que acontece na *Internet*. A informação é coletada invisivelmente, ou seja, facilmente obtida, e as proteções jurídicas contra essa coleta desaparecem. Para muitos, a invasão da privacidade é indiscutivelmente inadmissível, todavia, vale ressaltar que nem todas as informações ganham proteção jurídica. Por isso, as informações são classificadas em: pública, interna, confidencial e secreta (LESSIG, 1999). No Brasil, a proteção à privacidade é princípio constitucional previsto nos incisos, X, XI, e XII, do Art. 5º da Constituinte de 1988. Importante aludir que o estudo da privacidade do usuário na rede é

uma das matérias mais fomentadas da sociedade de informação. Dentro da questão da privacidade na *Internet*, três são os pontos que merecem destaque:

- (i) a privacidade do usuário invadida pela montanha de *junk mails* ou *spams* que um usuário recebe sem pedir nem desejar;
- (ii) a privacidade do usuário garantida pela Constituição Federal, que determina invioláveis a intimidade, a casa e o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial; e
- (iii) a privacidade do usuário em si, pois que por vezes seus dados pessoais e hábitos de consumo são comercializados (FINKELSTEIN, 2011, p. 128).

Privacidade é um conceito de difícil definição, sabe-se que é um direito protegido pela Carta Política de 1988 e assegurado também por algumas legislações infraconstitucionais. Lawrence Lessig, um dos mais prestigiados dentre os doutrinadores em matéria de Direito Informático, define privacidade como o resultado da subtração de todos os aspectos da vida social, de tudo que é vigiado e monitorado. Neste sentido, a privacidade é o produto de uma relação entre tudo aquilo que pode ser investigado e todas as proteções legais utilizadas para atrapalhar esse monitoramento (LESSIG, 1999). Cada vez mais o usuário navega na Rede para que possa usufruir de seus benefícios, para tanto, preenche formulários virtuais, onde informa diversos dados pessoais e até mesmo patrimoniais. Neste sentido, fica nítido os riscos que a *Internet* pode causar ao usuário, haja vista a sua clara vulnerabilidade perante uma grande rede de informações, por isso, atualmente, faz-se necessário (re)pensar o Direito como solucionador dos problemas que envolvem a era digital, haja vista ser cada vez mais comum a lesão a privacidade, a honra e a vida privada (FINKELSTEIN, 2011).

As consequências dos fatores caracterizadores da Sociedade da Informação e das mudanças sociais por ela causadas, potencializaram a espionagem e a perquisição da vida privada. A cultura de viver em rede, dispõe de avançados dispositivos, a exemplo da captação de dados na galáxia da *internet*, alcançando a inserção espontânea de informações

personais no *ciberespaço* pelos próprios usuários a qual expõem a privacidade dos indivíduos e inibe a sua proteção. As informações inseridas cotidianamente na *web*, por qualquer meio ou escopo, são nela armazenadas eternamente e podem ser suscitadas a qualquer tempo. Inserido nessa discussão, comumente desenvolvidor de colisões entre direitos fundamentais, o Direito ao Esquecimento mostra-se como uma faculdade conferida ao indivíduo para contrapor a comunicação de um fato passado ou realidade distorcida que lhe diga respeito e que ele queria esquecer-lo, ou ainda, apagar ou corrigir registros desse passado. É um direito a ser esquecido, ainda que em relação a alguns aspectos da vida pregressa do titular. A primeira questão que se pontua acerca desse direito é verificar a importância do seu tratamento autonomizado, ou seja, se existem elementos em sua estrutura e conteúdo que reforce um tratamento como nova espécie de direito da personalidade, ou se todas as suas características já combinam com os atributos de outros direitos mais próximos já positivados.

6 PROTEÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Para a compreensão do Direito ao Esquecimento é imprescindível ventilar sobre a proteção e natureza jurídica, para que seja possível fracionar a inquietude gerada pela liberdade de expressão e suas consequências. Alguns autores tratam o Direito ao Esquecimento como novo direito decorrente da sociedade de informação e do uso abusivo da rede. Trata-se de um direito cuja finalidade é bloquear o acesso a terceiros, retificar ou *deletar* dados pessoais decorrentes da revolução digital (RODRIGUES JÚNIOR, 2014). Há também quem defenda a autonomia de tratamento do Direito ao Esquecimento sob a alegação de comportar características intrínsecas que o torna diferente dos demais direitos da personalidade, haja vista o direito ao esquecimento visar o desaparecimento permanente de uma informação pretérita nem sempre relacionada à vida privada do indivíduo, o que faz merecer o tratamento

como um direito autônomo, porquanto merecedor de tratamento diferenciado (SILVEIRA, 2007).

Por outro viés, doutrinadores defendem que o Direito ao Esquecimento decorre de direitos da personalidade já consagrados na ordem democrática do país, a saber: os direitos à intimidade e da vida privada, à identidade pessoal e à honra. Neste interim, faz-se necessário identificar os modos de exercício e os domínios alcançados pelo Direito ao Esquecimento, pois cada dia mais o seu exercício se condiciona ao Poder Judiciário, haja vista a ausência de uma norma regulamentadora específica (LETTERON, 1996). A posteriori, necessita-se verificar se sua proteção se enquadra no suporte fático dos demais direitos fundamentais, consagrados e delineados pela dogmática. Segundo Dworkin (2010), a melhor forma de demonstrar e sopesar um princípio do direito é apresentar sua solidez institucional, ou seja, apontar precedentes judiciais e previsões normativas que o reconheça e fundamente.

7 PERCEPÇÕES E ALCANCE DO DIREITO DO ESQUECIMENTO

Teoricamente, muito se discute o Direito ao Esquecimento, é inegável a forte construção pretoriana por quem precisou ou precisa desse direito, principalmente no que se refere aos seus reflexos na seara cível. Trata-se de um direito construído pelo exercício jurisprudencial sendo corriqueiro as divergências nesse campo. Por isso, o processo de sedimentação desse direito ainda acontece, haja vista a ausência de estabilidade em razão das suas variantes, tratando-se, portanto, de um processo ainda inacabado (LETTERON, 1996). O exercício do Direito ao Esquecimento se orienta das seguintes formas: o privilégio de proibir a divulgação de fatos pretéritos que causam constrangimento ao autor, seja no polo passivo ou ativo da ação; o poder de exibir uma visão prospectiva acerca da sua identidade pessoal e o direito de retificar ou apagar informações constantes dos assentos e banco de dados, de instituições públicas e privadas.

Indubitavelmente, a forma tradicional do exercício desse direito é aquela pelo qual o seu titular pretende impedir que fatos pretéritos sejam amplamente divulgados no presente, haja vista prejudicar o desenvolvimento sadio da sua personalidade e ser potencial para lhe causar danos irreparáveis. É neste momento que o Direito ao Esquecimento se encontra historicamente relacionado com o direito de ressocialização de pessoas que em determinado momento de suas vidas desrespeitaram o contrato social, sendo conseqüentemente condenadas por seus atos delitivos (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Realmente, mesmo quem cometeu um crime, depois de determinado tempo, tem o direito de ver apagadas todas as conseqüências penais do seu ato, considerados o direito à reabilitação, afastando-se a possibilidade de considerar o fato para fins de reincidência, apagando-o de todos os registros criminais e processuais públicos. Se assim é até mesmo em relação à esfera penal, não parece razoável que os atos da vida privada, uma vez divulgados, possam permanecer indefinitivamente nos meios de informação, em casos tais (FARIAS, 2016, p. 201).

Em busca das primeiras defesas do direito a ser esquecido, a dogmática remete a precedentes clássicos do Tribunal Constitucional Alemão, especificamente aos casos *Lebach I*, *Irniger* e *Lebach II*, que iniciaram os debates acerca desse direito, ligado originariamente à ressocialização do preso que já cumpriu sua sentença. No mesmo ritmo segue o âmbito judicial brasileiro, tendo como mais recentes precedentes os casos da *Chacina da Candelária* e *Aída Curi*, decididos pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, alcançando até mesmo a Suprema Corte (MATOS, 2011). Nessas decisões, o que se discutia era o direito de uma pessoa impedir que um fato passado fosse importado ao presente lhe causando constrangimento, certo que se trata de um evento negativo que seria divulgado a um número considerado de pessoas. A manutenção de determinados fatos, a respeito de uma condenação criminal ou qualquer outro acontecimento desabonador na memória de uma pessoa envolvida, tem o poder de eternizar as sanções e os danos outrora sofridos. Baseado em fundamentos semelhantes, todavia, considerando o dinamismo da personalidade humana,

reconhece também a necessidade de uma visão prospectiva da pessoa, haja vista o indivíduo poder alterar as suas concepções acerca de diferentes assuntos, por isso, pugna-se pelo direito de exibir respeito à sua identidade atual, esquecendo-se a pretérita. Ademais, o direito de ser esquecido se estende a terceiros atingidos em desfavor pelo passado de pessoas próximas. Como precedentes jurisprudenciais, pode-se citar o caso da brasileira *Aída Curi* (MATOS, 2011). É oportuno afirmar nesse momento que o Direito ao Esquecimento é corriqueiramente debatido em conjunto com outros direitos decorrentes da personalidade, mais precisamente o direito à intimidade da vida privada, à identidade pessoal e à honra, expressos na ordem constitucional brasileira.

8 DIREITO DE PERSONALIDADE E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A amplitude fática existente no direito fundamental a intimidade da vida privada é imensa, por isso, sua determinação se torna imprecisa, haja vista a presença de um direito demasiado amplo. Além disso, é extremamente complexo distinguir as linhas tênues do público e do privado. Limita-se neste momento conhecer esse direito fundamental a partir do interesse genérico por ele pretendido (MOTA PINTO, 1993). O direito à intimidade da vida privada comporta o interesse jurídico de reservar ou manter em sigilo os aspectos íntimos intrínsecos a vida da pessoa humana, assim como de impor a necessidade de respeitar as singularidades que não são abertas a público, ou ainda, o interesse de evitar o entrosamento da esfera de foro íntimo dessa natureza e ainda, mais especificamente, a necessidade de “ser deixado só” como consequência, tutela-se o não entrosamento na esfera da vida íntima e para além disso a não propagação das devidas informações colhidas (MATOS, 2011).

Acerca disso, a doutrina divide a proteção da privacidade, entre as diversas esferas de proteção, tais como, a esfera da publicidade, a privada e a íntima, sendo essa última a mais fortemente tutelada. A dimensão da publicidade comporta os atos da vida pública do indivíduo,

são praticados com o conhecimento da comunidade ou aqueles que são passíveis de se tornarem públicos, mas com a ciência do sujeito ainda que indiretamente, haja vista o interesse público em sua divulgação (NOVELINO, 2014). Por via de regra, os atos praticados nesse âmbito não possuem proteção de privacidade em desfavor da liberdade de comunicação, a exemplo da exibição em programas de TV, em *blogs* na internet, fatos públicos, assim como os que integram o domínio público do Estado. É pertinente frisar que fatos e informações que dizem respeito à vida pública de uma pessoa no passado pode passar em dado momento a se referir somente a sua vida privada, perdendo o vínculo com o âmbito da publicidade (MOTA PINTO, 1993).

Face disso, um fato público pretérito não terá essa característica para sempre, podendo o decurso do tempo ser suficiente para a modificação da sua natureza pública, justificando o interesse do indivíduo em vedar a sua divulgação ou rememoração. A exemplo dessa situação, pode-se citar celebridades que com o passar do tempo podem perder esse *status*, ocorrendo o intitulado “abandono da celebridade”, refletindo também no seu patrimônio jurídico, sobretudo nos aspectos referentes a proteção da privacidade. Por isso, é cada vez mais comum que informações outrora divulgadas a respeito de determinada pessoa sejam reinseridas na sua esfera privada, possibilitando atacar a publicidade, ainda que, no passado, a divulgação tenha sido própria da pessoa. Em contrapartida, a esfera privada comporta atos e fatos decorrentes da relação entre o indivíduo e a sociedade, não havendo a princípio, interesse público em sua divulgação (MACHADO, 2014).

Definir vida privada é uma tarefa árdua e, seu conceito se modifica de uma comunidade para outra, o que remete a ideia de que cada um tem uma visão do que é uma vida privada, muito embora busca-se definir a privacidade com base em elementos objetivos. Por fim, a esfera íntima corresponde à intimidade da vida privada da pessoa, que em tese não existe interesse público declarado na sua divulgação sem o consentimento ou a renúncia do titular (MOTA PINTO,

1993). A determinação da intimidade é solidificada por meio da ligação entre duas perspectivas, uma interna e outra externa. A primeira, intitulada de elemento volitivo interno que diz respeito a configuração que o titular faz do seu próprio espaço de intimidade, demarcando por si sua concepção acerca do que é público e privado. A segunda, o chamado elemento valorativo externo corresponde ao modo como a comunidade em que o indivíduo se encontra inserido, conforme as respectivas esferas da privacidade, devendo esse elemento ser analisado com cautela, tendo em vista as orientações éticas se modificarem de comunidade para comunidade (FARINHO, 2006).

A densa discussão da intimidade da vida privada orienta a necessidade de contextualizar os direitos da personalidade e os direitos fundamentais de maneira geral face a história, cultura e geografia onde são discutidos, podendo, neste sentido, a proteção ser maior ou menor incisiva dependendo do local onde se queira aplicar. Reforçando o que fora dito em linhas pretéritas, verifica-se relevantes variações na proteção da privacidade no Estados Unidos da América e na União Europeia. Influenciado pela cultura da *civil law*, percorre-se para a implantação de uma legislação mais protetiva da privacidade, noutro viés, nos Estados Unidos é visível a influência da *common law* prevalecendo-se uma pujante proteção das liberdades de expressão e da livre circulação de informações na rede, ante a ausência de uma legislação específica que trate da matéria (ÁLVAREZ CARO, 2015). As inovações tecnológicas estão na origem do direito à privacidade, por isso, a evolução e a difusão das tecnologias testemunhadas na sociedade de informação, apresentam novas demandas à tutela da vida privada, para além da proteção contra a intromissão alheia, em alguma medida o direito individual de abrir mão dos próprios dados pessoais (GACITÚA ESPÓSITO, 2014).

A privacidade e intimidade não se confundem, porquanto a segunda se encontra contida na primeira, diz respeito a um âmbito de proteção mais intenso da privacidade. Importante discorrer que os

modos de exercício podem exaurir a intimidade da vida privada, alcançando o direito à identidade pessoal que é comumente associado ao direito de ser esquecido que permite visualizar a singularidade humana diante das demais pessoas (FARINHO, 2006). Dentre os elementos asseguradores da individualidade, encontra-se o nome, o pseudônimo, a imagem e demais aspectos físicos e exteriores ligado a pessoa, tais como a orientação sexual, religião, ideologia política, dentre outras realidades que permite identificar o indivíduo na comunidade, a partir dos quais a personalidade é projetada no seio social, tornando-o um ser singular.

Os elementos caracterizadores da identidade pessoal são mais mutáveis e reversíveis se comparado as identificações físicas e externas da pessoa, tornando imprecisa a tutela da identidade. Para além disso, toda pessoa possui o direito de mudar suas ideologias e exigir sempre uma projeção atualizada acerca da sua pessoa, em respeito à sua atualidade. Não importa dizer que voluntariamente o indivíduo tenha direito de exigir o esquecimento e o desaparecimento dos registros que anteriormente o identificavam, pois encontram-se outros direitos e interesses também protegidos, constituindo, conseqüentemente, colisões entre direitos, aspecto fortemente intensificado na sociedade da informação (MATOS, 2011). Dentre as formas de exercício do Direito ao Esquecimento trabalhados anteriormente, aquele que remete a ideia de exigir uma visão prospectiva da personalidade, respaldando o seu caráter mutável, como por exemplo, têm-se o direito à identidade pessoal.

O direito à honra também se encontra associado ao Direito ao Esquecimento, este, por sua vez, é analisado sob o viés fático e o normativo. A primeira constituída da análise de elementos empíricos, a última formada considerando critérios ético-axiológicos. No campo da concepção fática, a honra é analisada em uma vertente subjetiva, que diz respeito ao conceito que o indivíduo tem de si mesmo, enquanto a concepção normativa, corresponde a aspectos inerentes à personalidade

humana, ambas se aproximam, por dispensar valoração social a respeito da pessoa (MENEZES CORDEIRO, 2010). Em respeito à segurança jurídica, predominantemente compreende-se ser objeto de tutela somente as concepções normativas da honra, por ser impossível impor um padrão de conduta em observância ao respeito da personalidade moral das pessoas. O direito à honra é definido levando em consideração dimensões ético-axiológicas (dever - ser) exigido a todos que se relacionam com o titular (MATOS, 2011).

Neste empasse, surge a questão de justificar o tratamento inteligente de alguns direitos de personalidade, especificamente o direito ao bom nome, ao crédito e à intimidade da vida privada. O direito ao bom nome remete a noção de reputação, respeito e prestígio que alcança à pessoa no meio social. As funções exercidas, os lugares frequentados, sua realidade familiar e até mesmo a forma de vestir-se pode interferir diretamente em sua qualificação como parte da comunidade, que decorrem expectativas, direitos e deveres sociais. Portanto, o direito ao bom nome é espécie do gênero honra normativo-social que se direciona à reputação da pessoa no âmbito social. Ainda vinculado à reputação está o direito ao crédito, sob perspectivas específicas: solvabilidade, honorabilidade e correção no meio negocial. Assim, um indivíduo terá seu crédito desonrado quando for negativamente atingida a noção que ostenta no mundo negocial acerca da sua capacidade e vontade de cumprir seus compromissos, atingindo-lhe a reputação socioeconômica, percebe-se uma clara distinção entre o direito ao bom nome e o direito ao crédito, pois tratam de dimensões diferentes da reputação.

É possível que a tutela do Direito ao Esquecimento seja cogitada como dimensão do direito ao crédito, discute-se que essa modalidade de proteção do direito a ser esquecido é uma das mais tradicionais, quando sua existência ainda em estágio embrionário circulava o direito penal e do consumidor que antecede às mudanças trazidas pela sociedade da informação. No terreno legislativo já existem fundamentos a limitação

da divulgação de um fato passado em defesa do direito ao crédito. É comum a existência de leis infraconstitucionais afim de limitar no tempo a licitude da inscrição do nome de consumidores em órgãos de proteção ao crédito (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Importante auferir que o Direito ao Esquecimento transcende a regulação de específicos bancos de dados, haja vista atribuir ao titular a prerrogativa de contestar a divulgação em qualquer meio e não somente em cadastros de proteção ao crédito. Distingue-se o direito à honra de demais direitos da personalidade que frequentemente a ele é associado ou conjuntamente tutelado, em razão de a ofensa de um poder satisfazer à violação do outro. Estar-se-á tratando da intimidade da vida privada, a ofensa a esse direito pode ter dano comum à honra, contudo, sendo desnecessária a relação, podendo um ser verificado sem a ocorrência do outro (MATOS, 2011). São pelo menos quatro direitos da personalidade que se encontram vinculados ao Direito ao Esquecimento: a intimidade da vida privada, a identidade pessoal, a honra e crédito, sendo o direito ao bom nome incluído no direito à honra. O Direito ao Esquecimento corresponde a tutela do passado do indivíduo, propondo seu titular controlar o modo como sua vida pregressa é tratada no presente, podendo demonstrar interesse jurídico de proibir a divulgação das respectivas informações, a depender do grau de intimidade delas, além de quão desatualizadas, ofensivas e descontextualizadas.

No que concerne o anseio de apagar ou modificar os registros do passado inscritos em arquivos e banco de dados, repercute em ambos vieses do Direito ao Esquecimento, tanto a baseada na intimidade da vida privada quanto na identidade pessoa, honra ou crédito, portanto, não se altera a natureza jurídica do Direito ao Esquecimento, nem inova para atribuir maior autonomia. A possibilidade de qualquer desses modos de exercício ter como titular um terceiro, pessoa próxima ou envolvida no fato desonroso, discute-se somente seu interesse jurídico de evocar o Direito ao Esquecimento na casuística, não havendo

qualquer alteração quanto à natureza do direito em si (MOTA PINTO, 1993). Os fatos e realidade em relação a alguém pode atingir a privacidade e a honra das pessoas próximas, neste caso, o interessado exerce direito próprio e não direito de pessoa alheia, essa lógica decorre das características do direito da personalidade que por sua vez são personalíssimos e intransmissíveis, entretanto, a aproximação desses direitos da personalidade com o Direito ao Esquecimento, apesar de ser um sintético referencial, não se apresenta suficiente para concluir com precisão que o direito a ser esquecido em uma perspectiva deste, sendo preciso analisar contundentemente se a doutrina sustenta ser o Direito ao Esquecimento, merecedor de independência e que ostenta alguma particularidade que justifique o seu tratamento enquanto direito autônomo se comparado com os demais direitos da personalidade.

9 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Dentre as posições dogmáticas, pelo menos duas afirmam ser o Direito ao Esquecimento merecedor de tratamento autonomizado. Primeiro por se tratar de um direito peculiar da sociedade da informação, uma dimensão do direito à autodeterminação de dados pessoais; segundo por conter prerrogativas que não são baseadas em outros direitos da personalidade, principalmente em razão da probabilidade de pretender o esquecimento de fatos não vinculados à vida privada do titular, os quais, em outro momento foram informados como públicos. *A priori*, as informações eram mais restritas pelos meios de comunicação, eram difundidas por meios de comunicação em suas versões físicas, o que, em geral, há naturalmente um certo esquecimento social a seu respeito, ante a ausência de publicação no meio digital. Com o advento da *Internet* como meio de comunicação mundial, os conteúdos passaram a ser postados em uma biblioteca universal e digital, acessível a qualquer pessoa em qualquer tempo e lugar do mundo (SARLET, 2015).

Em alusão ao que fora dito em linhas pretéritas, pode-se constatar que antes da *Internet*, a informação era freada e propagada na

sociedade pelas camadas sociais mais privilegiadas, controladas pelo poder político e econômico. Com o surgimento da *Internet* e a sua regulamentação como meio de comunicação global, todos passaram a ter acesso sobre o que lhe interessa, o que demanda a necessidade de discutir sobre a licitude do tratamento de dados na rede (FERNANDEZ RODRIGUEZ, 2002). Desenvolveu-se a cultura de “viver em rede”, por isso a *Internet* recebeu um enorme fluxo diário de informações, além de alterar o modo como o tempo é dividido pelas pessoas. Na atualidade, têm-se a sensação de que os dias escorrem mais rapidamente. Nesse universo de dados informatizados, os internautas podem localizar rapidamente qualquer informação existente na rede, até mesmo as mais antigas, a busca auferiu ao usuário um poder de controle sobre o mar de conteúdos digitais (COELHO, 2017).

Os internautas dispõem da pouca proteção oferecida pela rede e passam a renunciar o direito fundamental à privacidade, concordando com a propagação de seus dados pessoais em troca de serviço da *Internet*, ou implantando-os exageradamente nas redes sociais. No entanto, muitas vezes o desrespeito à vida privada decorre da ignorância dos riscos e das consequências de tais atos, não sendo visualizado pelo seu titular que os dados transmitidos são eternamente armazenados, podendo ser utilizados em seu desfavor em momento oportuno (VERÍSSIMO, 2007). As imaturas provocações impostas à dignidade da pessoa humana pela sociedade da informação e pela *Internet* não podem ser enxergadas como fundamento satisfatório à alegação de que o Direito ao Esquecimento se caracteriza como um novo direito. No *ciberespaço*, as informações subjetivas são constituídas em forma de dados informáticos não alterando a natureza do bem jurídico que representam, estando a proteção dos dados pessoais inseridos na seara de proteção dos direitos da personalidade, dentre eles à intimidade da vida privada (FARINHO, 2006).

Há muito tempo, o debate sobre a proteção da privacidade se mistura com o do desenvolvimento de tecnologias que consentem a

invasão da vida privada do indivíduo, desse modo, a *Internet* e as inovações advindas da sociedade da informação desafiam ainda mais o amparo da vida privada, que passou a apontar novas necessidades. Hodiernamente, a proteção da privacidade demanda além da vedação à intromissão externa. Afim de garantir que a privacidade seja protegida, faz-se indispensável atribuir ao indivíduo o direito de dispor sobre seus dados pessoais. Assim, a intitulada autodeterminação dos dados pessoais informatizados se encontram no âmbito do direito à privacidade e demais direitos decorrentes da personalidade (GACITUÁ ESPÓSITO, 2014). Pode-se afirmar que a *Internet* é a “coluna vertebral da sociedade da informação”, e o fato das informações pessoais se propagarem nos meios digitais não altera a natureza jurídica do Direito ao Esquecimento, apesar da existência de novas perspectivas, desafios e relevância para a comunidade jurídica (RALLO, 2014). Ademais, não se verifica pela análise jurisprudencial e legislativa, a sedimentação do reconhecimento a um direito de autodeterminação informacional como uma inédita espécie.

O reconhecimento do Direito ao Esquecimento pelos tribunais brasileiros atravessa uma análise de ponderação, afim de examinar qual direito prevalece, a liberdade de expressão ou os direitos da personalidade. No âmbito legislativo se observa que o tratamento de dados pessoais independe da concordância do titular ou pessoa envolvida, podendo ser justificado em interesse legítimo do responsável pelo direito. O conteúdo tutelado pelo Direito ao Esquecimento ajusta-se com os de outros direitos já conhecidos, sendo ele decorrente da manifestação daquele direito da personalidade mais prolixos e positivados no universo jurídico, não se tratando, portanto, de uma nova espécie de direito. No que se refere à disposição que afirma a autonomia do Direito ao Esquecimento sob a alegação de que ele dispõe de prerrogativas não abarcadas por outros direitos da personalidade, principalmente em razão da viabilidade que se pretende o esquecimento de fatos distantes da vida privada do titular, também não é verificável.

Nestes casos, a aspiração de ser esquecido está anexa também a outros direitos da personalidade, a exemplo do direito à honra, por isso, a informação não precisa essencialmente agregar a vida privada da pessoa em discussão. Em relação a essa segunda opção, é fundamental corroborar o que foi discorrido a priori a respeito de fatos e informações que diziam respeito à vida pública de uma pessoa no passado e que passam a implicar somente a sua vida privada no presente ou no futuro, haja vista a perda de conexão com o terreno da publicidade, saindo da esfera de proteção da privacidade. O mesmo acontece na suposição do denominado “abandono da celebridade”, em que celebridades pretéritas ou pessoas que ganharam fama por alguma ocasião, ainda que de maneira indesejada, deixam de ser famosas, ficando alguns aspectos reinseridos em seu domínio privado (MOTA PINTO, 1993). O Direito ao Esquecimento, portanto, é um direito da personalidade que se aparece com um viés bem definido de outros direitos da personalidade já normatizados, versando uma dimensão de outros direitos fundamentais, notadamente do direito à intimidade da vida privada, à identidade pessoal, à honra e ao crédito.

Por isso, pensa-se esse direito no âmbito de outros direitos fundamentais, trilhando no mesmo sentido a proteção dos dados pessoais informatizados e da intimidade da vida privada, integrando um único processo de conquista e amparo da privacidade humana diante os púberes desafios que surgem com o decorrer do tempo e do desenvolvimento da vida em sociedade. Logo, é natural possuírem raízes ordinárias (ALVAREZ CARO, 2015). O Direito ao Esquecimento deve ser tratado no campo dos direitos fundamentais da personalidade, aproveitando a atinente proteção jurídica possante como um campo de proteção da personalidade humana achegada ao modo com que o passado de um indivíduo é recordado e como os dados pessoais recolhidos são vistos no presente. Essa miragem da dignidade da pessoa humana, teve sua relevância reafirmada pelos novos desafios originados pela sociedade da informação.

10 O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMPARADO

Os enfrentamentos de direitos fundamentais não são fomentados exclusivamente em sede de casuísticas, isto é, quando um tribunal é convidado a decidir. Em abstrato são retirados importantes contributos a sua ponderação, prestados pelo legislador ordinário, por meio de normas jurídicas limitativas, regulamentadoras e harmonizadoras. A abrangência acerca da seara de proteção dos direitos fundamentais possibilita a conversação institucional a respeito da harmonização dos direitos fundamentais, por via da aceitação de normas que regulam colisões, as quais consolidam a solução a ser oferecida em concreto pelo magistrado (ANDRADE, 2012). O conhecimento dos respectivos direitos em análise permite maior facilidade em solucionar as colisões. Importa abordar os amparos legislativos a que o intérprete pode socorrer-se no direito comunitário europeu, realizando-se análise ainda da legislação portuguesa e também brasileira, com o intuito de rodear a problemática em estudo, a qual é causadora de colisões entre direitos fundamentais da personalidade e as liberdades de expressão (MATOS, 2011).

Neste momento da pesquisa, busca-se analisar as contribuições das referidas legislações, enfatizando que no Brasil, a construção do Direito ao Esquecimento encontra-se mais na seara pretoriana, ainda que existente uma legislação protetora da relação do internauta com a *web*. Percebe-se que a Comunidade Europeia, bem como Portugal possuem mais subsídios para a utilização desse direito que de certa maneira ainda se encontra em estágio embrionário.

11 LEGISLAÇÃO DA COMUNIDADE EUROPEIA

A persecução dos objetivos elencados nos Tratados dos quais a União Europeia faz parte é feita por via de atos legislativos, sobretudo por regulamentos e diretivas, os quais são atos que vinculam os Estados-membros. Acerca da proteção dos dados pessoais no terreno da comunidade europeia, relacionado à sociedade da informação e os peculiares problemas objeto da presente pesquisa, é importante

conhecer inicialmente as diretivas n.º 95/46/CE e 2000/31/CE, assim como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais. A diretiva n.º 95/46/CE é considerada o marco legislativo europeu em matéria de amparo de dados pessoais, a qual elenca alguns dispositivos normativos que viabilizam o reconhecimento de um Direito ao Esquecimento. Inúmeros são os artigos que tratam da proteção de dados pessoais e sua circulação na Europa, positivados na referida diretiva. Existem normas na diretiva n.º 95/46/CE que alimentam esse direito, desde que o exercício da liberdade de expressão na casuística não prevaleça em relação aos direitos do titular dos dados pessoais, por isso, trata-se de uma norma harmonizadora de conflitos entre direitos fundamentais (SALLA GARCIA, 2015).

Assim, entende-se que a aludida diretiva da Comunidade Europeia, serve em verdade, como viés harmonizador de conflitos, sendo possível a utilização do Direito ao Esquecimento, ressalvando, que o exercício da liberdade de expressão não se sobreponha aos direitos do usuário titular dos dados pessoais. O art. 6º, n.º 1, da diretiva, disciplina o tratamento de dados, conferindo aos responsáveis pela alimentação de dados lealdade e licitude, além de observarem as finalidades explícitas e legítimas. Sob o enfoque do mesmo dispositivo, constata que os tratamentos de dados devem convencionar-se ao transcurso do tempo, afim de que seja mantida compatibilidade com as intenções para que foram realizadas *a priori*, devendo observar as características de adequação, pertinência, exatidão e atualidade, podendo serem apagados ou retificados se deixarem de atender a essas existências.

Verifica-se, a preocupação do legislador no tocante aos dados pessoais serem condizentes com a identidade pessoal do usuário, por isso, o tratamento de dados não é imutável, uma vez que a globalização trouxe para a sociedade a ideia de inconstância, ou seja, um dado que é pertinente agora, pode não continuar sendo no futuro. Sob esse viés, o Direito ao Esquecimento emerge como uma faculdade do indivíduo

retificar ou apagar dados que não condizem com a sua realidade. O art. 7º dispõe sobre as hipóteses em que o tratamento de dados pessoais pode ser considerado lícito, a saber: mediante a concordância do titular dos dados; existência de previsão contratual que atrele o titular; para cumprimento de ônus legal do responsável pelo tratamento; para atender a interesses essenciais do titular; para exercer interesse público ou exercício de autoridade pública; e quando o tratamento for imprescindível para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não haja prevalência dos interesses ou direitos do titular dos dados (*alínea f*).

O art. 8º, n.º 1, estabelece os dados pessoais sensíveis, os quais possuem rigorosa proteção por ser vedado o tratamento de tais dados pessoais, pois estes relevam a singularidade do ser humano, a exemplo da origem étnica, opiniões públicas, convicções religiosas, filiação sindical, e informações relacionadas à saúde e à vida sexual da pessoa em discussão. Contudo, o n.º 2 do referido dispositivo elenca algumas exceções a essa inviolabilidade, dentre elas, a possibilidade de limitação voluntária de direito pelo titular dos dados; não antevendo aquela cláusula geral de exercício legítimo de direito ou interesse, expressando assim que nesse campo não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão. Em sentido contrário, permite que os Estados-membros adotem outras derrogações a tal proteção, inclusive para adequá-las às normas de proteção à liberdade de expressão (LIMBERGUER, 2011). A diretiva n.º 95/46/CE estabelece prerrogativas aos titulares dos dados, além do direito de informação sobre vários aspectos, os direitos de acesso, de retificação, apagamento e bloqueio dos dados pessoais inadequadamente tratados (art. 12º/b).

Mais uma vez, percebe-se que a Comunidade Europeia trilha um caminho de abordagem ao direito a ser esquecido, pois prevê em sua discorrida diretiva o direito que o titular dos dados tem se retificar, bloquear ou deletar dados que lesionem a sua personalidade em

qualquer aspecto. Adiante, no art. 14 está proposto o direito à oposição, que, tentando a proteção de interesses legítimos do titular dos dados, pode ser exercido a qualquer tempo, principalmente quando este se baseie em exercício de interesse ou de autoridade pública e, ainda, de direito ou interesse do responsável pelo tratamento. Da interpretação metódica da diretiva n.º 95/46/CE, é possível extrair que um tratamento de dados lícitos na origem, pode tornar-se ilícito com o decorrer do tempo, autorizando a pessoa em discussão a exercer as prerrogativas de oposição, bloqueio ou até mesmo exclusão dos respectivos dados pessoais. Aponta-se viável fundamentar o Direito ao Esquecimento no domínio da diretiva n.º 95/46/CE.

Além da discutida diretiva da União Europeia, importa admitir a diretiva n.º 2000/31/CE que trata da prestação de serviços na sociedade da informação e do comércio eletrônico. Por meio dessa diretiva, entende-se que prestação de serviço na sociedade de informação são oferecidos mediante remuneração, à distância, de maneira eletrônica e a pedido individual de um destinatário deles. Nesta definição incluem-se sem grandes empenhos interpretativos, os serviços prestados pelos motores de busca, redes sociais, *blogs*, os quais geralmente são indiretamente recompensados. A diretiva considera que prestador de serviço é qualquer pessoa, singular ou plural, que preste um serviço no ambiente da sociedade da informação. A própria diretiva estabelece à responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, ficando a cargo dos Estados-membros zelarem para que não sejam diretamente responsabilizados, em razão de não serem autores das informações postadas na *web*.

Prestadores intermediários são aqueles que prestam serviços de *mero transporte*, que consiste na disponibilização de acesso a uma rede ou na transmissão de informações não trazidas por eles, e cujos conteúdos não são passíveis de serem modificados por eles (art. 12º); de *armazenagem temporária*, que se refere ao serviço de armazenamento automático, intermédio e temporário de informações, realizado apenas

com o intuito de tornar mais eficaz a transmissão futura da informação a pedido de destinatários do serviço, contanto que não altere a informação, respeite as condições de acesso e renovação do referido conteúdo, não se use da tecnologia para obtenção de dados de uso da informação, e que adote medidas indispensáveis à remoção ou bloqueio da informação, após ciência de que ela deixou de ser disponível na origem, até mesmo quando determinado por autoridade competente (art. 13°); e de *armazenagem em servidor*, que equivale ao serviço de armazenamento de informações fornecidas pelo destinatário do serviço, com a condição de que não tenham ciência de eventual ilicitude vinculada aos conteúdos e, quando tome conhecimento, adote providências para apagar ou bloquear o acesso, assim como não exerça autoridade ou controle sobre o destinatário do serviço (art. 14°). O art. 15, n.º 1, da diretiva norteia para a inexistência da obrigação geral de vigilância dos prestadores de serviços na sociedade digital no que concerne às informações que transmitam e/ou armazenam, assim como de fatos ou ocorrências a elas vinculadas, por isso, não têm eles o dever de fiscalização ativa dos atinentes conteúdos originados pelos destinatários dos serviços que oferecem.

O aprofundamento do estudo conjunto das diretivas 95/46/CE e 2000/31/CE despertam algumas perturbações por parte de autores que estudam a matéria, principalmente em razão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ter reconhecido em 2014, a responsabilidade do motor de busca *Google* em relação aos conteúdos que figura na internet sem ao menos fazer alusão àquelas supressões de responsabilidade expressas na diretiva 2000/31/CE (ÁLVAREZ RIGAUDIAS, 2014). O art. 1, n.º 5/b, da diretiva 2000/31/CE, antecipa expressamente que suas normas não abroham efeitos em relação às hipóteses de aplicação da diretiva n.º 95/46/CE, severamente afastando-se às dúvidas acendidas a respeito da compatibilidade dessas diretivas. Noutra giro, dependendo da interpretação abonada a ambas às legislações, a referida previsão da diretiva n.º 200/31/CE esvazia parcialmente seu conteúdo, principalmente no que concerne às regulamentações a respeito da

responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, uma vez que a diretiva n.º 95/46/CE, no seu art. 3º, regulamenta sua aplicação a todo tratamento de dados pessoais no terreno do direito comunitário europeu, automatizado ou não, afastados apenas aqueles tratamentos realizados por pessoa singular com fins unicamente pessoais ou domésticos, ou aqueles tratamentos direcionados à segurança do Estado e aos domínios do direito penal.

A diretiva n.º 95/46/CE define dados pessoais como qualquer informação acerca de um indivíduo identificado ou identificável (art. 2º/a); conceitua tratamento de dados como qualquer operação seja automatizada ou não, efetivada sobre dados pessoais, englobando diversas operações em forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão (art.2º/b); e estabelece como responsável pelo tratamento qualquer pessoa, individual ou coletiva, que determine os meios de tratamento e as finalidades dos dados pessoais (art.2º/d). Inevitavelmente, diversos prestadores intermediários de serviços estão sujeitos à responsabilização, podendo ser responsabilizados mesmo não havendo influência sobre as informações que transportam ou armazenam, nem obrigação geral de fiscalização da licitude dos respectivos conteúdos, nos ditames da diretiva 2000/31/CE. Os respectivos prestadores apenas se afastam de responsabilização se agirem na condição de subcontratados. Nesta preposição, o responsável pelo tratamento contrata um terceiro para realizar o tratamento de dados por sua conta e risco, determinando aquele os meios de tratamento e as finalidades dos dados pessoais objeto de tratamento (art. 2º c/c art. 23º da diretiva n.º 95/46/CE). Ademais, se desincumbem de responsabilização quando provem que os fatos causadores dos danos não lhe são imputáveis (Art. 23º, n.º 2).

O embaraço apresentado por alguns autores é aceitável, ainda que parcialmente, em consequência da difícil compatibilização das analisadas diretivas europeias acerca da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços no que se refere ao tratamento

de dados pessoais na era digital, o que poderá ocasionar enorme empenho interpretativo a depender da casuística a serem apostas. A diretiva n.º 95/46/CE será, brevemente, revogada em sua totalidade, em razão da entrada em vigor e aplicação do Regulamento Geral Europeu sobre Proteção de Dados Pessoais, que se acredita acontecer em alguma ocasião do ano de 2018, que na condição de regulamento, vinculará diretamente a todos os Estados-membros e dispensará a adoção de normas internas de adaptação para os respectivos ordenamentos nacionais. Na parte expositiva de motivos da proposta do regulamento geral, foi clarificado que, sem embargo da manutenção da validade dos objetivos e princípios abarcados por via da diretiva n.º 95/46/CE. Observou-se uma pulverização da proteção dos dados pessoais no campo da União Europeia, haja vista que a diretiva, espontaneamente, exige normas nacionais de transposição, além de prognosticar a probabilidade de derrogação de suas regulamentações quando adaptadas aos ordenamentos dos respectivos Estados-membros. Soma-se ao fato de ser livre a transmissão de dados pela internet na Comunidade Europeia, inviabilizando que esses problemas sejam tratados na esfera interna de cada Estado, demandando a harmonização dos instrumentos jurídicos e a adoção de um conjunto de proteção à nível comunitário.

Ainda na aludida exposição de motivos, foi ventilado sobre a adoção do Regulamento Geral, o qual tenciona combater o sentimento geral de insegurança perante aos riscos concretos nas operações realizadas na *internet*, que enfraquecem o mercado digital, porque afasta potenciais negociantes e consumidores que temem os perigos de insucesso nas transações, optando-o pelas demais vias comerciais. Os objetivos e princípios da diretiva n.º 95/46/CE foram mantidos. O art. 2º, n.º 3, do Regulamento, prevê a conservação dos arts. 12º a 15º da diretiva 2000/31/CE, concernentes aos prestadores intermediários de serviços, estando o regulamento aplicado sem prejuízo dessa diretiva. No que se refere ao tratamento de dados futuro a um tratamento pretérito com escopo distinto, dispõe o art. 6º, n.º 4, do Regulamento

que não pode o responsável pelo tratamento alegar que o fez com base em interesses legítimos próprios, podendo fundar-se somente no consentimento do titular dos dados, no cumprimento de contrato ou dever jurídico, na proteção de interesses essenciais do titular, no exercício de autoridade pública ou em interesse público legítimo. No que concerne aos dados pessoais caracterizados sensíveis, são denominados pelo Regulamento de categorias especiais, acrescentando-se os dados genéticos e as informações relacionadas à orientação sexual e a condenação penal ou medidas de segurança adjuntas (art.9º), conservando as demais disposições presentes na diretiva, mas prognosticando várias exceções à vedação ao tratamento de dados, prevalecendo até mesmo o consentimento do titular dos dados.

O Regulamento ao tratar das prerrogativas dos titulares dos dados, prevê os direitos de informação, de acesso, de retificação, de portar os dados, de oposição, de não se sujeitar a medidas automáticas de definição de perfis, de ser comunicado de violação de seus dados, de queixa, de indenização, sem prejuízo de outros privilégios e proteções balizadas. No entanto, é no art. 17 que está posto o mais importante objeto dessa pesquisa, o Direito ao Esquecimento, que foi substancialmente disciplinado no regulamento geral sobre proteção de dados pessoais, prevê expressamente o direito a ser deixado em paz e ao apagamento dos respectivos dados pessoais, tendo o titular, desde que abarrotados os requisitos fundamentais, o direito subjetivo ao apagamento dos dados pessoais que lhe digam respeito e à extinção da comunicação deles, principalmente quando os tenha fornecido quando ainda era criança. O Direito ao Esquecimento e o coerente apagamento também é aplicável quando tais dados deixem de ser convenientes à finalidade para qual foram tratados ou recolhidos; se a autorização do titular foi por ele revogado ou tiver expirado o período autorizado; se o titular exerce o direito de oposição em relação a eles; e se, de alguma maneira, o tratamento de dados na casuística não observou as disposições do regulamento. O art. 17, n.º 2, do Regulamento, orienta ainda que o responsável pelo tratamento deve, além de sustar a

comunicação ou apagar os dados, adotar medidas razoáveis para que tal medida seja diligente, de modo inclusivo, informando os terceiros que tenham tratado os mesmos dados por meio dele. O responsável pelo tratamento responde solidariamente pelos atos dos terceiros que tenha permitido a realizar tratamento dos demais dados.

Ainda nos termos do art. 17º, nº 3, o responsável será compelido a providenciar o apagamento dos dados prontamente, salvo se comprovar estar exercendo legitimamente direito de liberdade de expressão; a perquirir interesse público da saúde pública; a visualizar a fins de investigação histórica, estatística ou científica; ou a exercer dever legal de conservação dos relativos dados. Em outras preposições do regulamento (art. 17, nº 4), o responsável deverá restringir o tratamento de dados, quando sua precisão for contestada pelo titular dos dados; quando o tratamento já tenha atingido seu objetivo, mas o responsável os conserve para fins probatórios, quando for solicitado previamente pelo titular que se opõe ao apagamento dos dados combinados ilicitamente; quando em relação a dados implantados em sistemas de tratamento automático, o titular deseja transmiti-los em outros sistema automático. A ressalva ao tratamento supracitado denota apenas a conservação dos dados; o uso para fins de prova; a utilização com a permissão do titular ou para amparo de direitos de outa pessoa, ou demais tratamento indispensável à satisfação de interesse público, mediante aviso do titular. (Art. 17º, nº 5 e 6, do Regulamento). No tocante à responsabilidade pelo tratamento de dados, o art. 77 do regulamento antevê a responsabilidade conjunta e solidária dos responsáveis pelo tratamento dos dados e seus subcontratados, salvo se algum destes comprovarem a não participação nas causas dos danos, neste feito a responsabilidade será afastada.

A disciplina do Direito ao Esquecimento no âmbito do Regulamento Geral é, em diversos aspectos genérica, abalizada por expressões jurídicas não assentadas; por hipóteses pendentes de deliberação legislativa e todos os assuntos tratados no art. 17º, nº 9, do

regulamento. Perseveram os questionamentos alçados a respeito da aplicação das diretivas n.º 2000/31/CE e o Regulamento Geral acerca da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços; uma vez que, não obstante revogar fortuitas derrogações de responsabilidade atribuídas em legislações nacionais, conservou em alento aquela diretiva (art. 2º, nº 3), nada mais sendo disciplinado no Regulamento que promova a compatibilização desses normas. O Regulamento reconhece e rodeia em muitos aspectos o Direito ao Esquecimento, contudo, seu campo de aplicação ainda reserva muitas hesitações a serem resignados por novos atos legislativos e mormente pela interpretação dos Tribunais quando convocados a decidir casos sólidos (CADÍMA, 2007).

12 LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Em Portugal, os basilares atos normativos sobre proteção e circulação de dados pessoais são a lei nº 67/98 que adaptou para o ordenamento jurídico interno a diretiva nº 95/46/CE e o Decreto-Lei 7/2004 que instrumentou a diretiva nº 2000/31/CE, além das previsões constitucionais (arts. 26º, n.º 1, 2 e 3, 35º, 37º e 38º da CRP) sobre o assunto. Anterior as previsões normativas, as consequências jurídicas emanadas pela sociedade da informação e principalmente pela era da internet, dentre as quais a colisão da liberdade de expressão com os direitos de personalidade dos usuários nesse domínio, foram artefato de outras medidas governamentais portuguesas, a exemplo do intitulado Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, patenteado pelo Ministério da Ciência e da Tecnologia Português e aprovado pelo Conselho de Ministros no ano de 1997. O livro verde tendeu a uma reflexão estratégica precedente, voltada a auxiliar na definição das diretrizes a serem seguidas na inauguração da sociedade da informação em Portugal, que já desencadeava seus efeitos, muito embora, não se compare com a amplitude alcançada contemporaneamente. Foram assinaladas medidas e orientações indicadas pelo governo Português para o enfrentamento da nova era,

que lá se anunciou. Observou-se no referido livro, em relação à previsível violação dos direitos humanos, que os processos oriundos da sociedade da informação tornariam arcaicos os modelos tradicionais de regulação, sendo preciso a adoção de intervenções Estaduais que levassem em consideração as particularidades do meio, que intrinsecamente repousa-se na liberdade de expressão, assim como na incoerência de a regulação disfarçar-se de categoria de policiamento moral ou ideológico.

A Lei n° 67/98 que transpôs a diretiva n° 95/46/CE, sustentou essencialmente as definições gerais sobre dados pessoais, tratamento de dados, responsável pelo tratamento; as exigências de qualidade do tratamento; as condições de legitimidade; os direitos de informação, acesso, retificação, apagamento, bloqueio e oposição no que concerne ao tratamento de dados, todavia, algumas alterações faz jus ser respaldadas, principalmente no tocante aos dados sensíveis que a lei portuguesa estabelece restrições mais exigentes à sua transmissão, uma vez que revelam dimensões informativas que se beiram do conteúdo mais fundamental da intimidade e da identidade pessoal. O tratamento de dados sensíveis pode ser realizado, contudo, se autorizado por lei ou pela Comissão Nacional de Proteção de Dados, para perseguição de interesse público importante e indispensável ao pleno exercício de obrigações legais ou estatutária do responsável pelo tratamento; quando permitido pelo titular dos dados; estando o titular incapaz de emitir seu consentimento, for imperiosa à proteção de seus interesses vitais ou de terceiros; para tutela de um direito em processo judicial e quando abertamente forem tornados públicos pelo seu titular.

No que se refere a seara de aplicação, em sentido contrário a diretiva n° 95/46/CE, a lei n° 67/98, em seu art. 4°, n° 7, garante que suas disposições se aplicam ao tratamento de dados pessoais que objetivem a segurança pública, a defesa nacional e a segurança do Estado, por isso, em Portugal, pelo menos nos campos legislativos, as proteção apresentadas pela diretiva europeia n° 95/46/CE também são

estendidas às atividades de segurança do Estado, significando conseqüentemente maior proteção aos internautas (GACITÚA ESPÓSITO, 2014). No Decreto-Lei nº 7/2004 que adaptou a diretiva nº 2000/31/CE, o que interessa para o presente trabalho são as regulamentações em matéria de prestadores intermediários de serviços, situados no art. 12º e seguintes do referido decreto-lei. Nesses dispositivos se definem prestação de serviço na internet e os prestadores intermediários de serviço, que realizam serviços técnicos para que a informação seja prestada, acessada e registrada, sendo prestadores dos serviços de simples transporte (art. 14º), armazenagem intermediária (art. 15º), armazenagem permanente (art. 16º) e associação de conteúdos em rede (art. 17º).

O Decreto-lei nº 7/2004 dissemina a responsabilidade dos prestadores intermediários de maneira diferente a depender dos serviços que ofereçam; prevendo a todos, não obstante, ausência de um dever geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam, assim como de investigação de possíveis ilícitos praticados pelos destinatários (art. 12º). No que diz respeito aos que prestam serviços de mero transporte, estes são imunes de qualquer responsabilidade por eventual ilicitude dos conteúdos que transmite (art. 14º, nº 1). O mesmo se sobrepõe aos que prestam serviços de armazenagem intermediária, ressalvado se não cumprirem os deveres de atualização dos dados, se não remover ou tornar indisponíveis os conteúdos armazenados quando assim ocorrer na origem ou se utilizar a tecnologia para alcançar informação de como explorá-los (art. 15º).

No que se refere aos prestadores intermediários do serviço de armazenagem em servidor e de associação de conteúdo, a exemplo dos motores de busca, somente responde pelas informações que armazenam e associam se tiverem ciência de atividade ou informação cuja ilicitude for relevada e não retirar ou embaraçar depressa o acesso a essa informação (art. 16º e 17º). Os fornecedores de conteúdo, que atribuem origem a conteúdos na rede, responsabilizam-se pelas informações

publicadas de acordo com o regime comum da responsabilidade civil (art. 11 do decreto-lei n.º 7/2004), respondendo diretamente por eles; enquanto que os prestadores intermediários de serviços possuem responsabilidade diferenciada, como delineado acima. Os enigmas interpretativos apregoados por alguns autores acerca das diretivas europeias, virtualmente, também ecoam em à lei n.º 67/98 e ao decreto-lei n.º 7/2004, que instrumentam os atinentes atos normativos europeus, dependendo da interpretação cultivada. Nota-se que a legislação portuguesa, assim como a da Comunidade Europeia não são plenamente garantidoras do Direito ao Esquecimento, pois aparentam relativizar esse direito em face da liberdade de expressão, contudo, nesses países existe uma proteção maior aos dados pessoais o que reforça ainda mais o exercício desse direito que decorre de outros atributos da personalidade.

13 LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, observa-se uma tardia regulamentação da proteção do usuário no *cyberespaço*, a legislação comum não se apresenta suficiente para disciplinar os conflitos em rede, muito embora algumas diretrizes constitucionais orientem para esse manto protetivo, todavia, a lacuna normativa não mais existe. O marco civil da *internet* no Brasil, completa três anos. A Lei n.º 12.965/2014, determina os princípios, garantias, direitos e deveres orientadores para o uso da *internet* no Brasil, contudo, a lei ainda é pendente de novas regulamentações, trazendo normas gerais a respeito do uso da *internet* em seus âmbitos de atenção, muitas vezes direcionando a outras normas que ainda não foram editadas. O ordenamento jurídico brasileiro tutela ainda as liberdades de expressão e informação quanto à probidade moral dos internautas, resguardada pela inviolabilidade da vida privada e proteção dos dados pessoais. No que concerne à responsabilidade civil pelos danos causados, a referida afasta a responsabilidade dos provedores de conexão e de aplicações na *internet* no que se refere às informações produzidas por terceiros. Em relação aos conteúdos que revelem nudez

ou práticas sexuais de cunho privado e sem permissivo do titular, a notificação para retirada poderá ser realizada pelo próprio titular ou representante legal ao provedor de aplicações, cujo conceito se estende aos motores de busca e as redes sociais.

Quanto ao Direito ao Esquecimento nenhuma menção é realizada, contudo, essa prerrogativa pode ser fundamentada no art. 7º, X, da atinente lei, que elenca, dentre outros direitos e garantias dos usuários da internet, o direito à exclusão definitiva dos dados pessoais fornecidos a determinada aplicação de *internet* ao final da relação entre as partes, salvo quando usado para fins de registro da conexão, o que se refere a um tratamento sigiloso e proposto exclusivamente à identificação pelo Poder Judiciário de eventuais internautas violadores (arts. 13 a 17, 22 e 23 da referida lei). Muito embora exista uma pequena intervenção legislativa, compreende-se que as instituições judiciais brasileiras tem adotado uma postura pró-liberdade de expressão, o que fora ventilado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130, quando expandiu o entendimento de que a liberdade de expressão deve ser exercida plenamente sem restrições prévias, de maneira primária, enquanto o direito a intimidade da vida privada e a honra tutelados de forma secundária, por via do direito de resposta e das responsabilidades civis e criminais, após ponderada a colisão em concreto.

Corroborando o que fora dito em linhas pretéritas, o legislador, na exposição de motivos do marco civil em comento, claramente balizou que as opções adotadas priorizam a responsabilidade subjetiva, como meio de preservar as conquistas para a liberdade de expressão, qualificada pela livre produção de informações sem a aprovação prévia, alegou ainda o legislador ordinário que a relativa norma adota como conjectura o princípio da inocência, aventando os abusos como situações excepcionais. Essas são as principais contribuições da legislação infraconstitucional brasileira à harmonização das colisões de direitos fundamentais na internet. O legislador propor-se às particularidades do meio onde advêm essas colisões, destacando as

medidas identificadoras dos usuários praticantes de atos ilícitos, mitigação da responsabilidade dos prestadores intermediários do serviço e elaboração de garantias aos direitos cibernéticos, sem cercear o exercício da liberdade com espécies de censuras prévias, muito embora presente o sustento de matérias e lacunas ainda pendentes de normatização legislativa.

Comparando à atuação legislativa Europeia, que regula substancialmente a internet desde a década de 90, estabelecendo diretivas e diferentes leis nacionais disciplinando-a, até mesmo previsões implícitas e em vias apresenta-las explícitas em relação ao Direito ao Esquecimento, a respeito da promulgação do Regulamento Geral Europeu sobre Proteção de Dados Pessoais, é nítida que a harmonização legislativa dos conflitos na internet e a proteção dos direitos dos usuários nas esferas brasileiras é mais restrito e arcaico. Acompanhando a mesma linha de pensamento exposta em linhas pretéritas da pesquisa, no Brasil, a solidificação de um direito a ser esquecido se apresenta mais em sede de tribunais, o que convém afirmar que a jurisprudência tem sido a responsável pela construção ou desconstrução desse direito. Em razão do trabalho aqui abordado defender o Direito ao Esquecimento, pretende-se agora realizar uma abordagem jurisprudencial reforçativa desse direito em alguns casos brasileiros decididos em favor do “direito a ser deixado só”.

No território brasileiro as primeiras linhas do Direito ao Esquecimento foram na seara do Direito Penal. O tema embora reconhecida a sua importância na doutrina, bem como no direito comparado, encontra-se por aqui, em fase de solidificação pela jurisprudência. Os casos a serem apresentados são o Recurso Especial nº 1.335.153 RJ- Caso Aida Curi e Recurso Especial nº 1.334.097 RJ- Caso Chacina da Candelária. Ambos os recursos especiais são da relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, julgados pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, e abordaram a controvérsia sobre a causa de pedir, que continha em sua celeuma o direito de ser esquecido

(PAZ, 2014). Os Recursos Especiais supracitados possibilitaram ao Tribunal, o reconhecimento ao Direito ao Esquecimento. Em ambas as decisões, assentou-se que o ordenamento jurídico brasileiro permite a tutela do aludido direito, cujo fundamento é a própria Carta Política de 1988 juntamente com a sua base principiologica de proteção ao indivíduo, mais precisamente o princípio da dignidade da pessoa humana, materializada nos direitos da personalidade e consolidada na ressocialização dos titulares. Além disso, a contemporaneidade é imprescindível para fins de ponderação sobre qual o direito deve se sobressair na controvérsia, direito à informação e Direito ao Esquecimento (CRUZ, 2014).

No Recurso interposto pelos irmãos Aida Curi, vítima de assassinato, no ano de 1958, na cidade do Rio de Janeiro. Os recorrentes invocaram o Direito ao Esquecimento, assim como a incidência de indenização por danos morais, materiais e à imagem causados pela ré, ao transportar em programa televisivo, restaurando, por meio de dramatizações, o crime, ainda que a família tenha manifestado o desinteresse da referida veiculação no programa (CRUZ, 2014). O caso alude a morte brutal da sua irmã, neste, a quarta turma do Tribunal Superior de Justiça reconheceu o Direito ao Esquecimento em sobreposição ao direito à informação e de imprensa. O condenado teve o direito de não ter mais suas informações revividas, após ter cumprido a sua pena. A análise dos fundamentos jurídicos não perpassou no terreno da hodierna realidade tecnológica, nem mesmo relacionado a reabilitação e reinserção do condenado no seio social

J. G. D. F ajuizou ação de reparação de danos morais contra a TV Globo Ltda. O autor relatou ter sido apontado como um dos coautores da sequência de homicídios ocorridos em julho de 1993, no Rio de Janeiro, intitulados de Chacina da Candelária, todavia, ao final, o indiciado foi absolvido por negativa de autoria pelo Júri por unanimidade dos membros do Conselho de Sentença (CRUZ, 2014). O autor buscou o seu direito de ser esquecido, de não ser lembrado mais

contra a sua vontade, principalmente em relação a fatos desabonadores, de cunho criminal, mas que se envolveu, mas que, após, fora inocentado. Além disso, o contexto da sociedade moderna tornou tênue a relação entre o público e o privado, de forma que são precisas reflexões, que podem emanar novos direitos ou juvenis perspectivas sobre arcaicos direitos revisados. Destacou-se que frente a conflito entre direitos constitucionalmente consagrados, a Constituição deve privilegiar as soluções protetivas da pessoa humana, respaldando sempre o caso em concreto. O acórdão se posicionou no sentido de reconhecer o Direito ao Esquecimento dos condenados que já cumpriram a sua pena e, principalmente que foram absolvidos em processo criminal. Preferiu-se considerar predominante a esperança que vincula o futuro com o presente, em detrimento da memória que é legítima conexão do presente com o passado, refletindo ainda acerca da presunção legal e constitucional da regenerabilidade da pessoa humana. Deste modo, a quarta câmara negou provimento ao Recurso Especial de Globo Comunicações para manter a condenação em cinquenta mil reais, limitando a solução do caso concreto na reintegração e reinserção social do indivíduo, já reconhecido doutrinariamente.

A Globo Comunicações recorreu ao Supremo Tribunal Federal a fim de induzir a Corte analisar o cabimento de indenização por violação do Direito ao Esquecimento no sistema brasileiro. Para a empresa, a decisão emanada pelo STJ viola a liberdade de comunicação, assim como demais dispositivos constitucionais. Percebe-se com as exposições realizadas que os tribunais superiores brasileiros estão sendo tendentes em que pese o reconhecimento do Direito ao Esquecimento (CRUZ, 2014). Muitos são os desafios trazidos pela Sociedade da Informação, estando esse direito atrelado a esses desafios, já que se torna cada vez mais difícil tutelar a privacidade nas mídias sociais, conseqüentemente dificultando a proteção dos direitos da personalidade no ciberespaço. Ainda que atrasado se comparado a Comunidade Europeia e Portugal, o Brasil vem alcançando muitos pontos positivos na efetivação desses

direito, não se exaure neste momento, a sua consolidação, mas reforça a sua construção diária no caminho para o pleno gozo deste direito sempre que necessário o manto protetivo da dignidade humana.

14 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os eminentes avanços da Sociedade de Informação transcenderam a vida cotidiana dos indivíduos que são direcionados a uma realidade que permite o surgimento de novos direitos e a demandas por novas maneiras de garantir-lhes a tutela. É neste trilhar de raciocínio que se figura o Direito ao Esquecimento, pois frisada a sua relevância, ao ponto que possibilita uma reação controladora do progresso de uma sociedade tecnológica que relega a segunda instância a subjetividade do indivíduo. O reconhecimento desse direito exige que novas formas de abordagem do tema sejam ampliadas, com vistas a tornar efetiva a tutela dos direitos da personalidade. Foram obtidas importantes considerações acerca do âmbito de proteção, natureza jurídica e eficácia do Direito ao Esquecimento. A partir das formas de exercício declarados nos clássicos e contemporâneos casos de reconhecimento desse direito fundamental, identificou-se que o direito de ser esquecido hospeda as prerrogativas de evitar a divulgação de um fato ou realidade pretérita do titular, de *deletar* dados pessoais tratados por outrem e de ordenar a observância de um olhar prospectivo ou atualizado acerca da pessoa em causa.

Verificou-se que, além de se configurar um direito da personalidade, o terreno de proteção do Direito ao Esquecimento está inserido no baluarte fático de consagrados direitos da personalidade, podendo ser visualizado como um direito bem delineado da intimidade da vida privada, honra objetiva, crédito e identidade pessoal, todavia, abalizado pela ausência de atualidade entre o fato ou a realidade e sua publicação ou exibição. O fundamento do Direito de ser esquecido é o mesmo dos Direitos da Personalidade, notadamente na seara do Direito à privacidade, de forma mais elástica, esse direito se insere dentro do princípio balizador da República Federativa do Brasil, qual seja, o

fundamento da dignidade da pessoa humana. Entendido como decorrente deste princípio e visualizado como um direito fundamental dos indivíduos, o Direito ao Esquecimento, na análise da casuística e do sopesamento entre os distintos direitos envolvidos da discussão, tem-se predileção à luz do orientado no texto constitucional, o que significa dizer que não se trata de um direito absoluto e, que não se exclui a sua mitigação perante o caso concreto.

A fim de compreender os fundamentos jurídicos do direito em pauta, é necessário considerar sua implicação com outros direitos. Do mesmo modo que os demais direitos da personalidade, o direito de ser esquecido também permite a limitação voluntária, a aceitação com a violação e até o amoldamento interno de seu conteúdo pelo titular. Com o intuito de adquirir elementos contributivos trazidos pelo legislador constituinte para a resolução da colisão com a liberdade de expressão, foram elaborados fundamentos legislativos do Direito ao Esquecimento, a exemplo da legislação europeia em matéria de proteção de dados pessoais e da prestação de serviços na sociedade da informação. Da análise da Diretiva n.º 95/46/CE restou evidenciado aparelhos que fundamentam o direito de ser deixado em paz e que harmonizam aquele embate.

A previsão apregoada desse direito faz apenas o Regulamento Geral Europeu para Proteção de Dados Pessoais, que não obstante tenha entrado em vigor, sucumbirá a Diretiva n.º 95/46/CE e atrelará diretamente os Estados-membros da comunidade europeia, sem que haja necessidade de serem adotadas leis vernáculas de adaptação. No Regulamento Geral, para além da positivação expressa do Direito ao Esquecimento, são realizadas perfeições equacionamento e harmonizações a respeito da natural colisão com as liberdades de expressão, no entanto, como deve ser, sem exaurir a liberdade de conformação do intérprete. No contexto europeu, aponta-se pela possibilidade de efetiva proteção do Direito ao Esquecimento, contanto, que devidamente ponderado com a liberdade de expressão, ressalvando,

além dos conhecimentos a respeito do conteúdo abstrato dos direitos conflitantes, todos aqueles subsídios cruciais da casuística, o que admite definir os pesos em concreto da concernente colisão e sua consequente saída. Dependendo do contexto social em que se pretende observar o reconhecido o Direito ao Esquecimento, outros arrendamentos poderão surgir, a modelo do que acontece nos terrenos do direito norte-americano, onde se confere uma *preferred position* à liberdade de expressão.

O caloroso debate acerca do Direito ao Esquecimento se encontra distante de finalizar e claramente novas ebulições surgirão por razão da entrada em vigor do Regulamento Geral Europeu para Proteção de Dados Pessoais, com a apreciação de juvenis casos pelos tribunais e em consequência do desenrolar da sociedade da informação em todo o globo, haja vista ser a internet um fenômeno global, o que repelirá as mesmas contendas ora abordadas a diferentes outros contextos. A jurisprudência brasileira, que muito embora tenha alargado os seus passos na consolidação do reconhecimento do Direito ao Esquecimento, por meio das decisões dos Tribunais Superiores de Justiça, mormente, não aparentam querer incidir na problemática concernente ao terreno da *internet*. Essa afirmação não suprime a magnitude das decisões ao passo que inauguram novos caminhos para que o tema seja mais desenvolvido e aplicado à luz do ordenamento jurídico pátrio. Em notas conclusivas, o trabalho não se esgota pelos argumentos suscitados, haja vista a ausência de posicionamentos sedimentados, especialmente, pelo fato de as partes vencidas, nos casos brasileiros, demonstrarem o *animus* de recorrer a Suprema Corte.

Portanto, o Direito ao Esquecimento vem adquirindo novos contornos, em razão da informatização, não se pode ignorar a realidade de que a privacidade encontra-se em uma linha tênue entre direito de informar e o direito a esquecer. A concessão ou não desse direito tem levado em consideração os critérios de ponderação, no entanto, a presente pesquisa defende o direito que o homem tem de gozar da sua

plena personalidade e toda vez que encontra-se perante limites a esse exercício, pode-se afirmar que, condiciona os atributos de sua dignidade a fatores externos como é o caso da liberdade de informação. Caminha-se para a plena efetivação desse direito, espera-se que as legislações brasileiras continuem se aperfeiçoando no tocante as relações dos usuários com o *ciberespaço*, uma vez que a promulgação da Lei do Marco Civil na Internet não fora por si só capaz de resolver os problemas emergentes da Sociedade da Informação, nem mesmo a consideração de que esse direito decorre dos demais direitos inerentes à personalidade humana.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- ATHENIENSE. A. **Internet e o direito**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.
- ÁLVAREZ CARO, María. **Derecho al Olvido em Internet: el Nuevo Paradigma de la Privacidad em la Era Digital**. Madrid: Editorial Reus, 2015.
- ALVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia. **Sentencia Google Spain y Derecho al Olvido**. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2014, número 38, p. 110-118.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. **Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola**. Rio de Janeiro: UERJ, 2002.
- CÁDIMA, Francisco Rui. **Média e Sociedade de Informação**. In Sociedade da Informação o Percurso Português. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CHAVES, Cristiano Farias de. **Parte Geral e LINDB**. Editora Juspodvim. 2016.
- _____. **A era da informação: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, v. 1, 1999.
- COSTA, Cristina. **Sociologia: Introdução à ciência da sociedade**. 4. ed. São Paulo: Moderna, 2010.
- COELHO, José Dias. **Sociedade da Informação o Percurso Portugues**. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.
- CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. **O Direito ao Esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Direito das Comunicações. Vol 7, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FARINHO, Domingos Soares. **Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço**. Coimbra: Almedina, 2006.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La Modulación de la Libertad de Información em Internet**. In Derechos Fundamentales y el Estado. Cordenação de Miguel Carbonell. Primera edición. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do comércio eletrônico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARCITÚA ESPÓSITO, Alejandro Luis. **El Derecho Fundamental a la Protección del Datos Personales en el Ámbito de la Prevención y Represión Penal Europea**. Universitat Autònoma de Barcelona, Tesis Doctoral, 2014.

GEHARDT, Tatiana Engel. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2009.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991.

GODOY, A. S. de Moraes. **O Pós-Modernismo Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

_____. **Globalização, neoliberalismo e o direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004.

GOMES, José Emília Amaral. **Fragmentos Digitais**. In Sociedade da Informação o Percuro Portugues. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

GRECCO, M.A.. **Internet e direito**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: aspectos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

IANNI, Octavio. **A sociedade global**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

LESSIG.L. **Code – and other laws of cyberspace**. New York: Basic Books, 1999.

LETTERON, Roseline. **Le droit à l’oubli. Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et a l’étranger**. 2-1996, p. 385-424.

LIMBERGER, Têmis. Da Evolução do Direito a ser Deixado em Paz à Proteção dos Dados Pessoais, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto** (2011), ano VIII, p. 267-292.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. (v. 1).

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. A Glória, a Honra e o Poder. **Revista de Legislação e de Jurisprudência** (janeiro-fevereiro, 2014), ano 143º, nº 3984, p. 175-189.

MAGALHÃES, Luís T. O Desafio de Hoje Para Sociedade da Informação. **In Sociedade da Informação o Percuro Português**. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome. Coimbra: Almedina, 2011.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. **Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome**. Coimbra: Almedina, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António. **Direito Civil Português**. Coimbra: Almedina, 2010, Volume II, Tomo III.

MOREIRA, José Manoel. **Ética e Sociedade da Informação e Conhecimento**. In Sociedade da Informação o Percurso Português. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

MOTA PINTO, Paulo. **A Limitação Voluntária do Direito à Intimidade da Vida Privada**. In Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, vol. II.

_____. **O Direito sobre a Reserva da Intimidade da Vida Privada**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1993), vol. LXIX, p. 479-586.

NEVES, Artur Castro. **Como Definir a Sociedade da Informação?** In Sociedade da Informação o Percurso Português. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9^a ed. São Paulo: Método, 2014.

PAZ, José Evandro Martins. **"Fundamentos jurídicos do direito ao esquecimento."** (2014).

RALLO, Artemi. **El Derecho al Olvido en el Tiempo de Internet: la Experiencia Española**. Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. Versão disponível no catálogo da Universitat Jaume I (ID 66654).

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direitocomparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimentoculpa-erros-humanos>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecidoapagar-dados>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SALLA GARCÍA, Javier. **El Periodismo Especializado Frente al Derecho: Protección de Datos y Responsabilidad del Periodista** (2015). Tese de doutorado disponível na base de dados da Biblioteca do Conhecimento Online B-on. Universitat Abat Oliba, Barcelona (Número de Acesso: tdx.10803.362660).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitosfundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 29 out 2017.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **O direito na pós-modernidade: globalização, sociedade e identidade social**. 2009.

TEUBNER, Gunther. **Bukowina global**. Impulso. Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003.

VERÍSSIMO, Paulo Esteves. **Sociedade da Informação, Sociedade (in)Segura?**. In Sociedade da Informação o Percurso Português. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

CAPÍTULO VIII

ANÁLISE DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOB A ÓTICA DA TEORIA DA QUEBRA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO E A SUPERVENIÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19

ISAIAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO

1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional com o evoluir social, ganha amplo poder de mandamento de otimização das demais fontes normativas, não tratado neste trabalho, a Constitucionalização do direito é tema de suma importância e fonte da fundamentação em reanálise do direito privado, ou seja, da relativização do direito privado em favor de toda uma coletividade ou de direitos fundamentais do indivíduo enquanto pessoa. Na temática levantada neste trabalho, o consumidor.

Nesse norte, o presente Artigo faz a exposição de Teorias que buscam fundamentar a criação de mecanismos de mitigação do Princípio *Pacta Sunt Servanda*, consequentemente demonstrando que o mesmo não é absoluto e, nessa linha, o trabalho segue para expor que quando supervenientemente ou não surge uma causa que tornou um contrato ou cláusula deste, excessivamente onerosa ao consumidor, essas Teorias vêm para fundamentar a possibilidade de resolução em benefício de ambas as partes, sempre buscando soluções que façam o contrato cumprir o seu fim sem levar prejuízos, num elo de cooperação e Boa-fé.

Para tanto, é necessário à demonstração por parte do consumidor que em razão da Pandemia da Covid-19 e as medidas Estatais de prevenção e combate, ao exemplo do distanciamento social e do não funcionamento de estabelecimentos comerciais não essenciais, as cláusulas de determinado contrato se tornaram impossíveis de serem cumpridas, no caso em epígrafe, é necessário demonstrar que a impossibilidade do trabalho ou de exercer a função mantenedora da adimplência econômica do contrato, em razão das medidas de saúde adotadas são alicerces para a resolução de cláusula de contrato de alienação fiduciária em garantia, logicamente, para reduzir o valor da parcela mensal.

2 TEORIAS ALICERCES DE DIREITO A REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL

Como visto na introdução, o presente trabalho se atentará a revisão de cláusula contratual que se tornou onerosamente excessiva na linha das relações de consumo, momento este, indispensável o destaque da Súmula 297 do STJ, “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Em regra, o evoluir das normas é no sentido de equilibrar determinada situação fática jurídica que se encontra em desacordo com os princípios máximos do direito, portanto, o CDC vem para ocupar uma função garantidora de direitos ao consumidor que, historicamente ocupou um polo de grande desvantagem na relação contratual.

O direito do Consumidor a revisar um contrato que se tornou onerosamente excessivo, ampara-se em diversas Teorias, ambas contidas como fundamento de ordem civil e de consumo, todavia, de forma concisa, faremos a exposição das três preponderantes na pós-modernidade trazidas do Direito Italiano, Francês e Alemão, e, por último, eleger a que mais se adequa a situação fática das relações jurídicas de consumo. Nesse diapasão, a Teoria da Imprevisão:

A referida cláusula de influência italiana foi designada pela doutrina moderna como Teoria da Imprevisão, visto que se baseia na revisão contratual fundada na imprevisibilidade dos fatores supervenientes que suscitavam excessiva onerosidade para uma das partes do negócio jurídico, de maneira que é pressuposto da Teoria da Imprevisão o fato de que, na ocasião do fechamento do negócio, as partes não tinham condições de prever os acontecimentos ocorridos (NUNES, 2008, p. 141). Código Civil - Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Portanto, quando se tem um Contratante que por causas subjetivas, goza de uma única fonte de renda, ocupa exclusivamente uma função que por motivos naturais alheios a sua vontade ficara impedido de honrar com seus compromissos, estar-se-á diante da imprevisibilidade, contudo, notório é, que a humanidade já passou por

grandes estiagens, pandemias, dentre outros fatos naturais, logo, a imprevisibilidade estrita não se mostra adequada a pós-modernidade.

No intuito de vencer essa falha ou inadequação por evolução das relações contratuais com o advento das diversas tecnologias e a expansão desenfreada do mercado de prestação de serviços e produtos. Surgiu a Teoria da Onerosidade Excessiva, para mitigar e afirmar que não é um fato imprevisível que alicerça a revisão contratual, mas as consequências que tornaram as cláusulas excessivamente onerosas que fundamentam uma readequação de cláusulas.

De modo geral, as leis transmutam-se com o evoluir social, a Teoria dos Contratos não é diferente, nesse norte, como dito acima, principalmente com o advento da tecnologia, os conceitos primórdios criados para tornar contratante e contratado subjetivamente equitativos com referência as obrigações, hoje, estão revestidos por diversos princípios de otimização, pois perderam o aspecto de proteção em razão da evolução das relações. Constitucionalmente conhecido como Princípio Mãe, a Dignidade da Pessoa Humana constitucionaliza o ramo civil trazendo a Boa-fê, probidade e a equidade, assim como a confiança entre as partes, tendo o Judiciário trabalhado neste sentido de tornar útil o contrato e fazer prevalecer à justiça social.

E assim, por último, surge na Alemanha a Teoria da quebra da base do negócio jurídico, que Karl Larenz (1997) “preconiza a base objetiva do negócio como sendo as circunstâncias objetivamente necessárias à permanência existencial do contrato, sustentando a relativização da vontade para o qual fora concebido em sua forma original”. Portando, a citada Teoria vem afirmar que é necessária a existência de mecanismos adaptadores do mesmo contrato as novas circunstâncias, que em suma, são indesejáveis a todas as partes.

Na análise proposta pelo trabalho, ou seja, a possibilidade da resolução de cláusula contratual que em razão da Pandemia da Covid-19 se tornou excessivamente onerosa ao consumidor, não é diferente, está-se diante da quebra da base do negócio jurídico, uma vez que, com

a referida Pandemia que se alastra no Mundo, da COVID-19, ainda que a Teoria eleita não exija a previsibilidade de prejuízo futuro, tratando-se de Consumidor revestido de subjetividades que demonstre a onerosidade excessiva, apto estará a buscar seu direito. Nesse norte, havendo demonstração de causa superveniente que tornou a execução primária do contrato excessivamente onerosa ao Consumidor, importante ratificar com a melhor Doutrina.

No direito brasileiro, este parece ser o fundamento da revisão contratual por onerosidade excessiva no âmbito do CDC, posto que à distinção da solução apontada pelo direito civil, o direito do consumidor, sob a ótica de revisão enquanto direito subjetivo do vulnerável, confere previsão de revisão por fato superveniente que torna as prestações excessivamente onerosas, no entanto, de forma objetiva e diferenciada das exigências da lei civil (MIRAGEM, 2008, p. 128-9).

Leciona também o eminente Advogado Luís Fernando do Vale (2020), *É mister* ter-se em vista que a regra está circunscrita às relações de consumo. Mas é tão amplo o conceito dessas relações que a repercussão da regra na vida cotidiana pode ser sensível. Assim, vê-se como tem evoluído o contrato, talvez no sentido de sacrificar a amplitude de seus princípios básicos em favor das restrições que almejam torna-lo mais justo e mais humano.

3 “DIRIGISMO JUDICIAL” E A RESOLUÇÃO DE CLÁUSULA QUE SE TORNOU EXCESSIVAMENTE ONEROSA

Após a explanação Teórica que alicerça o direito à resolução de cláusula contratual que se tornou onerosamente excessiva, no caso em apresso com um agravante, a superveniência de uma Pandemia, percebe-se que ambas as teorias se adequam ao caso concreto, todavia, como se trata de uma relação de consumo, é lógica a eleição da Teoria mais vantajosa ao consumidor que é a regra estabelecida no art. 6.º, inciso V, parte final, do CDC.

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

O Mundo, segundo informações prestadas pela Organização Mundial da Saúde – OMS, enfrenta e enfrentará por no mínimo 1 (um) ano um vírus mortal, que origina a doença conhecida como COVID-19, hoje, o maior remédio para prevenir a infecção altamente contagiosa é o distanciamento social, existindo no âmbito de todo território social medidas legais que vedam a aglomeração de pessoas, dentre outras ordens cerceadoras do direito de ir e vir, porém, ponderadamente sustentada no direito a vida. Para tanto, legalmente, é necessário que o Poder Judiciário faça uma análise criteriosa da cláusula contratual que se tornou excessivamente onerosa, levando em consideração as causas ensejadoras desta análise, outrora dirigindo impessoalmente a situação fática aplicando a justiça social e humanamente, reconheça haver evento superveniente que ocasionou o desequilíbrio contratual e impossibilidade de cumprimento do mesmo que, não levará apenas prejuízo ao Consumidor que em regra “perderá” o seu bem, mas para o Credor/fornecedor de serviço que haverá de promover todas as medidas legais para o determinado fim.

Tratando-se dessa modalidade de contrato e Teoria aplicada ao caso concreto, no nordeste, são dois fatores ensejadores da resolução, tanto a longa estiagem quanto a COVID-19, são causas que tornam excessivamente onerosa para determinada classe trabalhadora a manutenção de valores de prestações. Portanto, faz jus a resolução do contrato e reconhecimento do direito do consumidor a novamente ter todas as cláusulas do contrato equitativas e não onerosas. Não sendo possível a resolução da cláusula de modo extrajudicial, diretamente com o credor/fornecedor do serviço, é necessária a intervenção judicial para tornar novamente o contrato equilibrado, sob pena, de sua rescisão por inadimplemento total por parte do consumidor. Portanto, sob a égide de amplos direitos que vem para afastar a desproporcionalidade de avenças consumeristas, certo é, que só o

consumidor é revestido pelo direito de mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* através da responsabilidade objetiva. Apenas por critério de fundamentação, em detrimento a Teoria do Risco imposta ao fornecedor de produto ou serviço, ampara-se a demanda na Responsabilidade Objetiva *vide* Súmula 297 do STJ.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado atual de saúde ao qual se encontra o Mundo, logicamente o Brasil, faz surgir diversas situações ensejadoras de provocação da ponderação de direitos fundamentais. Existe uma gama de direitos que “nascemos sabendo ter”, dentre estes, sem dúvida, o direito a simplesmente viver, portanto, é nessa linha, que neste momento de exceção, a ponderação é de prevalecer o simples fato de viver.

Neste norte, sob a possibilidade de resolução de cláusula contratual que se tornou onerosamente excessiva, logicamente quebrando a base do negócio jurídico em razão da Pandemia da Covid-19, isto, restringindo o presente trabalho aos contratos de cláusulas contínuas, especificamente os de Alienação Fiduciária em garantia, é possível aplicar a Teoria da quebra da base do negócio jurídico, demonstrando que as medidas de prevenção e combate a Covid-19 simplesmente tornaram a/as cláusulas contratuais onerosamente excessivas pelo simples fato do isolamento social ou qualquer outra justificativa plausível e no caso, por ser relação de consumo, tendo o benefício da aplicação da responsabilização civil objetiva.

Por fim, é necessário após a análise criteriosa de determinado concreto que a flexibilização do direito exige e se fundamenta na busca do equilíbrio do conseqüente desequilíbrio, no caso em apresso, trazendo mecanismos garantidores da equidade e, portanto, relativização do princípio da *Pacta Sunt Servanda*. No caso em apresso, não se aplica a Teoria da Imprevisão, haja vista, a previsibilidade em cláusula contratual de uma Pandemia ser possível.

REFERÊNCIAS

GUILHERME, LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA. **Manual de direito civil**. 3 ed. São Paulo: Manole, 2020, p.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1997, p. 94.

MIRAGEM, Bruno et al. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 125-129 p.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.141.

CAPÍTULO IX

ANÁLISE DISCURSIVA DO FILME *AMSTAD*: Luta pelo direito de liberdade

Joaquim Cardoso da Silveira Neto

1 INTRODUÇÃO

A análise do discurso propõe-se a analisar todos os tipos de textos, e entre eles está o texto filmico. O presente artigo tem o objetivo de levantar os sentidos claramente expressos nas sombras dos discursos realizados na película *Amstad* tanto pelos negros escravizados e brancos escravocratas quanto pelas notícias produzidas pelos jornais da época.

O enredo desenvolvido no filme faz uma referência a um acontecimento real/verdadeiro dos anos 1839, em que quase 60 negros, a bordo do navio negreiro *La Amstad*, chegavam na América do Norte. Os fatos contam, inicialmente, as agruras e dores que os escravos tinham que suportar a fim de sobreviver até chegar em terra firme, passando pelo julgamento até alcançarem a liberdade.

Quando o navio *La Amstad* vai se aproximando da ilha de Cuba, o negro Cinqué, habilidosamente retira as correntes e liberta os outros negros escravizados, eles tomam o navio e matam toda a tripulação, mas mantém dois homens vivos, os quais conduziram *La Amstad* para a África novamente. Como os africanos não conheciam a rota de volta para o continente africano, os espanhóis, com medo, enganam Cinqué e os demais, e levam *La Amstad* para as terras dos Estados Unidos da América. Chegando na América, os negros são encarcerados e vão a julgamento.

O filme evidencia que o rei da Espanha dizia ter direito de posse sobre tudo o que estava a bordo da embarcação, já a Marinha Americana, depois das perdas nos combates pelo *La Amstad*, afirmava categoricamente que o navio e sua bagagem material e humana lhes pertenciam, e, por fim, os dois espanhóis deixados vivos pelos africanos, também disputavam pelo navio, aproveitando-se da situação.

Em contraposição a esses três grupos, havia aqueles que constituíam as lutas pela absolvição da escravidão, no ensejo dos direitos humanos, os quais pediam a libertação de todos aqueles negros e o reenvio para a África, sua terra mãe. E tudo isso estava acontecendo

sem que houvesse nenhuma forma de comunicação com os principais envolvidos: os negros. Os jornais da época deram enorme destaque em suas manchetes a essa disputa pela libertação e também pela escravização. Fica evidente que havia grande polêmica entre os grupos partícipes desta causa. De acordo com Maingueneau (1983, p. 125), “O exercício da polêmica supõe a partilha do mesmo campo discursivo e das leis que lhe são associadas”.

O advogado Baldwin assumiu a defesa do grupo dos africanos, fez o levantamento de tudo o que havia no navio, inclusive descobriu que todos foram retirados de Serra Leoa como prisioneiros, produto do tráfico negreiro. Diante das novas informações, o governo americano nomeia outro juiz para impedir os planos da defesa.

Por ironia, o advogado de defesa dos negros encontra um africano, que falava inglês muito bem, e ele contribuiu, ouvindo e traduzindo tudo o que Cinqué contava em sua língua materna, revelando as direções tomadas, a violência sofrida no momento em que foram privados da liberdade e em que ficaram debaixo de um pesado jugo e as péssimas condições do porão do La Amstad.

Dessa forma, quando a barreira linguística caiu, o juiz compreendeu o contexto em que se deu todo aquele quadro, e determina o direito de liberdade dos africanos, além de ter garantido a viagem de volta a Serra Leoa, tudo pago pelo governo dos Estados Unidos. A decisão do juiz deveria passar pelo crivo da Suprema Corte Americana, formada por escravocratas. Ante a isso, Baldwin recorre ao ex-presidente John Quincy Adams, o qual consegue convencer a Corte de que os africanos eram donos da própria liberdade. Após todos esses fatos, o filme volta a centrar-se em Cinqué, já em sua terra pátria, que não encontra sua família. Essa análise, por sua vez, servirá de base para uma proposta de sequência didática que sugere o trabalho com o mesmo filme juntamente a crianças do 9º ano do ensino fundamental).

Diante desse cenário, Santos (2013, p. 233) afirma categoricamente que:

Assim, a análise do discurso passa a ser entendida como uma disciplina interpretativa, não mais presa ao “narcisismo da estrutura”, com procedimentos e etapas fixas. O discurso agora é entendido em uma eminência histórica e social, em que a linguagem é apreendida não como mera unidade significativa, passível de decodificações, mas como efeito de sentido entre sujeitos.

Segundo Foucault (1997, p. 56), “os discursos [são] práticas que formam sistematicamente os objetos de que falam”. Essas práticas surgem de acontecimentos históricos, representados nas formações discursivas bem como nas experiências das formações não discursivas. O autor (1997, p. 55) afirma que:

Quando se descreve a formação dos objetos de um discurso, tenta-se identificar os relacionamentos que caracterizam uma prática discursiva, [prática esta que se refere ao] lugar onde se forma ou se deforma, onde aparece e se apaga uma pluralidade emaranhada - ao mesmo tempo superposta e lacunar - de objetos.

Dessa forma, este trabalho busca analisar como os objetos discursivos acontecem nos discursos. Assim, é importante ‘revelar’ os sentidos representados na obra filmica em um período da história. Vale ressaltar que o filme *Amstad* trata, em suas fieis representações, sobre liberdade, escravidão e luta, para citar apenas alguns conceitos que saltam dele.

2 O FILME AMSTAD: UM CAMPO DISCURSIVO

É preciso, fundamentalmente, inseri-lo [o fato linguístico] num complexo mais amplo e que o engloba, ou seja: na esfera única da relação social organizada. Assim como, para observar o processo de combustão, convém colocar o corpo no meio atmosférico, da mesma forma, para observar o fenômeno da linguagem, é preciso situar os sujeitos – emissor e receptor do som –, bem como o próprio som, no meio social.

(BAKTHIN, 1992, p. 70).

O filme *Amistad* conta os acontecimentos que giraram em torno da prisão do navio de mesmo nome, tripulado por 53 negros retirados, à força, de suas terras na África.

O nome atribuído ao filme possui uma carga semântica de alta ironia, pois o navio La Amistad (amigável; amigo; amistoso) não possui nada de amistoso, muito pelo contrário, os negros africanos aprisionados sofreram grandes perdas e violências.

Sobre a ironia, Ducrot (1987, p. 198):

Para que nasça a ironia, é necessário que toda marca de relato desapareça, é necessário “fazer como se” este discurso fosse realmente sustentado, e sustentado na própria enunciação. Esta é a ideia que procuro deixar dizendo que o locutor “faz ouvir” um discurso absurdo, mas que o faz ouvir como o discurso de um outro, como um discurso distanciado.

Amistad lança mão de vários recursos de forte semanticidade presentes nas palavras, nos objetos e nas roupas dos personagens. Símbolos que vão sendo semeados de forma que se começa a perceber todas as tramas traçadas no enredo em relação ao negro e aos dois grupos de brancos estadunidenses: os do norte e os do sul.

Por isso que o referido filme torna-se um campo discursivo, o qual, segundo definição elaborada por Maingueneau (1984, p. 28), é “um conjunto de formações discursivas que se encontram em concorrência, se delimitam reciprocamente [...]”. E esse embate discursivo concorrente, afirma o pesquisador, pode ser compreendida na dimensão *lato sensu*, e, assim, ele afirma que “ela inclui tanto o afrontamento direto quanto a aliança, a neutralidade aparente [...] entre discursos que possuam a mesma função social e divergem sobre o modo como se deve ocupá-la” (op. cit, 1984, p. 28). O campo discursivo, em reflexão neste artigo, é contemplado e inscrito na categoria dos muitos e contrários posicionamentos de discurso concernentes a diferentes formações discursivas, que emergem do filme *Amstad*, os negros, os espanhóis escravocratas, o juiz, os brancos e as manchetes dos jornais dos anos de 1839.

Essa visão bifurcada ficará muito clara a partir do momento em que a película retrata jornais noticiando o ocorrido com o navio La Amistad, envolvendo os negros africanos. Para os brancos donos dos jornais, que defendiam a escravidão como maneira de garantir o desenvolvimento do país, o que aconteceu em alto mar foi uma atrocidade, um grande crime contra o povo branco.

Em contrapartida, para os negros que escreviam jornais, o fato se vestia das roupas de um povo há muito subjugado ao tom branco da pele daqueles ditos colonizadores. As duas manchetes dos jornais traziam as seguintes palavras: o dos brancos escravocratas: ‘O massacre no mar’. Nas palavras de Maldidier, Guilhaumou e Rob (1994, p. 9):

o acontecimento discursivo não se confunde nem com a notícia, nem com o fato designado pelo poder, nem mesmo com o acontecimento construído pelo historiador. Ele apreendido na consistência dos enunciados que se entrecruzam num momento dado.

Os vocábulos utilizados dão a conotação da visão que permeia esta nota de manchete. Trata-se do posicionamento daqueles que lucram, de alguma forma, com a escravidão. O termo ‘massacre’ designa uma cena de assassinatos em que o ‘assassino’ praticou tal ato sem, ao menos, ter um argumento que pudesse justificá-lo. Além disso, o termo conota certo derramamento de sangue de pessoas inocentes.

Em conformidade com Rodrigues (1990, p. 58), qualquer tipo de notícia divulgada tem que ser compreendida como manifestação de um meta-acontecimento do discurso, isto é, sob outro ponto de vista, “uma espécie de acontecimento segundo, provocado pela própria existência do discurso jornalístico”.

Se se entender o fato/acontecimento como se fosse o que “irrompe acidentalmente à superfície dos corpos como reflexo inesperado, como efeito sem causa, como puro atributo” (RODRIGUES, 1990, p. 62), o sufixo “meta” citado acima – “para além de” – deixa evidenciado o forte argumento de que o fato jornalístico terá uma outra roupagem, uma

tipo de ‘recontação’, e assim, ao publicar o ocorrido, finda, o jornalista construindo outro acontecimento dentro da própria tessitura da notícia contada.

De acordo com Pimentel (2011, p. 92):

O discurso cinematográfico, por sua vez, necessita da articulação da imagem e do movimento para expressar sua intenção comunicativa de trazer o espectador para o mundo da ficção, de modo que ele possa encontrar aí uma versão capaz de elucidar confrontos com dificuldades e impasses do cotidiano.

O que se pode afirmar aqui categoricamente, é que o fazer da notícia está alicerçado numa construção da escrita do fato, ou, no entendimento de Certau (2008), a escrita sobre algo tem de ser compreendida numa pretensa estruturação e organizacional de significantes ao derredor de um fato/acontecimento que percorre da prática ao texto propriamente, e, a isso dá-se a reflexão de que o fazer do jornalista estará sempre subjugado a certa ordem estrutural do discurso.

Consoante Certeau (2008), escrever um texto, seja ele qual for, possui como base a complementaridade muito particular, que vai de uma semantização, ou seja, a “edificação de um lugar de sentidos”, a um trabalho de rearranjo, conseqüentemente, diante deste contexto, erguendo-se uma abertura para a consecução do entendimento e inteligibilidade através do dado da normatividade.

A segunda manchete – que também revela um discurso - que aparece no filme, denominada ‘Luta pela liberdade no mar’ traz o mesmo cenário, os mesmos atores, o mesmo cerne, o mesmo espaço, um quase mesmo discurso, no entanto, na ótica discursiva daqueles que compartilham do mesmo tom de pele ou, até mesmo, da mesma filosofia humanitária da liberdade.

Pelos termos utilizados, percebe-se que os autores fizeram a descontextualização do acontecimento, planejando, certamente, a recontextualização do fato, de acordo com as palavras da expressão.

Vale destacar que não há mudança de espaço, nem de personagem, apenas uma outra maneira de dar e de entender a notícia.

A manchete ora analisada pressupõe o posicionamento de apoio ao fato, pois o vocábulo **‘luta pela liberdade’** dá a entender que algum sujeito está ansioso por realizar uma ação que trará proveito, conquista, de algo que lhe foi retirado, suprimido, dizimado. Cinqué⁵⁸: “Deixa nós livre!”. Aí entra na cena a liberdade, que prediz o elemento ‘negro/escravo’, dentro do espaço do mar, como nos primeiros versos iniciais deste trabalho do poeta baiano Castro Alves, da poesia ‘O navio negreiro’.

No entendimento de Sodré (2009, p. 71), “à emergência da ocorrência ou fato em bruto, segue-se a busca social de sentido para ela e, finalmente, a sua neutralização explicativa pela narrativa do acontecimento”. Dessa forma, no instante de divulgar o evento, as manchetes deram sentidos socialmente determinados, “a narrativa noticiosa restaura uma falha e confirma a previsibilidade da ordem por meio da inscrição do ocorrido na causalidade do fato social”. (idem 2009, p. 72)

Diante de tudo o que foi apresentado até este momento, deve-se compreender o motivo de que “não há nenhum sentido em falar de acontecimentos em si; só se pode falar de acontecimentos sob descrição” (QUÉRÈ *apud* CHARAUDEAU, 2006, p. 103).

O filme *Amstad* traz à tona alguns apontamentos históricos que conduzem, e muito, com a história recente do Brasil. Esta nação passou longos séculos como colônia de Portugal, e isso acarretou num trágico processo escravocrata, que perdurou anos a fio, destronando reis e rainhas de tribos africanas, exterminando outras tribos.

Assim como as duas manchetes em foco, aqui, também havia grupos contrários e favoráveis no tocante à escravidão negra no Brasil.

⁵⁸ Negro que se solta das correntes e liberta os demais, coordenando a ofensiva de dominação do La Amstad e matando os tripulantes, deixando apenas 2 livres, a fim de que os mesmos pudessem reconduzi-los de volta a Serra Leoa.

Os jornais divulgavam ideias abolicionistas, outros, ainda, pretendiam o conservadorismo. Isto quer dizer que os jornais escritos tinham metas muito bem definidas e particulares, não desejavam tão-somente apresentar o acontecimento em si, mas muito mais que isso, queria dar outros sentidos.

Nas palavras de Casadei (2010, p. 1):

E isso evoca o fato de que o acontecimento jornalístico se configura apenas após a passagem por um processo *evenemencial*, ou seja, por um mecanismo que, nas palavras de Charaudeau, transforma os acontecimentos que podem ter alguma ancoragem no mundo físico em outra coisa que não uma mera adequação imagética ao referente, na medida em que sua percepção e significância dependem de um sujeito que interpreta o mundo.

Dentro desse jogo dos sentidos circulados socialmente, percebe-se que a escrita dos fatos da escravidão em *Amistad* encontra-se numa intrincada rede de significações de âmbito social, e a própria escrita dos significados passam pela reintegração dos significados já construídos e institucionalizados na sociedade.

Amistad está repleto de sentidos institucionalizados na sociedade em que se passa o enredo. Por exemplo, quando estas manchetes aparecem na película vai passando um homem negro vestido de terno e gravata, e conduzindo sua carruagem. Os demais negros, ao verem, gritam “Irmão! Irmão!”. Outro negro diz “Ele é um homem branco!”. Aqui, as roupas (terno e gravata) representam certo embranquecimento do negro livre e alfabetizado no idioma do povo colonizador.

Mais uma vez aparece, aos olhos do telespectador, o ácido discurso irônico. Para Ducrot (1987, p. 197), “um discurso irônico consiste sempre em fazer dizer, por alguém diferente do locutor, coisas evidentemente absurdas, a fazer, pois, ouvir uma voz que não é a do locutor e que sustenta o insustentável”.

É contundente esta afirmação, pois faz emergir a semanticidade da roupa do negro europeizado/estadunizado. A roupa, para os negros ali aprisionados, significava ‘ser branco’, embora em um corpo

eminentemente negro; a roupa dava o significado daquele homem. Assim, vai-se observando como os sentidos dos papéis sociais já estão preestabelecidos no seio social.

Em consonância com Providello e Yasui (2013, p. 1520):

O corpo do [negro] é vitimado com a exclusão tal qual os leprosos e os heréticos o foram em outras épocas, mas essa não é a vitimização única que se abate sobre a loucura: Foucault demonstra com clareza que a loucura, após o Renascimento, foi capturada por um discurso amplo que a desqualificava enquanto linguagem, pois a enredava em um jogo de forças com a razão, razão essa que se tornava o ponto alto do regime de verdades ocidental. Enquanto isso, a loucura se tornava uma linguagem falsa, incapaz de falar a verdade.

Para Gregolin (1997, p. 56), “a interpretação de temas ressignificados mostra que o discurso, a história e a memória constroem movimentos de sentidos”. Neste mesmo direcionamento, Harvey (2007, p. 190) coloca seu ponto de vista, ao afirmar de maneira precisa, que a história oferta um tipo de “continuidade entre o passado e o presente que cria um sentido de sequência para o caos aleatório e, como a mudança é inevitável, um sistema estável de sentidos organizados que nos permite lidar com a inovação e a decadência”.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou os caminhos semânticos construídos a partir da concepção de luta e liberdade presente no filme *Amstad*. Nesse intuito, foram interpretados os sentidos latentes nos conceitos imbuídos nas palavras-discurso *Amstad*, luta, massacre e manchetes. Os resultados encontrados parcialmente elucidam que a filmografia em tela trata, por meio de um discurso irônico, que existe uma ‘pseudo-liberdade’ e uma ‘pseudo-cordialidade’ entre povos desbravadores e povos desbravados.

Refletir sobre um trabalho do cinema como um campo do discurso significa investigar os discursos latentes nas imagens, e isso torna possível retirar e dar à luz à discursividade que se eleva na materialidade imagística. O filme *Amstad* revelou visões magníficas sobre as relações entre os sujeitos negros, os polos do poder, a

liberdade e a luta por ela, de tal forma que isso corroborou para que se fizesse uma análise referente à obra *Amstad* imergida em seu contexto historiográfico.

Em especial, o contexto histórico no objeto analisado apresentou traços indicativos importantes para se refletir acerca dos discursos sobre o negro nos anos 1700 e 1800. Ao ser feita a análise do filme em questão, foi possível elaborar um entendimento a partir da visualidade como discurso, e deste, emergem muitos sentidos. Diante deste contexto, este trabalho reconhece que tudo o que foi analisado só foi possível porque foram consideradas as condições de produção do contexto histórico bem como o dito e o interdito na materialidade real do discurso.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Castro. O navio negreiro. In: FACIOLI, Valentim; OLIVIERI, Antonio Carlos. (Orgs.). **Poesia brasileira**. Romantismo. São Paulo: Ática, 2004.
- AMISTAD. Diretor: Steven Spielberg. Manaus: DreamWorks home entertainment. 1997. 148min, sonoro, legendado (inglês, português, espanhol, cantonês). Cenas dos bastidores; Trailer do Cinema.
- BAKHTIN, M.; VOLOCHINOV, V. N. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1992.
- CASADEI, Eliza Bachega. Apropriações da História e Semantização do Acontecimento Jornalístico: a origem e os pontos fortes da narrativa. In: **Interim**, v. 10, n. 2. Curitiba, jul./dez. 2010.
- CERTEAU, M. **A Escrita da História**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- CHARAUDEAU, P. **Discurso das Mídias**. São Paulo: Contexto, 2006.
- COSSON, Rildo. **Letramento literário: teoria e prática**. 2. Ed., 6ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2016.
- DUARTE, R. **Cinema e Educação**. Autêntica: Belo Horizonte 2002.
- DUCROT, O. **O Dizer e o Dito**. Trad. Eduardo Guimarães. Campinas / SP: Pontes Editores, 1987.
- FOUCAULT, M. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Loyola, 1996.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36. ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.
- _____. **A Ordem do Discurso**. Aula inaugural no College de France. Pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola: 2008.

- _____. FOUCAULT, M. **A Arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- MAINGUENEAU, D. **Novas tendências em análise do discurso**. Campinas: Pontes, 1983.
- _____. **Gênese dos Discursos**. Tradução de Sírio Possenti. Curitiba: Criar Edições, 1984 (2005).
- GREGOLIN, M. R. V. “Discurso e Memória: Movimentos na Bruma da História”. In: **Cadernos da Faculdade de Filosofia e Ciências**. Marília: UNESP, 1997, p. 45-58.
- GUILHAUMOU, J.; MALDIDIER, D., ROBIN, R. **Discours et archive**. Liège: Pierre Mardaga, 1994.
- HARVEY, D. **Condição Pós-Moderna**. São Paulo: Loyola, 2007.
- PIMENTEL, L. da S. L. **Educação e Cinema**: dialogando para a formação de poetas. São Paulo: Cortez, 2011.
- PROVIDELLO, G. G. D.; YASUI, S. **A loucura em Foucault**: arte e loucura, loucura e desrazão. História, Ciências, Saúde. Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, out./dez. 2013, p. 1515-1529.
- RODRIGUES, A. **O Acontecimento**. Comunicação e Linguagens, n. 8, Lisboa, 1988.
- SODRÉ, M. **A narração do fato**. Petrópolis: Vozes, 2009.

SOBRE OS AUTORES

DÉBORA SANTANA CARVALHO

Possui graduação em Direito pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO AGES (2022). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em direito previdenciário.

EDUARDO DUARTE SANTANA

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Paripiranga (2019). durante a graduação participou de diversos eventos e trabalhos acadêmicos na modalidade de debatedor e expositor, participou do Programa de Monitoria Acadêmica na modalidade de monitor de turma nas disciplinas de Teoria da Constituição, e Jurisdição Constitucional e poder Judiciário, participou do Projeto Integrador (iniciativa para incentivo a pesquisa e produção científica). Tem experiência na área de Direito como assessor para assuntos Jurídicos da Guarda Civil Municipal de Fátima-GCMF (2020). Atuou como colaborador voluntário no Curso de Formação da Guarda Civil Municipal CENFEG (2020-2020) como instrutor de disciplina com ênfase em Direito Penal, Estatuto do Desarmamento, Estatuto do Idoso, e Ética e Direitos Humanos. É colaborador Voluntário da Delegacia de Direitos Humanos de Cicero Dantas (2020)

ISAIAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - UNIAGES. Pós-graduando em Direito Processual Civil e Direito Público; profissional com ênfase em Direito Civil, Público, Previdenciário e Consumidor. Tel: 75-999122472, e-mail: isaiasnetoadv@gmail.com

JACKELINE ANDRADE DE JESUS MENDES

Possui graduação em Direito pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO AGES (2020). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito de Famílias, Gênero, Mulher e Vulneráveis. Foi Estagiária remunerada do Ministério Público do Estado da Bahia, tendo atuado na área do Direito Civil e Penal (2018/2020). Tem experiência como Conciliadora Voluntária da Semana Nacional da Conciliação - NUPEMEC (2019) e no Balcão de Justiça e Cidadania do UniAGES (2019). Possui curso de formação complementar em Conciliação, Mediação e Arbitragem pela UNIEDUCAR (2019). Tem experiência na administração pública municipal com Criação e Desenvolvimento de Projetos Político-sociais; e REURB ? Regularização Fundiária Urbana de Uauá/BA (2017/2018).

JOAQUIM CARDOSO DA SILVEIRA NETO

Possui graduação em Letras Vernáculas pela Faculdade Ages (2006) e Mestrado em Letras - estudos linguísticos pela Universidade Federal de Sergipe (2014). Doutorando em Letras - Linguagem: discurso e práticas sociais. Atualmente, é efetivo da Escola Municipal Professora Idivanina de Oliveira Menezes e do Colégio Estadual Nossa Senhora de Fátima.

Tem experiência na área de Linguística, atuando, principalmente, nos seguintes temas: análise crítica do discurso, discurso docente, discurso de ódio e intolerância.

TAMIRES BATISTA DE SANTANA

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais- AGES (2017) de Paripiranga. Advogada com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Pós Graduanda em Direito Civil pela Faculdade Futura (2019). Experiência profissional como estagiária de Direito no ano de 2016 no Balcão de Justiça e Cidadania de Fátima-BA

YANDRA KAROLLINY SANTOS DE CARVALHO

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, na área de concentração Novos Direitos, Novos Sujeitos. Especialista em Criminologia pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Membro do grupo de pesquisa em Direito do Patrimônio Cultural da UFOP. Advogada (OAB/BA 68.376) e membro da Comissão de Educação, Cultura e Esportes da OAB/BA, Subseção Serrinha. Durante a graduação, foi monitora nas disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito, Teoria do Direito Penal e Crimes em Espécie e atuou como estagiária no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Tem interesse nas áreas de Direito do Patrimônio Cultural, Direito Penal e Teoria Geral do Direito.

WILGO DE JESUS CARVALHO

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Paripiranga (2017). Foi conciliador e mediador no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) em Fátima/BA (2019-2020). Desempenhou a função de advogado no Centro de Referência Especializado de Assistência Social - José Rodrigo Reis dos Santos (CREAS) em Fátima/BA (2019-2020). Fez parte do quadro de sócios do escritório de advocacia Santana, Oliveira & Carvalho (2018-2019). Atualmente faz parte do escritório Santana & Carvalho - Advogados Associados (2020-2021) e exerce a função de advogado junto a Prefeitura Municipal de Fátima/BA. Possui Especialização em Direito Civil pela Faculdade Futura (2019). Tem experiência na área de Direito, essencialmente, Direito e Processo Civil, Direito do Consumidor, Direito Previdenciário e Direito Administrativo.

© 2023 Edição brasileira
by Home Editora
© 2023 Texto
by Autor
Todos os direitos reservados

Home Editora
CNPJ: 39.242.488/0002-80
www.homeeditora.com
contato@homeeditora.com
9198473-5110
Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque Verde, Belém - PA, 66635-110

Editor-Chefe

Prof. Dr. Ednilson Souza

Revisão, diagramação e capa

Autor

Produtor editorial

Laiane Borges

**Catálogo na publicação
Home Editora**



D286

Debates pós-modernos: propriedade, liberdade, registro civil e políticas / Joaquim Cardoso da Silveira Neto *et al.* – Belém: Home, 2023.

Outros autores

Isaías Cantidiano de Oliveira Neto

Viviane de Jesus Souza

Eduardo Duarte Santana

Livro em PDF

256 p., il.

ISBN: 978-65-84897-48-9

DOI: 10.46898/home.72f0c42a-fc8d-4468-bd1a-45e68450d4d4

1. Debates pós-modernos. I. Silveira Neto, Joaquim Cardoso da *et al.*
II. Título.

CDD 300

Índice para catálogo sistemático

I. Ciências Sociais.



**Attribution-NonCommercial 4.0
International (CC BY-NC 4.0)**

Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s)
autor(es).

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-
SemDerivações 4.0 Internacional.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza-UFOPA
(Editor-Chefe)

Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA

Prof^a. Ma. Rayssa Feitoza Felix dos Santos-UFPE

Prof. Me. Otávio Augusto de Moraes-UEMA

Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP

Prof^a. Ma. Luzia Almeida Couto-IFMT

Prof. Me. Luiz Francisco de Paula Ipolito-IFMT

Prof. Me. Fernando Vieira da Cruz-Unicamp

Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA

Prof^a. Dra. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG

Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ

Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF

Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA

Prof^a. Ma. Adriana Barni Truccolo-UERGS

Prof. Me. Alisson Junior dos Santos-UEMG

Prof. Me. Raphael Almeida Silva Soares-UNIVERSO-SG

Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA

Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné-Faccrei

Prof. Dr. José Morais Souto Filho-FIS

Prof. Me. Fernando Francisco Pereira-UEM

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL

Prof. Me. Antonio Santana Sobrinho-IFCE

Prof^a. Dra. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA

Prof^a. Dra. Dayse Marinho Martins-IEMA

Prof. Me. Darlan Tavares dos Santos-UFRJ

Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM

Prof^a. Dra. Elane da Silva Barbosa-UERN

“Acreditamos que um mundo melhor se faz com a difusão do conhecimento científico”.

Equipe Home Editora

JOAQUIM CARDOSO DA SILVEIRA NETO
ISAÍAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO

VIVIANE DE JESUS SOUZA

EDUARDO DUARTE SANTANA

DEBATES PÓS-MODERNOS: PROPRIEDADE, LIBERDADE, REGISTRO CIVIL E POLÍTICAS

Home Editora

CNPJ: 39.242.488/0002-80

www.homeeditora.com

contato@homeeditora.com

9198473-5110

Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque

Verde, Belém - PA, 66635-110

