

CADERNO VIRTUAL

Edição Especial

Tordesilhas

Direito em
transformação e o
papel da advocacia

Organizadores:

Lucas Gonçalves
da Silva
Reginaldo Felix
Nascimento

Apresentação:

Samyle Regina Matos
Oliveira

Prefácio:

João Francisco do
Lago Rodrigues

realização:



apoio:



Lucas Gonçalves da Silva (Org.)
Reginaldo Felix Nascimento (Org.)

DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO E O PAPEL DA ADVOCACIA

Caderno Virtual/Programa Plus-internacional OAB/SE

Editoração ESA/OAB-SE

Direito em Transformação e o Papel da Advocacia/ Lucas Gonçalves da Silva;
Reginaldo Felix Nascimento (Org.) – Aracaju (SE): Editora ESA/SE, 2023.

(Caderno Virtual /Programa Plus-internacional OAB/SE, V. 1)

ISBN: 978-65-00-81862-8

1. Direito. 2. Direitos Humanos. 3. Direitos Fundamentais. 4.
Contemporaneidade.

Editoração ESA/OAB-SE

SOBRE OS AUTORES

ORGANIZADORES

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Advogado. Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi G. d'Annunzio (Italia) e pela Universidade Federal da Bahia. Doutor e Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Sergipe-UFS.

Consultor da Câmara de Assessoramento da FAPITEC/SE. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes. Membro da Diretoria do Conselho Nacional de de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI.

REGINALDO FELIX NASCIMENTO

Advogado. Mestrando em Constitucionalização do Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Pós-graduando (lato sensu) em Direito Internacional com ênfase em Comércio Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).

AUTORES

MIGUEL ANGELO DOS SANTOS DUARTE

Miguel Angelo dos Santos Duarte, advogado, sócio do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, doutorando em *Derecho Penal y Ciencias Penales* na *Universidad del Salvador, Buenos Aires-Argentina*; Pós graduando em Direito do Trabalho; Pós graduado em Advocacia Cível; Pós graduado em Educação Política; Pós graduado em Metodologia do Ensino Superior; Pós graduado em Direito de Estado; Pós graduado em Processo Civil. E-mail: miguelduarte.adv@gmail.com.

MARIANA ROCHA BARRETO

Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT, Endereço eletrônico: maare-r@hotmail.com.

ALEX DANIEL BARRETO FERREIRA

Mestre em Direito, advogado, professor da Faculdade de Direito 8 de Julho (SE), membro-consultor da Comissão de Direito de Migração do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e-mail: alex@candidodortas.com.br.

MURILO BARROS JÚNIOR

Doutorando em Direito Internacional pela Universidad del Museo Social Argentino, UMSA, Argentina. Professor Universitário e Advogado Público. Email: murilobarrosjr@yahoo.com.br.

FERNANDA OLIVEIRA JUSTINO

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Acadêmica do Curso de Licenciatura em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogada. E-mail: fernanda28oliveira@icloud.com; fernanda28oliveira@yahoo.com.br

BRUNO ALBERTO SOARES GUIMARÃES

Mestre em Direito das Relações Internacionais e integração do MERCOSUL pela UDE – *Universidad de La Empresa* – Uruguai (2021) com revalidação pela Estácio de Sá – RJ. Advogado.

Graduado em Direito pela FACAM – Faculdade do Maranhão - MA (2010), Especialista em Direito de Família pela UCAM – Universidade Cândido Mendes – RJ (2017), Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FACUMINAS – MG (2022), Professor Universitário na área de Direito de Família, Presidente do Instituto Movimento das Famílias. E-mail: brunoalbertoguimaraes@msn.com.

JULIANA LEITE DE SOUZA CORREIA

Mestranda em Direito da Família, Infância e Adolescência pela UBA - *Universidad de Buenos Aires*. Graduada em Direito pela Universidade CEUMA - MA (2012),

Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP (2014),
MBA em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas (2017).
Advogada vinculada à Ordem dos Advogados do Brasil – seccional Maranhão.
Atua na advocacia privada. Vice-Presidente do Instituto Movimento das Famílias.
E-mail: julianaleite.souza@gmail.com.

JORDANA AMARAL DA COSTA E SILVA

Advogada. Mestre em Ciências Civilísticas pela Faculdade de Direito da
Universidade do Porto (Portugal).

LÍCIA MARIA NOVAES BOAVENTURA

Advogada. Mestre em Direito em Informática pela
Universidade do Minho (Portugal).

LUANA CAMPOS PROFESSOR

Advogada, empreendedora jurídica, mediadora extrajudicial,
Coordenadora Executiva do Programa Jurídico Plus Internacional- Espanha,
Presidenta da Comissão de Relações Internacionais da OAB/SE, Membro
Consultora da CRIN OAB Nacional- Conselho Federal, autora de artigos,
palestrante, especialista em Direito Constitucional, Previdenciário e Trabalhista,
especializando em Direitos Humanos pela PUC-RS, Ex-Procuradora Municipal, Ex-
Ouvidora Municipal e Ex-Conselheira Seccional da OAB/SE. Endereço eletrônico:
luana@luanaprofessor.adv.br.

LENKYRIA MYKIS OLIVEIRA DANTAS

Advogada, Especialista em Direito Previdenciário, Secretária-Geral da Comissão de Relações Internacionais da OAB/SE, Perita Judicial com Especialidade em Grafotécnica e Grafotecnia. Aracaju/Sergipe/Brasil. Endereço eletrônico: lenkyria.oliveira@hotmail.com.

LÍVIA SOBRAL DOS SANTOS

Acadêmica de Direito da Faculdade Pio Décimo. Email: liviasobral950@gmail.com

ACÁCIA GARDÊNIA SANTOS LELIS

Advogada, Doutora em Direito pela linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Sociedade Superior Estácio de Sá (RJ); Mestre em Direito pela PUC (PR), do Programa de Direito Econômico e Socioambiental; Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe; ex-Conselheira Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (SE); ex-Presidente da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/SE; Presidente Estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/SE); Professora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (SE) e da Faculdade Pio Décimo e membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE). Email: acacialelis@gmail.com.br

DANIEL MARTINS LIMA

Advogado Graduado pela Universidade Pitágoras, Uberlândia, Minas Gerais.

JEFFERSON MICHEL NUNES SOARES

Advogado, Graduado pela Universidade Pitágoras, Uberlândia, Minas Gerais, com especialização em Direito Público, Direito Administrativo pela Universidade Faculeste e Contract Law pela Harvard.

ÊMILY BRENDAH PODEROSO REZENDE

Advogada especialista em Direito do Trabalho e Direito do Consumidor. Pós-graduada em Direito Consultivo e Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Legale. E-mail: adv.emilypoderoso@gmail.com.

NATALY DOS SANTOS MACHADO

Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Advogada especialista em Direito Previdenciário e Bancário. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Membro da Comissão de Defesa e Direitos da Mulher OAB/SE. E-mail: natalymachado.adv@gmail.com

LORRANE LUANE DA SILVA

Bacharel em Direito pela Faculdade Pio Décimo. Especialista em Direito Público pela CERS(Centro Educacional Renato Saraiva).

Prefácio

Esta edição simbólica do Caderno Virtual da Revista da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Sergipe, foi fomentada a partir da iniciativa da Comissão de Relações Internacionais da OAB/Seccional Sergipe juntamente ao Programa Jurídico Plus Internacional, também organizado pela r. comissão, com apoio do Conselho Federal da OAB.

Os artigos aqui selecionados são de autoria dos participantes desse programa, que ocorrerá no período de 26 a 29 de setembro de 2023, nas cidades de Valladolid- capital de Castela e Leão, em Madrid- capital da Espanha- e Tordesilhas.

De início, este Programa teve como propósito estabelecer relações profissionais e institucionais com profissionais brasileiros e espanhóis da área jurídica com a finalidade de desenvolverem negócios bilaterais a partir da participação efetiva da Faculdade de Direito da Universidade de Valladolid, do *Colegio de Abogados*, que corresponde à OAB dentro do sistema jurídico da Espanha e junto ao *Consejo General del Poder Judicial* em Madrid.

Além da Universidade de Valladolid, o programa também envolve o Centro Tordesillas de Relações com Iberoamérica e a Cátedra Brasil, ambos abrigados na Casa do Tratado de Tordesillas, situada na cidade de Tordesilhas, cuja simbologia impacta os brasileiros desde o acordo firmado em 1494 entre os Reinos de Castilla y Aragón e o reino de Portugal, para dividirem de forma diplomática as terras recém-descobertas do novo mundo, determinando o destino dos brasileiros como herdeiros da cultura e da língua portuguesa, diferentemente dos demais sul-americanos e caribenhos.

Pois é precisamente na simbólica Casa do Tratado de Tordesilhas que ocorrerá a certificação de todos os advogados brasileiros participantes do Programa Jurídico Plus Internacional-Espanha- e o lançamento deste Caderno Virtual que fui convidado a prefaciar e de certo tornar-se-á um marco na vida de todos os participantes e também um marco histórico institucional na ESA Sergipe, como fruto do trabalho da Coordenação de Editoração e Cultura da Escola Superior da Advocacia (ESA/SE) e da OAB Seccional Sergipe, gestão da OAB/SE triênio 2022-2024.

Dr. João Francisco do Lago Rodrigues

Pós-doutorado pela Universidade de Burgos/Espanha, com foco na Geopolítica do Conhecimento. Doutor em Educação pela Universidade de Burgos/Espanha, com foco no Processo de Bolonha e Reestruturação do Ensino Superior Europeu.

Apresentação

É com muita satisfação que tenho a honra de fazer a apresentação do primeiro caderno virtual, fruto de uma seleção de artigos do Programa Jurídico Plus Internacional, organizado pela Comissão de Relações Internacionais da OAB/SE e OAB Nacional, cuja temática versará sobre “Direito em transformação e o papel da advocacia”.

Inicialmente, cumpre enaltecer o pioneirismo desta publicação e parabenizar os coordenadores Dr. Carlos Hernández, representante da Espanha, bem como a Dra. Luana Professor e o Dr. João Lago, representantes do Brasil, por esta grande oportunidade proporcionada para os juristas inscritos na Imersão Jurídica da Universidade de Valladolid – Espanha.

Pensar no Direito, sobretudo, na Formação Jurídica continuada de qualidade, é também acreditar que é possível contribuir para uma sociedade melhor, uma vez que o direito é responsável por regulamentar as relações sociais. O lançamento deste caderno virtual é um grande marco para toda a advocacia e simboliza a consolidação do acordo de reciprocidade e cooperação entre Brasil e Espanha. É ainda mais representativo se levarmos em consideração, que o lançamento misto (presencial e on line) ocorrerá na casa onde foi assinado o Tratado de Tordesilhas.

Apoiar uma iniciativa dessa magnitude só engrandece a Escola Superior da Advocacia, Seccional Sergipe. Afinal, fomentar o diálogo entre as diversas visões mundiais e, conseqüentemente, o intercâmbio de ideias que podem promover grandes transformações, está em plena consonância com o que estabelece o artigo 119, incisos I e II, do Regimento Interno desta Seccional.

Ao tratar sobre “A Estrutura das Revoluções Científicas”, Thomas Kuhn afirma que “Enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se

com maior rapidez a aprofunda-se ainda mais através da utilização confiante desses instrumentos (...). O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos”. Esta citação traduz bem a ideia do Direito em transformação.

O papel advocacia, por sua vez, precisa sempre ser revisitado. Se por um lado, é uma profissão amplamente reconhecida como indispensável à administração da justiça, nos moldes do art. 133 da CF/88, por outro, é por meio de congressos, cursos, seminários, palestras, pesquisas, prêmios, concursos, projetos de pesquisas e eventos culturais que a Escola Superior da Advocacia pode auxiliar no aperfeiçoamento da profissão e em uma compreensão ampla do que significa o que já está previsto constitucionalmente.

Samyle Regina Matos Oliveira

*Advogada
Conselheira Seccional da OAB/SE
Vice-diretora da Escola Superior da Advocacia, Seccional Sergipe
Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP
Doutora em Direito pela UFBA*

SUMÁRIO

1. ADVOCACIA E O DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO: UM OLHAR NO PROGRESSO VIRTUAL E OUTRO NA “LEGISLATIVIDADE JURISDICIONAL”	16
1.1 INTRODUÇÃO.....	16
1.2 DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO E O PAPEL DA ADVOCACIA	18
1.3 AS PRERROGATIVAS DOS ADVOGADOS NO JUDICIÁRIO VIRTUAL.....	20
1.4 AFASTAMENTO DO ADVOGADO DOS FORUNS: BALCÃO VIRTUAL	21
1.5 “LEGISLATIVIDADE JURISDICIONAL”: CASOS EM ANÁLISE	24
1.6 CONCLUSÃO	29
2. A ERA DAS GRANDES TRAGÉDIAS AMBIENTAIS: O PAPEL DA ADVOCACIA E DO DIREITO NA RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL	32
2.1 INTRODUÇÃO.....	32
2.2 O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL: UMA REALIDADE PALPÁVEL PARA A ADVOCACIA MODERNA.....	34
2.3 O DIREITO AMBIENTAL NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS	36
2.4 AS TRAGÉDIAS DE MARIANA E BRUMADINHO E OS REFLEXOS LEGAIS	38
2.5 OS CAMINHOS INTERNACIONAIS A SEREM PERCORRIDOS NAS TRAGÉDIAS AMBIENTAIS DE MARIANA E BRUMADINHO PARA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL.....	40
2.6 CONCLUSÃO	43
3. MERCOSUL: UMA ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO REGIONAL	48
3.1 INTRODUÇÃO.....	48
3.2 EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL.....	48
3.3 DIREITO INTERNACIONAL E O INSTITUTO DA ARBITRAGEM	58
3.4 DIREITO INTERNACIONAL E O INSTITUTO DA ARBITRAGEM	61
3.4.1 INSTITUTO DA ARBITRAGEM PÚBLICA E PRIVADA.....	64
3.4.2 ARBITRAGEM INSTITUCIONAL E INTERESTATAL.....	67
3.5 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E ARBITRAGEM NOS TRATADOS INTERNACIONAIS RELACIONADOS AO MERCOSUL	71
3.5.1 ANÁLISE DO TRATADO DE ASSUNÇÃO	76
3.5.2 ANÁLISE DO PROTOCOLO DE BRASÍLIA.....	79
3.5.3 ANÁLISE DO PROTOCOLO DE OURO PRETO	81
3.5.4 ANÁLISE DO PROTOCOLO DE OLIVOS	84
3.6 EVOLUÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR VIA DA ARBITRAGEM NO PROTOCOLO DE OLIVOS.....	85
3.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
4. A IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COM RESIDÊNCIA BIRDNESTING, NO BRASIL E NA ESPANHA, PARA CRIANÇAS AUTISTAS	97
4.1 INTRODUÇÃO.....	97
4.2 O TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA	98
4.3 O ROMPIMENTO CONJUGAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	103
4.4 A GUARDA E SUAS MODALIDADES	105
4.4.1 No ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO	106
4.4.1.1 GUARDA UNILATERAL	106
4.4.1.2 GUARDA COMPARTILHADA	107
4.4.2 No ÂMBITO DO DIREITO ESPANHOL	109
4.5 O DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	110

4.6	A IMPLEMENTAÇÃO DA RESIDÊNCIA NIDAL COMO ESTRATÉGIA PARA MITIGAÇÃO DA QUEBRA DE ROTINA DE CRIANÇAS PORTADORAS DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA	111
4.7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
5.	A ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL E AS RELAÇÕES FAMILIARES NO SEIO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ISLÂMICOS: THE PUBLIC POLICY AND FAMILY RELATIONS WITHIN ISLAMIC LEGAL ORDER.....	119
5.1	INTRODUÇÃO.....	119
5.2	RESERVA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL	121
5.3	A APLICAÇÃO DA RESERVA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES DE ORIGEM ISLÂMICA – DISCUSSÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	122
5.4	CONCLUSÕES.....	133
6.	O ADVOGADO COMO PORTADOR DO AGIR QUE EMANCIPA A SOCIEDADE PÓS-PANDEMIA, REDUZINDO OS IMPACTOS AOS DESAMPARADOS.....	139
6.1	INTRODUÇÃO	139
6.2	DA DECRETAÇÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 E A NECESSIDADE DE DISTANCIAMENTO SOCIAL SEM A OBSERVÂNCIA PELO ESTADO DAS MEDIDAS NECESSÁRIAS A IMPLEMENTAR OU DAR CONTINUIDADE A SISTEMAS UNIVERSAIS, INTEGRAIS E SUSTENTÁVEIS DE PROTEÇÃO SOCIAL PELA ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS	140
6.3	VÍRUS COMO PEDAGOGO CRUEL DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA A ORGANIZAR RESPOSTAS SOCIAIS.....	146
6.4	ATUAÇÃO DO ADVOGADO COMO AGENTE DE BEM-ESTAR SOCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA SAÚDE MENTAL DA POPULAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	147
6.5	CONCLUSÃO	149
7.	O PAPEL DA ADVOCACIA FRENTE A INSEGURANÇA JURÍDICA DO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	155
7.1	INTRODUÇÃO.....	155
7.2	SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	155
7.3	GOZO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA E AFASTAMENTO DO OBREIRO DA EMPRESA	157
7.4	ALTA PROGRAMADA DO INSS FRENTE AO ASO INAPTO DE RETORNO AO TRABALHO E PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO.....	158
7.5	O PAPEL DA ADVOCACIA FRENTE A INSEGURANÇA JURÍDICA DO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	162
7.6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	168
8.	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: MEDIDA ASSECURATÓRIA FRENTE A VULNERABILIDADE ASSISTENCIAL NA ARQUITETURA PROTETIVA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO.....	172
8.1	INTRODUÇÃO.....	172
8.2	GARANTISMO CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O PAPEL DA ADVOCACIA NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	173
8.3	VULNERABILIDADE ASSISTENCIAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	175
8.4	A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA CRIAÇÃO DA LEI MARIA NA PENHA	177
8.5	A VIOLÊNCIA SOB O PRISMA DA SAÚDE PÚBLICA GLOBAL.....	178
8.6	ARQUITETURA PROTETIVA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	179
8.7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	181

9. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADVOCACIA NA DEFESA DO DIREITO À ÁGUA: OS FUNDAMENTOS DAS LEIS Nº 9.433 DE 1997 E LEI Nº 14.026 DE 2020	184
9.1 INTRODUÇÃO	184
9.2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	185
9.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEI Nº 9.443/97: O GERENCIAMENTO DA ÁGUA	188
9.4 ÁGUA: NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS	189
9.5 A LEI Nº 14.026/2020: A CRIAÇÃO DA ANA (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO)	190
9.6 O PAPEL DA ADVOCACIA NA DEFESA DA JUSTIÇA	191
9.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	194
10. UNIÃO ESTÁVEL VIRTUAL: UM NOVO MODELO DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR E SEU VAGAR JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO	199
10.1 INTRODUÇÃO.....	199
10.2 UNIÃO ESTÁVEL CONVENCIONAL: UMA ANÁLISE DE SEUS REQUISITOS.....	200
10.2.1 CONVIVÊNCIA X COABITAÇÃO	202
10.2.2 CONJUGALIDADE SEXUAL	203
10.3 DA EXISTÊNCIA DE RELAÇÕES HUMANAS NA SUBCULTURA VIRTUAL	204
10.4 MANIFESTAÇÃO DOS REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO MEIO DIGITAL	206
10.5 REFLEXOS JURÍDICOS DA "IFAMILY"	207
10.6 RESULTADOS E DISCUSSÕES.....	209
10.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	211
11. A MATERNIDADE E O TRABALHO: A (IN)JUSTIÇA DO BRASIL DIANTE DAS NORMAS INTERNACIONAIS	214
11.1 INTRODUÇÃO.....	214
11.2 O DIREITO HUMANO E O SURGIMENTO A PROTEÇÃO DA MATERNIDADE	214
11.2.1 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT	216
11.2.2 A CONVENÇÃO 103 PROMULGADA PELO BRASIL.....	217
11.3 MATERNIDADE, UM DIREITO HUMANO	219
11.3.1 AS NORMAS BRASILEIRAS PROTECIONISTAS.....	219
11.4 A EFETIVIDADE NO BRASIL DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE.....	220
11.4.1 A ESTABILIDADE GESTACIONAL	221
11.4.2 A LICENÇA-MATERNIDADE E A PATERNIDADE.....	221
11.5 UMA JUSTIÇA OU INJUSTIÇA QUANDO ANALISADO A EFETIVIDADE DAS NORMAS NO CENÁRIO INTERNACIONAL.....	222
11.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	224
12. PRIVACIDADE E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: O DUPLO PAPEL DA ADVOCACIA.....	228
12.1 INTRODUÇÃO	228
12.2 O DIREITO A PRIVACIDADE NO TRATAMENTO DE DADOS E A MERCANTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS	230
12.3 A LEGALIDADE E ETICIDADE DA MERCANTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS DENTRO DA ADVOCACIA	236
12.4 CONCLUSÃO	243

1. ADVOCACIA E O DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO: UM OLHAR NO PROGRESSO VIRTUAL E OUTRO NA “LEGISLATIVIDADE JURISDICIONAL”

Miguel Angelo dos Santos Duarte

1.1 INTRODUÇÃO

Nas duas últimas décadas, com pequena variação de dois a cinco anos, em virtude da popularização da *internet* no Brasil, se iniciava uma transformação na maneira das pessoas interagirem entre si e com as instituições oficiais, que mais vagarosamente iniciaram a introdução da tecnologia no seu cotidiano para compilação legislativa, criação ou atualização de seus informes, editais, cadastros, ... e, por fim, para disponibilizar a prestação dos seus serviços à população com uso da *internet* como plataforma de atendimento. No Judiciário, mais conservador em suas transformações, e por vezes com papel de vanguarda, foram sendo experimentadas novidades de forma mais célere em alguns Estados do que em outros, em face da gestão autônoma dos Tribunais de Justiça. Esses experimentos foram tomando forma e força, de maneira que a agilização da prestação jurisdicional passou a ser objetivo buscado por todos os atores da sociedade, ensejando inclusive atualização legislativa aos novos tempos, com reformas profundas nos Código Civil e de Processo Civil. Com o advento da Pandemia em 2020, após uma necessária estagnação de todos os serviços, face o isolamento, a já experimentada tecnologia passou do *status* de necessária para obrigatória. Muitas outras tecnologias rapidamente ganharam força e outras o aval para serem experimentadas, outras ainda, reservam debates e são objeto de estudos, como a introdução de decisões robotizadas e utilização de algoritmos.

Nesse contexto de transformação, a advocacia exerce fundamental papel para incentivar as modernizações, tem a responsabilidade de se atualizar e se reinventar na mesma ou maior celeridade, mas deve, ao mesmo tempo, velar para que essas alterações

não retirem da sociedade a possibilidade de exercer o direito, e ter de forma pessoalizada as decisões proferidas individualmente ou de forma colegiada. Mais ainda, deve estar atenta para não ser, a própria advocacia, relegada na sua fundamental participação na prestação da Justiça.

As prerrogativas conquistadas em favor da atuação do advogado, em defesa da aplicação das leis e distribuição da Justiça estão sendo relativizadas, por vezes esquecidas e em outros casos negadas de forma sistêmica, sucumbindo a essa transformação da prestação jurisdicional.

Neste trabalho, falaremos de algumas dessas alterações na processualística através da introdução de ferramentas tecnológicas, mas também da maneira como está sendo prestada a Judicância, por ser também um momento em que se observa transformação, não tecnológica, mas ideológica, adentrando ao arrepio da lei, na seara Jurisdicional.

Nesse passo, sustentamos a tese de que a tecnologia é bem-vinda, necessária e inarredável da processualística como um todo, desde o desenvolvimento dos atos processuais bem como enquanto meios de prova admitidas no processo, sendo necessário acolher todos os meios que provam a constituição, modificação ou extinção de direitos, sejam eles com origem tecnológica ou não.

Mas, ao mesmo tempo, alicerces estruturais da aplicação do Direito devem ser mantidos, com vistas à segurança jurídica, a manutenção da confiança da sociedade no Poder Judiciário, e isso é também papel da advocacia, no seu diário exercer da defesa do direito posto sob análise.

A observância da lei, do seu texto e contexto, direcionamento coerente em seus julgados e não politização dos Tribunais Superiores, trazem a segurança pretendida.

Foram utilizadas nesta pesquisa, consultas na Doutrina atual, informada ao longo do trabalho, bem como são trazidas decisões que apresentam contradição no contexto dos seus julgados, que muito expressam orientação pessoal do julgador, utilizando de forma alternativa, uma própria maneira de legislar, via decisão prolatada.

Essa postura também é transformação no Direito, a que a advocacia deve estar atenta, buscando meios de impedir que a tripartição do Estado democrático seja ofendida justamente por aqueles que tem o poder-dever de aplicar a Lei, para solver desde os

conflitos interpessoais aos mais complexos, que atentam contra a interdependência dos Poderes.

1.2 DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO E O PAPEL DA ADVOCACIA

Não há como entender possível que haja transformação no Direito se não a precedeu alguma significativa transformação da sociedade, de tal forma que lhe tenha atingido a inércia e provocado movimento, independentemente de ser evolutivo ou involutivo, pois essa interpretação não será jamais absoluta e a divergência posta é que exige atualização normativa. Essas alterações normativas nascem do Estado Legislativo, tem aplicação através do Estado Jurisdicional, mas são idealizadas no permanente apoio aos anseios sociais, materializados nas teses concebidas no exercício da Advocacia.

Nas considerações que faz sobre o primeiro mandamento dos advogados, idealizado por Eduardo Couture (*Estuda: o direito está em constante transformação. Se não o acompanhas, serás cada dia menos advogado.*), DE MORAES ilustra a perenidade do alerta pois “não fosse suficiente, as normas, assim como nascem, também se modificam e morrem constantemente, fato que exige uma atualização diária do advogado.”

E muitas dessas alterações são reveladas necessárias pelos petítórios processuais que buscam o direito ainda não legislado, demanda calcada na Justiça, ante a ausência da lei, quer por ser situação socialmente estabelecida e difundida de forma ampla, mas tão rápida que ainda não conta com regulamentação.

Nesse lapso temporal entre as necessidades das pessoas se protegerem e resguardarem seus interesses e o estabelecimento da preocupação legislativa com tal atualidade comportamental, faz com que se exija do Judiciário a aplicação da tese esposada pelo advogado na incoativa, ou na peça contestatória.

Exemplo disso, que ora nos aflige, é a sucessão dos bens, das riquezas incorpóreas, que não possui legislação a respeito, mas que atingem a cada dia um número maior de patrimônios estabelecidos em plataformas digitais, como conteúdo do *Instagram*, *Facebook*, *Spotify*, plataformas musicais, *e-books*, cursos *on line*, ... que solidificam economicamente empresas virtuais, enfim há uma necessidade premente de que tal patrimônio seja regulamentado em seu destino no caso de falecimento do titular,

ou desfazimento da “banda musical” ou da “banca jurídica”.

Essa lerdeza em legislar assuntos específicos de interesse plúrimo e relevantes, faz com que tenhamos o fortalecimento das decisões cunhadas na “legislatividade jurisdicional”, que passam a estabelecer interpretação alheia e por vezes conflitante com o disposto na norma geral, quando muito, deveriam suscitar o Direito baseado na Justiça ante ausência da normatização formal.

Esta situação pontual não é deveras antiga, pode-se infirmá-la como prática contemporânea, na plenitude e quantidade que se faz presente na mesma contextualidade que o Direito tem se transformado, ante a evolução dos meios de comunicação das duas últimas décadas, o que trouxe a modernidade, como adjetivo à transformação dos processos judiciais, estabelecida desde a forma de atender os clientes, como no ajuizar das demandas, dos andamentos processuais eletrônicos, das intimações, das formas como defender os interesses dos constituintes ante os julgamentos colegiados.

A Pandemia de 2020 que se estendeu a 2021, promoveu uma maximização na celeridade das alterações que se pontuavam necessárias e outras mais foram implementadas, entre elas, algumas que trazem a responsabilidade aos advogados de buscar a cessação, de forma que retroajam algumas sistemáticas ao que era antes dessas inovações. Pontualmente se destaca a gravação e postagem da sustentação oral para apreciação pelo órgão Colegiado Julgador. Sequer as Sessões tem transmissão simultânea à sua realização. Não há de ser permanente a exclusão do advogado das Sessões de julgamento bem como privados de expressar face a face dos Colendos Magistrados, os fundamentos recursais.

É inarredável a significância da coletividade de advogados, da advocacia como um todo, para impedir que transformações no exercer do Direito se transforme na diminuição deste mesmo exercício de forma imediata e retrocesso às conquistas, de forma mediata.

O advogado labuta diariamente para consolidar o respeito à lei, às instituições, de forma que a segurança jurídica se reflita na paz social e se estabeleça de forma serena e perene, firme e democrática.

“O cerne da questão gira em torno do propósito e da capacidade que um advogado

tem para participar da construção da democracia, maior do que a de um cidadão comum (aqui sem nenhum sentimento de superioridade, mas sim de maior responsabilidade)", menciona DIOGO, no seu artigo que relembra o art. 133 da Constituição Federal ao estabelecer a importância do advogado no contexto social e administração da justiça.

1.3AS PRERROGATIVAS DOS ADVOGADOS NO JUDICIÁRIO VIRTUAL

A OAB presentemente está promovendo verdadeiro chamamento ao retorno da sustentação oral nos Tribunais, pois é resultado de diversas tratativas até constituir-se como prerrogativa dos Advogados.

As salas das Sessões de julgamento durante a pandemia se tornaram virtuais, mas não trouxeram a possibilidade de participação telepresencial do advogado, no momento que ocorrem, devendo a sustentação oral, no Rio Grande do Sul, por exemplo, ser anexada 24 horas antes para visualização, conforme estabelecido nos art. 2º e 3º do Ato n. 11/2020 da 1ª Vice Presidência, ao senso de necessidade e oportunidade do Presidente do Órgão Julgador que possibilitará ou não a sustentação oral por arquivo de áudio ou áudio e vídeo, com parâmetros totais que não correspondem aos 15 minutos de fala que eram destinados à sustentação oral desde o parlatório nas Salas de Sessões. Não há sequer como saber se foram assistidos pela Colenda Câmara, não há como exercer o direito de resposta quando pessoalmente citado ou arguir questão de ordem, que também é prerrogativa da advocacia trazida no inciso X do art. 7º do EOAB, vez que não há como intervir e nem acompanhar em tempo real aos julgamentos.

"A leitura do dispositivo que assegura as prerrogativas da advocacia conduz à cristalina compreensão de que a advocacia tem livre acesso às salas de sessões. Há tribunais que somente permitem o acesso da advocacia à sala da plataforma virtual, quando o processo é apregoado.", nos sinaliza TELLES, Cássio Lisandro.

Não se pode pretender que o envio de mídia gravada com sustentação oral equivale ao acesso à Sessão para realizar a difícil tarefa de convencer aos demais Julgadores de que o desconhecido voto do Relator não deverá ser seguido pelos demais, haja visto que a sustentação oral presencial era oportunizada quando as razões do apelo não estavam sendo acolhidas pelo Desembargador relator. Esta é outra prerrogativa

desatendida, no inciso IV do art. 7º do EOAB.

Afirmando que não estamos mais no regime diferenciado de trabalho dos servidores e magistrados em atividade trazido na Resolução 314/2020 do CNJ, permanecendo seus efeitos em detrimento de Lei Ordinária que no mesmo art. 7º, inciso VIII prevê o atendimento pessoal e direto aos advogados, pelos magistrados em seus Gabinetes, mas tal possibilidade resta impedida pelo trabalho *home office* ainda mantido.

Não se trata de condições melhores ou tratamento diferenciado por benevolência do Estado, ou por paparricarismo, as prerrogativas do advogado para o exercício livre da sua profissão estão jungidas à importância constitucional desta atividade, como bem assinala D'URSO *"Assim, toda vez que se confunde prerrogativa com privilégio, temos que reagir a demonstrar que as nossas prerrogativas profissionais são condições fundamentais para a observância das garantias individuais."* E essas garantias devem ser observadas pelo Poder Judiciário assim como por todos aqueles que atuam de forma direta ou indireta no exercício da advocacia, e aos advogados não basta pedir que sejam observadas, há que exigir o cumprimento.

1.4 AFASTAMENTO DO ADVOGADO DOS FORUNS: BALCÃO VIRTUAL

Entre outras transformações que envolvem o Direito, experimentadas no dia a dia pela advocacia, está o afastamento do advogado na condução do processo.

Primeiro grande afastamento foi a "estagiaria do atendimento" aos advogados, eis que a falta de reposição dos servidores que se aposentavam, ou que pediam transferências de Comarcas distantes e pequenas para as Capitais ou regiões metropolitanas, ou mesmo para Comarcas do litoral em busca de melhor qualidade de vida, associado à ausência de novos concursos públicos fez surgir neste cenário a figura do estagiário. De menor custo para o Estado, aliado ao viés de iniciar jovens ao mercado de trabalho, impulsionaram de forma direta o distanciamento do advogado à solução de impasses no andar dos processos, que antes eram resolvidos no atendimento pelo servidor, experiente e com conhecimento amplo sobre as questões do processo, o que não possuem os estagiários, por vezes substituídos ao fim de um semestre, promovendo pela rotatividade a lentidão no cumprimento de atos cartorários.

Ao tempo recente, da pandemia de 2020/2021, pela necessidade de continuar o andamento dos processos e aceleração da virtualização dos autos, foi implementado o “Balcão Virtual” mantido no pós pandemia que, se de uma forma agiliza o atendimento ao advogado, evitando deslocamentos até o Forum, por outro, muito mais preocupante, o afasta do entendimento pessoal com os servidores do cartório, pois nem tudo deve ser objeto de petição, o que, por certo, retarda o andamento processual pela necessidade de colclusão.

O Balcão Virtual, objeto da Recomendação n. 70/2020 do CNJ, sem, contudo, formatar como deveriam ser implementados, teve relegada a uniformização e cada Tribunal o fez de maneira diversa, mais ou menos eficiente, ou mesmo inexistente.

Buscamos informações com advogados que laboram em vários Estados a fim de buscar informações sobre a efetividade dos Balcões Virtuais e sobre a prestação dos serviços, perguntando a todos o seguinte: 1) Durante a Pandemia, no seu Estado (informe qual pfv) foi disponibilizado o Balcão Virtual? 2) Este atendimento se dá apenas por msg ou por chamada de vídeo no *WhatsApp*? 3) A análise das petições e posterior movimentação processual está nas mãos do Judiciário ou foi terceirizado à empresa privada? O resultado da enquete segue abaixo.

No Estado do Rio de Janeiro foi implementado o Balcão Virtual através da plataforma do próprio Tribunal com chamada de vídeo, e não há empresa privada administrando o andamento dos processos eletrônicos.

No estado de São Paulo o atendimento pelo Balcão Virtual se dá unicamente através de mensagens escritas, implementado com relevante atraso ante a necessidade, estabelecendo o atendimento via e-mail, com despachos virtuais e atualmente foi implementado atendimento presencial com redução no horário de funcionamento. Balcão Virtual ainda é ineficiente.

No RGS e em Santa Catarina, a plataforma utilizada atualmente nos processos virtuais foi desenvolvida pela Justiça Federal da 4ª região e cedida aos Tribunais dos Estado do RGS e de Santa Catarina, os quais tem distintas disponibilizações aos advogados.

No Rio Grande do Sul, envia-se mensagem de texto na plataforma do *WhatsApp* e aguarda-se pela resposta, que pode demorar horas ou, dependendo do horário, será

respondida no dia seguinte, sempre à tarde.

Em Santa Catarina, ao enviar a mensagem, a resposta é imediata através de chamada de vídeo, estabelecida pelo Cartório, onde o advogado literalmente, conversa com o servidor e dialogam virtualmente em tempo real com imagem compartilhada dos interlocutores. Esse é um verdadeiro “Balcão Virtual”.

No Estado do Paraná, a plataforma utilizada é o AppTeams, e o atendimento se dá por vídeo chamada, sendo gravada nos casos de processos que corram em segredo de justiça, com prévia identificação documental do atendido.

Outra situação pontual do RGS foi a terceirização do andamento dos processos, por ora, apenas os julgamentos são da lavra dos Magistrados, mas foi extinto o atendimento do advogado mesmo pelo “Balcão Virtual” em algumas Comarcas eis que contratadas as empresas privadas MULTICOM CUMPRIMENTO e MULTICOM TRIAGEM que estão responsáveis pela análise do trabalho do advogado e pela movimentação dos processos, como segue:

A partir de 20/06/2023 todos os cartórios do RS estão sob a atuação da Multicom Cumprimento (que fará todos os cumprimentos cartorários) e da Multicom Triagem (que analisa e impulsiona os processos em ordem cronológica, atendendo os localizadores petição, decurso de prazo e recebidos). Todos os servidores foram cedidos para essa equipe, restando no cartório somente o gestor, cuja função será o gerenciamento cartorário e auxílio nos despachos. Não é permitido contato externo de advogados e partes com a Multicom. Sendo assim, VSa deverá aguardar o andamento cronológico que será realizado pela por essa equipe.

A necessidade de qualificar os profissionais restou arredada uma vez que os servidores foram cedidos pelo Judiciário para a empresa privada, consoante informações prestadas por uma servidora quando acionado o Balcão Virtual, atendimento que restou relegado, ante a informação acima da alteração da sistemática de atendimento e movimentação dos processos.

A PEC 109/2007, proposta pelo gaúcho Deputado Federal Mendes Ribeiro Filho, pretendia suprimir nos ADCT da Constituição Federal, o art. 31 que diz: “Serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidas em lei, respeitados os direitos dos atuais titulares.” Talvez aí já houvesse pretensão pelo Estado do Rio Grande do Sul, de privatizar

parcela do Judiciário.

O objetivo era reduzir custos, como mencionado na justificativa da emenda proposta, nestes termos: “O principal objetivo almejado com a privatização é a redução de custos do Poder Judiciário com a manutenção dos Cartórios Judiciais, especialmente, com a renumeração de servidores.”

Parece que o Estado do Rio Grande do Sul pretendeu desenterrar essa intenção e mesmo sem alteração no texto constitucional, coloca sob o comando privado, as tarefas cartorárias de impulso processual, e o mais importante, de análise da importância das pretensões esposadas nos petítórios.

Há necessidade de que o Conselho Nacional de Justiça estabeleça de forma obrigatória o atendimento no nível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por todos os Tribunais, de forma que a agilidade no atendimento e manutenção da personalidade, determine o restabelecimento da dignidade do advogado na condução dos processos em que atua.

1.5 “LEGISLATIVIDADE JURISDICIONAL”: CASOS EM ANÁLISE

A questão da legislatividade jurisdicional tem mais de um reflexo na sociedade, de um lado, a invasão da seara legislativa e rompimento da premissa iluminista da tripartição do Estado, por outro lado, macula a segurança jurídica pois não determina o cumprimento efetivo da lei, verdade seja dita. Por vezes a aplicação analógica que fundamenta o julgado confronta a interpretação literal da lei.

Situação específica que se traz à baila o julgamento do Resp. 1.183.378/RS¹.

Não haverá aqui posicionamento contra a situação socialmente posta, que teve o desfecho que se pretendia através deste julgado, mas sim o meio pelo qual se chegou ao fim pretendido.

Note-se que a solução exigida é de cunho eminentemente legislativa, ainda necessária, SMJ.

E este julgamento trouxe outra consideração necessária a ser feita, a

¹ <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=1.183.378%2FRS&b=DTXT&tp=T>

exclusão de pessoas do mesmo grupo, não em sua maioria talvez, mas que também faz parte deste contingente.

Analisando o conteúdo da fundamentação deste julgado, temos que a decisão veio estribada na ausência de proibição na Lei Civil de que duas pessoas do mesmo sexo contraissem núpcias. Ocorre que no Código Civil, há pelo menos quinze artigos nominando os atos pré-nupciais, de proclamas, as obrigações, direitos e deveres, sempre mencionando o homem e a mulher, não proibindo literalmente, mas regulando expressamente o casamento heterossexual.

Não se tem notícias no mundo democrático de que haja ordenamento com tal proibição expressa, ela é afastada pela literalidade de dispositivos, como os acima citados.

Numa visão socialmente aceita, a união estável homoafetiva deveria realmente ser atendida pelos efeitos do casamento, pois se trata do atendimento a uma necessidade pessoal de realização que vê noutra pessoa do mesmo sexo a sua complementação.

Mas, esse mesmo Tribunal rechaça outra situação em que pelo menos duas pessoas têm na homoafetividade a sua também realização pessoal, quando admitem em seu relacionamento uma terceira pessoa.

Pois que o Trisal não tem o mesmo tratamento pelos Tribunais Superiores entendendo que não podem três pessoas formar uma família, porém, é a mesma situação de necessidade de autorrealização e o fundamento principal e contrário a este reconhecimento como fenômeno social é o fato de que historicamente a sociedade é monogâmica. Mas, historicamente também se defendeu a formação heteroafetiva da família.

Mais, depõe contra o posicionamento preconceituoso dos Tribunais, a questão da bigamia, *primeiro* porque estes mesmos Tribunais já autorizaram a traição, através da descriminalização do adultério, decisões reiteradas que determinaram a revogação legislativa da lei penal, no ponto, como deve ocorrer. Legislativo legislando.

Mantém por outro lado a criminalização da bigamia e a proibição civil de novo casamento ao tempo de anterior enlace em vigor. Este é o cerne da bigamia, sendo casado, casar novamente.

Este entendimento é o que trava a possibilidade de ter-se legalmente instituída a família triangular. E se a celebração fosse realizada ao mesmo tempo entre três pessoas que não estejam casadas quando do enlace? Tecnicamente não há bigamia nos termos da lei penal, visto que não se trata de pessoa casada que torna a casar na constância do primeiro casamento e também não há de se aplicar o art. 1.521, VI da Lei Civil por que o impedimento é de que os casados não podem casar. Na hipótese ventilada, o casamento é simultâneo entre as três pessoas interessadas.

A consensualidade não é presumida, ela é expressa. Não há situação de infidelidade, adúlterina, que nem é mais crime; não há situação de família paralelas, pois é uma, de três pessoas. Dentre essas três pessoas, duas delas tem na bissexualidade a satisfação dos seus anseios, dos seus ensejos e é a forma de alcançar a plena realização enquanto pessoa:

“O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.”

Estes aliás, são os fundamentos exarados pelo STF² no julgamento da ADPF n. 132 e ADI 4.277 o qual reconheceu a possibilidade de que a pessoa pode sim sentir afeto, amor e se autorrealizar em um relacionamento homoafetivo e que este é passível de tornar-se legalmente instituído pelo Casamento Civil, nos termos da Resolução

² <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&ori=1>

175/2013 do CNJ.

Este julgamento serviu de base para o voto do Relator no Resp. n. 1.183.378/RS acima comentado e que não localizou proibição no texto do Código Civil para a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, é de se lembrar a máxima de que a lei é contexto, não apenas texto.

Este é o ponto que se pretende seja objeto de reflexão na sociedade como um todo, englobando aí os operadores do Direito; advogado para manejar fundamentos consistentes e diversos objetivando o mesmo fim, de que se reconheça o Trisal como entidade familiar, enquanto apenas objeto da proibida Escritura Pública de união Estável entre três pessoas. Defensores Públicos para alicerçar esse entendimento. Ministério Público para velar pela aplicação dos Princípios Constitucionais da Isonomia, da Liberdade e da Dignidade da Pessoa Humana.

O que enseja esta análise é a disparidade no tratamento pelo mesmo Judiciário de situações congêneres, que tratam de gênero e orientação sexual no contexto da habitabilidade.

Com relação ao Trisal o CNJ foi longe ao ponto de proibir que as serventias notariais que lavram as Escrituras Públicas de União Estável, não o façam quando se tratar de união de três pessoas, mas em outra norma administrativa, obriga as mesmas serventias a promover o casamento homoafetivo. No Trisal é intrínseco a homoafetividade de pelo menos dois dos integrantes, e não se fala aqui sobre relação sexual, mas de relação de afeto.

O julgamento do pedido de providências n. 0001459-08-2016.2.00.0000 ocorrido no dia 26.06.2018, perpetrado pela Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, deve ser revisto, pois no período transcorrido desde o seu julgamento em 2013, a visibilidade sobre o tema ganhou força, e a discussão no meio jurídico, espaço. A transformação do formato familiar enquanto pedra de ângulo da sociedade é evidente, deve o Judiciário baixar a venda e lançar o olhar da Justiça sobre esta situação posta e que necessita do apoio jurisdicional no mesmo sentido das decisões lançadas nos julgamentos da ADPF n. 132 e ADI n. 4.277 sob pena de manter instabilidade jurídica e afastar a paz social.

A par da transformação do Direito ante as tecnologias inseridas nos

processos e na processualística, não se pode olvidar que o amor não é eletrônico, nem digital, ainda é pessoal e físico.

Outra situação posta que atesta a insegurança que julgados dissociados ao texto legal trazem ao sistema jurisdicional e jurídico, é vista em situação totalmente diversa da apresentada acima, mas que reflete a mesma legislatura jurisdicional.

Ao exemplo se tem a ADI 6708³, que trata da inconstitucionalidade do § 8º do art. 29 da Lei 10.683/2003 incluído pela Lei 12.462/2011 que visava o aproveitamento no Departamento da Polícia Ferroviária Federal dos Agentes de Segurança Metroviária, empregados públicos concursados, que desempenham a função dos Policiais Ferroviários Federais ao tempo imediatamente anterior do encerramento da RFFSA, note-se que em parte, são inclusive as mesmas pessoas, transferidas de uma empresa pública federal para outras igualmente empresas públicas federais. Ocorreu o não julgamento do mérito desta ADI em face da revogação da Lei 12.462/2011 na sua totalidade, porém, na decisão que ensejou o encerramento processual da ADI, o Min. Relator asseverou que seria voto pela inconstitucionalidade deste reconhecimento da atividade policial dos agentes de segurança metroviária ante a ausência de lei regulamentadora do inciso III do art. 144 da Constituição federal, o qual se ocupa, exclusivamente, da polícia ferroviária federal. Ou seja, a PFF está devidamente prevista na Constituição Federal e seu trabalho vem sendo desenvolvido nos exatos meios e forma que antes da transferência de seus agentes a empresas criadas a partir da extinção das atividades da RFFSA, tais como Trensurb e CBTU.

De outro lado, o recente julgamento da ADPF⁴ 5780 reconheceu a constitucionalidade da Lei 13.022/2014 que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais considerando o exercício do Poder de Polícia, uniformizadas, tendente ao patrulhamento ostensivo e porte de arma, uso progressivo da força, como se observa como dever e obrigações das polícias militares dos estados.

O § 8º do art. 144 da Constituição Federal, prevê as guardas municipais para proteção e preservação dos bens municipais, referindo expressamente: *"Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e*

³ <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho898376/false>

⁴ <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur484211/false>

instalações, conforme dispuser a lei. A lei n. 13.022/20104 que veio regulamentar este dispositivo extrapolou os contornos constitucionais, por isso mesmo foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ora, de um lado não são reconhecidos como policiais aqueles que exercem as mesmas funções que exerciam anteriormente, cuja atividade está nominada no texto constitucional. Por outro lado, outra decisão autoriza a criação de cargos de polícia municipal, o que é vedado pela própria Constituição, via regulamentação de dispositivo da Constituição Federal.

Veja-se, que nos dois casos apresentados acima, não é o Direito em si que é reconhecido via prestação jurisdicional, é efetivamente a criação de direitos através de notória legislatura jurisdicional.

1.6 CONCLUSÃO

O papel da advocacia, no tocante, é quanto aos eventuais excessos e desvios da função jurisdicional que não se pode confundir com a sensibilidade diante da missão de julgar, embora por vezes, o olhar do julgador deva ir além das engessadas paredes da lei ultrapassada pelos movimentos helicoidais da sociedade.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar os Magistrados que, atentos aos movimentos sociais e aplicando a analogia cabível e não desassistida de razoabilidade, promovem a efetividade processual alcançando a satisfação do bem tutelado almejado pelas partes.

Essa forma do Judiciário entregar o Direito com olhar atento aos fatos sociais e às necessárias modificações legislativas que não ocorrem no mesmo tempo do modificar social, não pode ser regra e nem excluída de limites que impeçam a possibilidade de decisões que se confrontam, como visto, e tampouco que confrontem o texto legal em vigor.

E a atuação do Judiciário neste contexto é uma das faces que mostram a transformação porque passa o Direito, e o exercício da Advocacia é fundamental para ensejar a aplicação da jurisdição sem extrapolar esses limites, não só pelo manejo recursal, mas prioristicamente, pela realização de debates e estabelecimento de diálogos

entre a sociedade e o Judiciário.

REFERÊNCIAS

DE MORAES, Artur Bobsin. <https://www.migalhas.com.br/depeso/360245/estuda-o-direito-esta-em-constante-transformacao>. Acesso ao sitio em 06/09/2023.

DIOGO, Arthur Pimentel. O papel do advogado na transformação social do nosso país – Instituto Nelson Wilians (inw.org.br). Acesso ao sitio em 06/09/2023.

D'URSO, Luiz Flavio Borges. A VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS COMO CRIME DE ABUSO DA AUTORIDADE. Anais da XXII Conferência Nacional dos Advogados. Vol. 3. OAB Conselho Federal, Brasília, 2015

TELLES, Cássio Lisandro. PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA NO JUDICIÁRIO TELEPRESENCIAL: uma releitura do artigo 7º. da Lei 8.906/94. *In* Ensaio sobre a Transformação digital no Direito. OAB Editora, Brasília- DF, 2021.

2. A ERA DAS GRANDES TRAGÉDIAS AMBIENTAIS: O PAPEL DA ADVOCACIA E DO DIREITO NA RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL

Mariana Rocha Barreto

Alex Daniel Barreto Ferreira

2.1 INTRODUÇÃO

A questão do Direito Ambiental Internacional tem se destacado cada vez mais nas discussões jurídicas contemporâneas, à medida que o meio ambiente transcende fronteiras nacionais e se torna uma responsabilidade global. O presente artigo, intitulado "A era das grandes tragédias ambientais: o papel da advocacia e do direito na responsabilização internacional," explora o panorama do Direito Ambiental Internacional e seu impacto na advocacia moderna, com ênfase na responsabilização legal em nível internacional.

O século XX marcou o despertar da consciência internacional em relação à proteção do meio ambiente, um tema que transcende as fronteiras políticas. O Direito Ambiental Internacional, como observado pelo internacionalista Valério Mazuolli, não é um ramo autônomo da Ciência Jurídica, mas sim um fenômeno que internacionaliza as preocupações ambientais e requer uma abordagem especializada para sua sistematização.

Este artigo traça a evolução do Direito Ambiental Internacional desde os anos 1930 e 1940, quando os Estados começaram a reconhecer a importância da preservação dos recursos naturais. O surgimento do "Movimento Verde" nas décadas de 1960 e 1970, com países como Alemanha, Estados Unidos, Inglaterra e nações nórdicas estabelecendo Ministérios do Meio Ambiente, refletiu um compromisso crescente com a proteção ambiental.

O texto também destaca eventos cruciais, como o desastre do navio petroleiro "Torrey Canyon" em 1967 e a Convenção de Bruxelas de 1969, que tratou da responsabilidade civil pela poluição por hidrocarbonetos. A Conferência de Estocolmo em 1972 foi um marco ao colocar a proteção ambiental como uma questão global.

A ECO-92, realizada no Rio de Janeiro em 1992, é mencionada como um evento

histórico que estabeleceu diretrizes para a proteção do clima, biodiversidade e florestas, bem como a criação da Agenda 21 para promover o desenvolvimento sustentável.

A proteção ambiental é considerada intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais da pessoa humana, pois visa garantir um meio ambiente saudável e, por extensão, uma qualidade de vida digna. Isso desafiou os operadores do direito a buscar soluções além das jurisdições nacionais, recorrendo a tribunais internacionais quando necessário.

A seção subsequente do artigo explora a forma como as questões ambientais são tratadas nos tribunais internacionais. Embora não exista um tribunal internacional dedicado exclusivamente a causas ambientais, as ameaças transfronteiriças ao meio ambiente frequentemente acionam a competência de tribunais regionais de direitos humanos, como o sistema interamericano e europeu, ou mesmo a Corte Internacional de Justiça.

A análise de casos como "De la Oroya vs Peru" e "López Ostra v. Espanha" ilustra como questões ambientais são abordadas nos tribunais de direitos humanos, muitas vezes recorrendo a direitos humanos individuais para proteger o meio ambiente.

Por fim, o artigo examina dois dos maiores desastres ambientais no Brasil - os rompimentos das barragens de Mariana e Brumadinho. Ambos os casos destacam a necessidade de justiça para as vítimas, o meio ambiente e as comunidades afetadas. Embora ações civis tenham sido tomadas para reparação, ninguém foi responsabilizado criminalmente até o momento.

O artigo também explora a possibilidade de responsabilização penal em âmbito internacional, especialmente em relação ao crime de ecocídio. Embora esse crime não seja tipificado no Brasil, sua aplicação em tribunais internacionais, como o Tribunal Penal Internacional, é debatida. Polly Higgins e a ONG "Stop Ecocide" são citadas como defensoras da transformação do ecocídio em um crime internacional perante o Estatuto de Roma.

Em resumo, este artigo oferece uma visão abrangente do Direito Ambiental Internacional e seu impacto na advocacia moderna, destacando a necessidade de responsabilização internacional em casos de grandes tragédias ambientais, como as ocorridas em Mariana e Brumadinho, e a possibilidade de tornar o ecocídio um crime internacionalmente reconhecido.

2.2 O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL: UMA REALIDADE PALPÁVEL PARA A ADVOCACIA MODERNA

A preocupação com o meio ambiente é tema constantemente pautado nos diálogos estabelecidos no âmbito do Direito Internacional. Tais debates datam do século XX, quando os Estados começaram a notar que o meio ambiente é responsabilidade de todos, sem separação de fronteiras. Inicialmente, é importante definir a natureza do Direito Ambiental Internacional para o Direito, aqui conforme o internacionalista Valério Mazuolli (2020, p.916):

É importante esclarecer, neste item introdutório, que o chamado Direito Internacional do Meio Ambiente *não* é ramo autônomo da Ciência Jurídica, notadamente pelo fato de não se constituir de regras e princípios próprios. Em outras palavras, as características do Direito Internacional do Meio Ambiente não se desprendem por qualquer maneira do Direito Internacional Público, nem do Direito Internacional Privado. Assim, quando se fala em *Direito Internacional do Meio Ambiente* o que se quer expressar é o fenômeno da internacionalização da temática ambiental e a necessidade de sistematização especial. (MAZUOLLI 2020, p.916).

O marco inicial do modelo de direito internacional ambiental conhecido tem pontapé inicial entre os anos de 1930 e 1940, quando os estados começaram a compreender a importância de conservar seus recursos naturais.

É apenas nos anos de 1960, porém, que esse ramo do direito internacional começa a tomar uma forma mais definida, por meio de um “Movimento Verde”. A Alemanha, os Estados Unidos da América, a Inglaterra e os países nórdicos, por exemplo, organizaram internamente Ministérios do Meio Ambiente (GUERRA, 2020, p. 275), e, em Nova York, Rachel Carson lançou “A Primavera Silenciosa”, um livro que levou ao público norte-americano os efeitos adversos do uso de pesticidas no meio ambiente, o que acelerou a discussão no país e no mundo.

Alguns anos depois, em 1967, o navio petroleiro “*Torrey Canyon*” naufragou na costa da Inglaterra, causando um grande acidente ambiental, o que seguramente influenciou nos debates que culminaram na adoção do texto final da Convenção de Bruxelas, de 1969, que tratou sobre a responsabilidade civil pela poluição de hidrocarbonetos, também alimentando a questão ambiental no âmbito internacional (GUERRA, 2020, p. 276).

Dado esse primeiro passo, outras conferências e convenções seguiram nos anos posteriores, tendo em vista o papel da Conferência de Estocolmo em colocar a proteção ambiental como um problema global. Em 1985, diversas nações se reuniram, na Áustria, para tratar sobre uma nova preocupação ambiental: a destruição da camada de ozônio e seus impactos.

Dois anos mais tarde, essa reunião deu origem ao Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, um tratado internacional que impõe obrigações aos Estados Partes de promover ações para progressiva redução no uso das referidas substâncias, até sua total eliminação. Atualmente, o tratado apresenta adoção universal, com 197 (cento e noventa e sete) Estados Partes (PROGRAMA BRASILEIRO DE ELIMINAÇÃO DOS HCFCs 2017, n.p).

Em 1992, foi realizada, no Rio de Janeiro, a ECO-92, com a presença de delegações de 175 países, revisando o que já havia sido pactuado na Conferência de Estocolmo e criando declarações que buscavam proteger o Clima, a Biodiversidade e as Florestas. Foi também criada a Agenda 21, documento que visou a instauração de um desenvolvimento sustentável⁵ nos países signatários (MAZUOLLI, 2020, p.917-918). A ECO-92 fez história para o Direito Internacional Ambiental e, para acompanhar o que foi acordado e pactuado neste evento, outros seguiram, com cada vez mais países participantes.

Realizado este apanhado histórico, é importante destacar que os esforços desses países em prol do meio ambiente buscam, principalmente, proteger a vida humana. Esse movimento somente iniciou quando os países perceberam que destruir a natureza afeta a saúde, a vida e o bem-estar das pessoas que vivem na Terra. Como afirma Valério Mazuolli (2020, p.927):

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus aspectos relativos à vida humana, tem por finalidade tutelar o meio ambiente em decorrência do direito à *sadia qualidade de vida*, em todos os seus desdobramentos, sendo considerado uma das vertentes dos direitos fundamentais da pessoa humana. (MAZUOLLI 2020, p.927).

Evidentemente, esse aprofundamento do direito internacional ambiental impôs novos desafios aos operadores do direito que, objetivamente, passaram a desafiar os limites da jurisdição nacional e a provocar, por via de consequência, a jurisdição de

⁵ Em 1987, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, das Nações Unidas, publicou o Relatório Brundtland, que definiu o Desenvolvimento Sustentável como algo que deve “preencher as necessidades do presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras”.

tribunais internacionais aptos a discutir o tema e, quando necessário, intervirem com fundamento nos tratados firmados pelos estados nacionais.

Milaré (2021,p. 176) sustenta que a atividade cotidiana da advocacia ambiental tem demonstrado as possibilidades que uma atuação ética e responsável por parte do advogado pode proporcionar à proteção da natureza e à garantia da qualidade de vida, principalmente no ambiente urbano.

E, nesse sentido, é esse desempenho da atividade jurídica que afere a grandiosidade das questões envolvidas que solidifica uma jurisprudência, inclusive sob o ponto do direito internacional.

2.3 O DIREITO AMBIENTAL NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

As ameaças ao meio ambiente são transfronteiriças e usualmente afetam os interesses de mais de um Estado nacional. Tal circunstância pode, necessariamente, atrair a competência de tribunais internacionais, estes usualmente imparciais e capazes de julgar demandas dessa natureza.

Ocorre que, até o momento, não há tribunal internacional especializado em causas relativas ao meio ambiente. Não obstante, autores como Milaré (2021, p. 819) citam a necessidade de composição de esforços para criação de tribunais dessa natureza:

(...) já que a globalização dos problemas ambientais (chuva ácida, efeito estufa, destruição da camada de ozônio, poluição transfronteiriça etc.) enseja, cada vez mais, a assinatura de tratados e convenções destinados a reger o comportamento das nações em defesa do ambiente planetário. Fala-se, até com certa insistência, na necessidade da criação de um tribunal internacional, dentro do sistema da ONU, para compor os problemas ecorrentes das divergências em escala mundial. (MILARÉ 2021, P. 819)

Assim, as demandas são levadas aos tribunais nas instâncias regionais de direitos humanos, como o sistema interamericano e o sistema europeu, ou até mesmo debatidos na Corte Internacional de Justiça, no que se denomina na doutrina de “apreciação por ricochete”.

Trata-se de uma construção das bases de judicialização que parte de grupos de advogados nacionais inspirados na necessidade de obtenção de reparação transindividual em casos dessa natureza.

Como exemplo, o caso “*De la Oroya vs Peru*”, onde restou comprovado que a

poluição do ar causada por um complexo metalúrgico prejudicou a saúde dos moradores da região, mas também feriu o meio ambiente, resultando em medidas cautelares em favor dos moradores locais, outorgadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2020, p.934).

Já no sistema europeu, Mazuolli (2020, p. 934) demonstra uma das decisões mais exemplificadoras sobre a tutela ambiental, no caso “*López Ostra v. Espanha*”:

[...] a *quaestio juris* ambiental foi resolvida pela Corte Europeia por intermédio da proteção ao domicílio, quando se afirmou o direito das vítimas individuais de viverem em um meio ambiente sadio. No caso, a família López Ostra alegava a violação dos direitos à integridade física e ao respeito pela vida privada e familiar, decorrente da emissão de poluentes (gás sulfúrico etc.) vindos de uma estação de tratamento de águas e resíduos na cidade espanhola de Lorca. (MAZUOLLI, 2020, p. 934)

Todavia, como são questões levadas à cortes e instâncias de Direitos Humanos, é necessário encontrar um direito pertencente ao indivíduo, como o direito à vida, à saúde, à liberdade, etc, para encaminhar as questões ambientais para esses tribunais. A proteção ao meio ambiente, então, por diversas vezes, ocorre de maneira reflexiva, também conhecida como “por ricochete”, se utilizando de um direito humano que está sendo violado por meio da degradação ao meio ambiente, para, então, ser possível protegê-lo (MAZZUOLI, 2020, p.934).

Esse fenômeno, chamado por Mazzuolli de “esverdeamento” dos sistemas regionais de direitos humanos, também é levado para tribunais globais, como é o caso da Corte Internacional de Justiça. Por ter uma competência material bastante ampla, este tribunal pode julgar os mais variados casos em questões ambientais internacionais, tendo essas questões crescido exponencialmente a partir de 1990, o que resultou na criação, em 1993, de uma Câmara Especial sobre Meio Ambiente (ANDRADE, 2017, p. 45-46).

Por fim, um importante tribunal internacional para as discussões sobre o Direito Ambiental Internacional é o Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar. Ele versa, principalmente, sobre a utilização e conservação dos recursos marinhos e o estudo e a preservação do meio marinho, contendo regras expressas sobre a preservação ambiental nos arts. 192 a 237 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar⁶, na Parte XII, intitulada “Proteção e Preservação do Meio Marinho” (BRASIL, 1990, n.p).

Uma boa parte das controvérsias julgadas por este tribunal, segundo Andrade

⁶ A referida convenção foi promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990.

(2017, p.47), são “relativas ao direito do mar, grande parte das quais se trata de disputas acerca de fronteiras marítimas ou de delimitação de plataformas continentais e ZEEs⁷”. Porém, também é responsável por tratar sobre questões ambientais, como os casos da Usina de Mox, do Aterramento Marítimo, do Rio Indus, entre outros (ANDRADE, 2017, p.47).

A viabilização do acesso aos sistemas regionais ou à Corte Internacional de Justiça depende, por óbvio, da construção de teses jurídicas suficientemente fortes por grupos de advogadas e advogados dos estados nacionais, que são cada vez mais demandados.

Assim, é possível observar que embora não exista um tribunal internacional exclusivo para tratar sobre questões ambientais, o “esverdeamento” dos tribunais, sejam eles regionais ou globais, é frequente, sempre existindo, de alguma forma, a necessidade de tratar sobre agressões ao meio ambiente nessas instâncias.

2.4 AS TRAGÉDIAS DE MARIANA E BRUMADINHO E OS REFLEXOS LEGAIS

Em 2015 na cidade de Mariana, em Minas Gerais, uma barragem de rejeitos de mineração denominada “Fundão”, controlada pela empresa de mineração Samarco, formada pelas empresas Vale e BHP Billiton, rompeu, atingindo diversos municípios da região e o rio Doce. A barragem foi construída para controlar os rejeitos provenientes da extração de minério de ferro das minas existentes na localidade, e despejou aproximadamente 40 (quarenta) milhões de metros cúbicos de lama no subdistrito de Bento Rodrigues.

Anos depois, em 2019, dessa vez no município de Brumadinho - MG, a barragem da Mina Córrego do Feijão, controlada pela mesma Vale, também rompeu, despejando os rejeitos de uma mina de ferro da região. Enquanto a tragédia em Mariana causou 19 (dezenove) mortes, Brumadinho causou 259 (duzentos e cinquenta e nove), sendo um dos maiores desastres ambientais no país, tendo despejado 14 (catorze) milhões de toneladas de lama nas regiões adjacentes.

Diante de todas as similaridades: dos responsáveis, do tipo das barragens, da localidade (Estado de Minas Gerais) e também de seus efeitos, os desastres de Brumadinho e Mariana passaram a ser debatidos e discutidos juntos.

⁷ “ZEEs” é a sigla para Zonas Econômicas Especiais, regiões de um país que possuem legislações econômicas e tributárias diferentes do restante do país, com o objetivo de atrair investimentos internos e externos.

No que diz respeito ao meio ambiente, ambos os rompimentos causaram impactos que mudaram drasticamente a vida das pessoas nas regiões. Em Brumadinho, por exemplo, o Rio Paraopeba, afetado pelos dejetos do rompimento, se tornou impróprio para consumo e agricultura. Isso resultou em sede, já que menos de 40% das famílias atingidas possuem hoje abastecimento regular de água, e em diminuição de renda - 2 (dois) anos depois, 62,2% das famílias atingidas não exercem nenhum tipo de atividade remunerada - diante da contaminação da água e do solo, e da morte de rebanhos e animais (G1,2021, n.p).

Em Mariana, os dejetos atingiram o Rio Doce, que deságua no Espírito Santo, e estudos realizados pela Rede Solos Bentos Rio Doce confirmaram a presença de metais na água, no solo e nos peixes, também afetando os moradores da região. Os estudos observaram ainda impactos no ecossistema do rio e da região marinha próxima, bem como perda da biodiversidade e mudanças no habitat do rio. Segundo os pesquisadores, o rompimento da barragem ainda colocou o rio em grande risco ecológico, diante da relação dos moradores da região com o rio (GAZETA, 2021, n.p).

Diante de todos os efeitos causados pelo rompimento das barragens, muito se falou sobre justiça - para as vítimas, para o meio ambiente e para os moradores das regiões afetadas.

Segundo o presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, os acontecimentos de Brumadinho e Mariana geraram mais de 84 mil ações na referida corte, até dezembro de 2019 (CONJUR, 2019, n.p).

Para resolutividade das demandas, muitos acordos foram realizados, e até mesmo um Incidente de de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi instaurado para lidar com a questão da interrupção do fornecimento de água na região do Rio Doce, considerando o que já foi relatado acima (CONJUR, 2019, n.p).

Segundo o ConJur, o desembargador Nelson Missias ainda acrescentou como medidas tomadas, entre outras, a implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) na comarca, a determinação de auxílio econômico à comunidade atingida, o bloqueio de valores da mineradora Vale; e a reestruturação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) local.

Ocorre que, destarte todas as ações tomadas na esfera civil, com indenizações, acordos e TACs, até o momento ninguém foi punido criminalmente pelos ocorridos. Sobre Mariana, 5 (cinco) pessoas, entre diretores e gerentes da Samarco, respondem por crimes de inundação e desmoronamento seguidos de morte, além de delitos ambientais na Justiça Federal.

Sobre Brumadinho, a situação se repete. Até o momento, ninguém foi julgado, embora 16 (dezesesseis) pessoas, entre engenheiros e dirigentes da Vale e da consultoria Tuv Sud, respondam por homicídio doloso duplamente qualificado, além de crimes ambientais (MG2, 2021, n.p).

Ressalta-se que, no caso de Mariana, os responsáveis haviam sido denunciados por homicídio qualificado com dolo eventual, o que foi eventualmente superado para os crimes pelos quais respondem atualmente (PIMENTEL, G1, 2020, n.p).

Nesse contexto, organizações de sociedade civil, representadas por grupo de advogadas e advogados, levaram denúncias sobre o caso para o 172º Período de Sessão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que ocorreu em 2019, além de também terem levantado a questão sobre o comportamento do Estado Brasileiro com as práticas da empresa (CAETANO, BRASIL DE FATO, 2019, n.p). Ademais, o Conselho Nacional de Direitos Humanos do governo brasileiro concluiu que o desastre em Mariana gerou graves violações aos Direitos Humanos (BRASIL, 2017, p.49).

Tal caminho, percorrido por grupos de advogados, é capaz de resultar não apenas na responsabilização do Estado brasileiro, como na adoção de medidas de não repetição pelo estado nacional, grande trunfo no modelo de advocacia estratégica adotada pelos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.

O caminho da reparação, via sistema regional, parece ser também o mais factível, não obstante muito se discuta sobre a possibilidade de atração da responsabilidade criminal de agentes causadores – por ação ou omissão – dos episódios de Brumadinho e de Mariana.

2.5 OS CAMINHOS INTERNACIONAIS A SEREM PERCORRIDOS NAS TRAGÉDIAS AMBIENTAIS DE MARIANA E BRUMADINHO PARA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

Embora não exista, no Brasil, a tipificação do crime de Ecocídio, os acontecimentos de Brumadinho e Mariana são facilmente enquadrados nos conceitos de Ecocídio tal qual desenvolvido pela advogada Polly Higgins⁸, responsável por tornar o termo “ecocídio” conhecido para o mundo inteiro. Higgins, a propósito sugeriu emendar o Estatuto de Roma, em 2010, para que o Tribunal passasse a punir o crime de ecocídio

⁸ Polly Higgins (1968-2019) foi uma escritora, advogada e especialista em leis sobre o Ecocídio. Foi uma das criadoras da campanha “Stop Ecocide”, com o objetivo de tornar o crime de Ecocídio um crime internacional perante o Tribunal Penal Internacional, através de uma emenda ao Estatuto de Roma (<https://pollyhiggins.com/>).

que seria assim tipificado:

1. atos ou omissões cometidas em tempo de paz ou conflito, por qualquer membro sênior do governo, de empresas ou outra entidade, que causem, contribuam, ou seja esperado que causem ou contribuam para um severo dano ecológico, climático ou cultural, ou que causem ou contribuam para o dano ou destruição de ecossistemas de um determinado território ou territórios, ao ponto que o pacífico aproveitamento pelos habitantes foi ou será severamente prejudicado. 2. para estabelecer a gravidade do crime, impactos devem ser extensos, de longa duração ou severos.⁹ (ECOCIDE LAW, n.d, n.p)

Nos casos de Mariana e Brumadinho, a omissão das empresas responsáveis pelas barragens gerou um dano severo aos ecossistemas das regiões afetadas, que prejudicou os habitantes de uma grande área, de maneira prolongada e severa.

No entanto, por mais que futuramente os suspeitos sejam condenados pelos crimes ambientais existentes no país, não serão condenados pelo que efetivamente ocorreu: o crime de ecocídio, já que ele inexistente na jurisdição brasileira.

A situação vivenciada no Brasil não é exclusividade do país. Em outros países, que também não possuem legislação específica criminalizando o ecocídio, as vítimas também encontram entraves em punir os responsáveis por graves crimes ambientais ocorridos em suas regiões, diante da complexidade que esses crimes trazem, por envolverem diversos atores, como governos, empresas, vítimas e ativistas.

Dúvida relevante, contudo, diz respeito à possibilidade de aplicação de eventuais penas a esses agentes no âmbito de eventuais Tribunais Internacionais, nomeadamente o Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, originou-se da necessidade de criar um tribunal internacional permanente para julgar os crimes considerados mais graves para a humanidade, depois das experiências com os Tribunais ad hoc para Ruanda, Nuremberg, Tóquio e para a Ex-Iugoslávia.

Com sede em Haia, nos Países Baixos, o Tribunal Penal Internacional, de atuação meramente subsidiária, ou seja, quando os países membro não conseguem ou não possuem condição para mobilizar sua jurisdição interna, consagra alguns princípios para o seu funcionamento que valem a pena serem destacados.

⁹ Traduzido do original: 1.acts or omissions committed in times of peace or conflict by any senior person within the course of State, corporate or any other entity's activity which cause, contribute to, or may be expected to cause or contribute to serious ecological, climate or cultural loss or damage to or destruction of ecosystem(s) of a given territory(ies), such that peaceful enjoyment by the inhabitants has been or will be severely diminished. 2.To establish seriousness, impact(s) must be widespread, long-term or severe.

Em sua criação, a comunidade internacional considerou 4 (quatro) crimes como os mais graves para a humanidade e que deveriam fazer parte da competência do tribunal: o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. Os três primeiros são minuciosamente dissecados pelo Estatuto, enquanto a definição do último foi posteriormente decidida apenas em 2010, nas Emendas de Kampala.

Durante os rascunhos para a criação do já discutido Estatuto de Roma, a ideia de punir quem causasse grave dano ao meio ambiente também foi colocada em pauta, como o crime “Doloso e Severo dano ao Meio-Ambiente”¹⁰, em tradução literal.

A Comissão de Direito Internacional¹¹, em 1991, criou um Draft Code, espécie de rascunho, dos Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, que, no art. 26, disciplinava “um indivíduo que dolosamente cause ou ordene que causem, extenso, longo e severo dano ao meio ambiente, deverá ser sentenciado.” (GREENE, 2019, p.15-16)¹².

A sua inserção, todavia, encontrou diversos obstáculos, principalmente políticos. Muitos países se opuseram a inclusão de menção à um crime ambiental, acredita-se que por medo de serem punidos por esse crime ao testarem armas nucleares e utilizarem energia nuclear - ressalta-se que essa discussão ocorreu por volta de 1996, mais ou menos 10 (dez) anos após o mundialmente conhecido acidente na usina nuclear de Chernobyl.

Assim, por toda a movimentação existente à época, quando o texto final do Estatuto foi votado pela Assembleia, o retromencionado artigo 26 havia sumido (GREENE, 2019, p.15-17).

Dessa forma, a questão ambiental somente é encontrada no Estatuto de Roma no artigo 8, que disciplina os Crimes de Guerra. Nesse sentido, disserta que um dos atos possíveis de serem caracterizados como Crimes de Guerra é:

Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; (BRASIL, 2002, n.p)

O trecho acima, por sinal, é o único no Estatuto de Roma em que está presente o termo “meio ambiente”.

Ocorre que, para ser emendado, um país signatário do Estatuto de Roma deve iniciar o processo, e, se os Estados Partes aceitarem votar a proposta, se reunirão na

¹⁰ Tradução do original: “Willful and Severe Damage to the Environment”.

¹¹ A International Law Commission foi estabelecida em 1947 na Carta das Nações Unidas, com o objetivo de estudar e fazer recomendações para encorajar o progresso do Direito Internacional. (<https://legal.un.org/ilc>)

¹² Tradução do original: “an individual who willfully causes or orders the causing of widespread, long-term and severe damage to the natural environment shall, on conviction thereof, be sentenced.”

Assembleia dos Estados Partes ou numa Conferência de Revisão, somente sendo aceita a emenda se contar com no mínimo o voto de dois terços dos Estados signatários do Estatuto de Roma (BRASIL, 2002, n.p).

Em 2016, a já mencionada Polly Higgins, juntamente com Jojo Metha, fundou a ONG “Stop Ecocide”, a única ONG no mundo que tem como foco exclusivo transformar o Ecocídio em um crime internacional perante a jurisdição do Estatuto de Roma e do Tribunal Penal Internacional.

No entanto, o que se observa é que ainda que, não obstante os crimes praticados em Brumadinho e Mariana inspirem a possibilidade de mobilização de um Tribunal Internacional, especialmente dada a incapacidade revelada pelos Tribunais brasileiros em aplicarem as penas correlatas aos potenciais autores do crime, a inexistência de previsão legal expressa para esse tipo penal parece, ao menos em primeira análise, impedir o acesso à jurisdição do TPI.

2.6 CONCLUSÃO

No contexto da crescente conscientização global sobre a importância da proteção ambiental, o papel da advocacia e do direito na responsabilização internacional torna-se cada vez mais crucial. Este artigo explorou a evolução do Direito Ambiental Internacional, destacando sua internacionalização como resposta às preocupações ambientais transfronteiriças. Desde as primeiras discussões sobre a proteção do meio ambiente até as conferências internacionais que moldaram tratados e acordos ambientais, fica claro que a preservação ambiental está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente o direito a uma vida saudável e à qualidade de vida.

As tragédias ambientais de Mariana e Brumadinho, que afetaram profundamente o Brasil, serviram como estudos de caso impactantes. Esses desastres demonstraram as implicações devastadoras da negligência ambiental e da falta de responsabilidade das partes envolvidas. As vidas perdidas e os ecossistemas degradados nesses eventos trágicos chamaram a atenção para a necessidade de buscar justiça não apenas para as vítimas, mas também para o meio ambiente.

A análise das ações civis e das demandas por reparação nas cortes nacionais revela que, embora tenham sido tomadas medidas para compensar as vítimas e restaurar parte do dano ambiental, a responsabilização criminal ainda não foi plenamente alcançada. Os

responsáveis pelas tragédias de Mariana e Brumadinho não foram julgados e condenados criminalmente até o momento.

A ausência de uma legislação específica no Brasil que tipifique o ecocídio, assim como em muitos outros países, cria obstáculos para responsabilizar criminalmente aqueles que causam sérios danos ao meio ambiente. No entanto, a noção de ecocídio tem ganhado destaque internacionalmente, sugerindo a necessidade de considerar a possibilidade de responsabilização penal em nível global.

Nesse contexto, o Tribunal Penal Internacional (TPI) emerge como uma possível instância para lidar com crimes ambientais internacionais, embora a atual estrutura do Estatuto de Roma não inclua uma definição clara de ecocídio. A criação da ONG "Stop Ecocide" e seus esforços para tornar o ecocídio um crime internacional sob a jurisdição do TPI indicam um movimento em direção a uma maior responsabilização criminal por danos ambientais graves.

Em resumo, este artigo enfatiza a importância da advocacia ambiental na busca pela justiça e responsabilização internacional em casos de tragédias ambientais. As lições aprendidas com os desastres de Mariana e Brumadinho destacam a necessidade de aprimorar o quadro legal para incluir o ecocídio como um crime internacional e explorar a jurisdição do TPI para casos dessa natureza. A proteção do meio ambiente não é apenas uma questão de sustentabilidade, mas também de direitos humanos e responsabilidade global. Portanto, é fundamental que a advocacia e o direito desempenhem um papel proativo na defesa da justiça ambiental e na promoção de um mundo mais sustentável e equitativo.

REFERÊNCIAS

ADOPTION Of Amendments On The Crime Of Aggression. 11 June 2010. Disponível em: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/AMENDMENTS/CN.651.2010-ENG_CoA.pdf. Acesso em: 20 Jul 2023.

AGÊNCIA BRASIL. Mariana: pesquisadores encontram metais tóxicos em peixes do Rio Doce. **A GAZETA.** 2021. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/mariana-pesquisadores-encontram-metais-toxicos-em-peixes-do-rio-doce-0421>. Acesso em: 20 Jul 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 99.165, de 12 de março de 1990. **Convenção Das Nações Unidas Sobre O Direito Do Mar.** Brasília, 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 Jul 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 20 Jul 2023.

CAETANO, Bruna. Sociedade civil denuncia Vale na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **BRASIL DE FATO**, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/10/sociedade-civil-denuncia-vale-na-comissao-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso em: 20 Jul 2023.

ECOCIDE LAW. **Ecocide Law.** History. Disponível em: <https://ecocidelaw.com/history/>. Acesso em: 20 Jul 2023.

FALK, Richard A. **Environmental Warfare And Ecocide Facts, Appraisal And Proposals.** Princeton. 1973. Disponível em: <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201973/RBDI%2019731/RBDI%201973.1%20%20pp.%201%20%C3%83%C2%A0%2027%20-%20Richard%20Falk.pdf>. Acesso em: 08 Set 2023.

FREELAND, Steve. **Crimes Against The Environment – A Role For The International Criminal Court?** Camberra, 2004. Disponível em:

<https://researchdirect.westernsydney.edu.au/islandora/object/uws:1738>. Acesso em: 08 Set 2023.

GREENE, Anastacia. **The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?** Chicago, 2019. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1814&context=elr>. Acesso em: 08 Set 2023.

HIGGINS, P.; SHORT, D.; SOUTH, N. **Protecting the planet: A proposal for a law of ecocide.** London. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/257552825_Protecting_the_planet_A_proposal_for_a_law_of_ecocide. Acesso em: 08 Set 2023.

MAZUOLLI.V.D.O. **Curso de Direito Internacional Público:** Grupo GEN, 2020. 9788530990442. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990442/>. Acesso em: 08 Set 2023.

MILARÉ, Édis **Direito do ambiente** [livro eletrônico] / Édis Milaré. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020. 6 Mb ; ePub 5. ed. e-book baseada na 12. ed. impressa.

MG2. Processo criminal sobre tragédia de Brumadinho está parado na Justiça há mais de um mês. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/01/25/processo-criminal-sobre-tragedia-de-brumadinho-esta-parado-na-justica-ha-mais-de-um-mes.ghtml>. Acesso em: 08 Set 2023.

PIMENTEL, Thais. 2 anos após tragédia da Vale, quatro cidades do entorno de Brumadinho ainda sofrem com impactos. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/01/25/2-anos-apos-tragedia-da-vale-quatro-cidades-do-entorno-de-brumadinho-ainda-sofrem-com-impactos.ghtml>. Acesso em: 25 Ago 2023.

_____. Cinco anos depois da maior tragédia ambiental do país, que matou 19 pessoas em Mariana, ninguém foi punido. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/10/29/cinco-anos-depois-da-maior-tragedia-ambiental-do-pais-que-matou-19-pessoas-em-mariana-ninguem-foi-punido.ghtml>. Acesso em: 25 Ago 2023.

Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o Vale do Rio Doce. **Conselho Nacional Dos Direitos Humanos**. Brasília, 2017. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitoshumanoscndh/copy2_of_RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf. Acesso em: 25 Jul 2023.

Rompimentos de barragens geraram mais de 84 mil ações no TJ-MG. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-11/rompimentos-barragens-geraram-84-mil-acoes-tj-mg>. Acesso em: 25 Jul 2023.

SANDS, Phillip. **Principles of International Environmental Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Disponível em: https://www.academia.edu/37547219/Philippe_Sands_Principles_of_Int_Environmental_Law. Acesso em: 20 Ago 2023.

SILVA, G.S. C. **Curso De Direito Internacional Público**. Editora Saraiva, 2021. 9786555594898. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594898/>. Acesso em: 20 Ago 2023.

SOARES, Ricardo Maurício F. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610235/pageid/218>. Acesso em: 15 Jul 2023.

SOBRE o Protocolo de Montreal. **Programa Brasileiro De Eliminação Dos HCFCs**, 2017. Disponível em: <http://www.protocolodemontreal.org.br/site/quem-somos/protocolo-de-montreal/sobre-o-protocolo-de-montreal>. Acesso em: 1 Jul 2023.

STEINER, Sylvia. **Não Existe Crime De Ecocídio No Tribunal Penal Internacional**. Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/sylvia-steiner-nao-existe-crime-ecocido-tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 10 Jul 2023.

STOP ECOCIDE. **Stop Ecocide**, 2019. The Legacy of Polly Higgins. Disponível em: <https://www.stopecocide.earth/polly-higgins>. Acesso em: 5 Jul 2023.

3. MERCOSUL: UMA ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO REGIONAL

Murilo Barros Júnior
Fernanda Oliveira Justino

3.1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o mundo assiste a uma quase total globalização. A tecnologia vem acelerando os processos de desenvolvimento e comunicação, e aumentando, cada vez mais, a interdependência de vários segmentos.

Com o Direito e as relações jurídicas esse fato também não destoa. Em dias de fluxo intenso e mútuo de informações, pessoas, capitais, o direito tem o azo de seguir essa tendência de “internacionalização”. Os conceitos clássicos de Estado e Soberania, desde algum tempo, vêm sendo reformulados por decorrência da globalização.

Dessa maneira, tornou-se comum vários Estados se aliarem, com o intuito de firmar blocos organizados para a cooperação e fortalecimento mútuos em diversos setores, preponderantemente, no econômico. E assim surgiu o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), visando o estreitamento das relações entre países da América Latina.

Por meio de uma criteriosa compilação doutrinária, com referências como Accioly, Casella e Silva (2014), Cretella Neto (2012), Cruz (2010), Mazzuoli (2014), Varella (2012), dentre outros, além da análise do Tratado de Assunção e seus Protocolos conexos, tais como os de Brasília, Ouro Preto e Olivos, o presente estudo tem por objetivo pesquisar a gênese e o funcionamento do MERCOSUL, seu espaço no Direito Internacional, e como ocorre a solução de controvérsias dentro desta organização, por meio de uma metodologia qualitativa e majoritariamente descritiva, em consonância com o método dedutivo, baseada em pesquisa bibliográfica e estatística, incluindo artigos científicos, doutrina e o Direito de Integração do MERCOSUL.

3.2 EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) refere-se, fundamentalmente, ao mercado comum entre os países membros desse bloco econômico. Composto pela República da Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, surgiu como organização internacional, a partir da assinatura do Tratado de Assunção, em 1991. Ato contínuo, o Estado Plurinacional da Bolívia veio a ingressar como membro do bloco econômico, por meio da ratificação do Protocolo de Adesão do MERCOSUL, assinado em Brasília, em julho de 2017. Ademais, a República Bolivariana da Venezuela, que ingressara como estado-parte do bloco em meados de 2005, veio a ser suspensa em maio de 2017, em decorrência do desrespeito à separação de poderes e das graves violações aos direitos humanos, levadas a cabo pelo governo Nicolás Maduro, com fulcro na “cláusula democrática” constante do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, de 1998.

A denominada “cláusula democrática” consiste na disposição normativa de respeito à manutenção da estabilidade institucional no âmbito interno do bloco, conforme consta da redação do art. 5º do referido protocolo:

Quando as consultas mencionadas no artigo anterior resultarem infrutíferas, os demais Estados Partes do presente Protocolo, no âmbito específico dos Acordos de Integração vigentes entre eles, considerarão a natureza e o alcance das medidas a serem aplicadas, levando em conta a gravidade da situação existente.

Tais medidas compreenderão desde a suspensão do direito de participar nos diferentes órgãos dos respectivos processos de integração até a suspensão dos direitos e obrigações resultantes destes processos (BRASIL, 2002).

Dessa forma, ante a instabilidade político-democrática vigente na Venezuela, os membros do Mercosul vieram a resolver pela suspensão dos direitos e deveres do Estado Parte, com respaldo no Protocolo de Ushuaia; o que não se confunde com a anterior suspensão do mesmo contratante, em dezembro de 2016, por seu não cumprimento com os compromissos assumidos quando de sua entrada definitiva no bloco, no ano de 2012.

O MERCOSUL tem como objetivo principal não apenas a integração comercial e econômica, mas também a consolidação e estabilização política, bem como a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos nele inseridos. Para tanto, a criação desse mercado comum necessita seguir alguns princípios, tais como: livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países do bloco; estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial conjunta em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais

regionais e internacionais; coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Membros; compromisso dos Estados-Membros em

harmonizar a legislação nas áreas pertinentes, a fim de fortalecer o processo de integração.

Historicamente, a relação entre o Brasil e a Argentina foi fator preponderante para a formação do MERCOSUL.

A criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC, em 1960, instituída pelo Tratado de Montevideu, de 18.02.1960, sua sucessão pela Associação Latino-Americana de Integração – ALADI, criada em 18.08.1980, por outro Tratado de Montevideu, e o processo de integração entre Brasil e Argentina, iniciado com a assinatura da Ata para a Integração Argentino-Brasileira, em 1986, constitui antecedentes relevantes do processo de implementação do bloco (CRETELLA NETO, 2012, p. 576).

Visto isso, o processo de integração do referido bloco econômico deu-se de forma distinta ao ocorrido com a União Europeia (UE), principalmente pela razão do contexto regional de cada um, não podendo ser analisado por meio das teorias sobre integração existentes, que são perfeitamente aplicáveis à UE, porém insuficientes para a análise do MERCOSUL, tanto pelas especificidades e disparidades econômicas e sociais, quanto pela situação política entre os membros do bloco, como depreende Correia:

(...) as características fundamentais do Mercosul exigem que se atente mais para os fatos concretos referentes a ele próprio do que a qualquer teoria em especial. As teorias de integração regional foram naturalmente desenvolvidas para explicar o projeto integracionista de maior envergadura, ou seja, a União Europeia. Embora a maioria dos blocos surgidos após esta experiência sejam inspirados nela, sabemos que cada um segue um desenvolvimento próprio, como é o caso do Mercosul (CORREIA, 2004, p. 2).

A tabela a seguir mostra as características econômicas e demográficas de cada Estado Fundador do MERCOSUL e evidencia a assimetria entre eles.

	BRASIL	ARGENTINA	URUGUAI	PARAGUAI
População (milhões hab.)	205	42,2	3,4	6,6
PIB (US\$ bilhões)	2.282	657	52	36,2

² CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional econômico**. p. 579. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PNB/Hab. (US\$ x 10 ³)	11,6	17,4	15,4	5,5
Import. (US\$ x 10 ⁹)	219,6	71,7	10,7	12,1
Export. (US\$ x 10 ⁹)	251	83,7	8,0	9,8

Existem algumas vertentes que visam a sugerir fatores relevantes para a fragilização do MERCOSUL quanto à sua força econômica. Enquanto a União Europeia, surgida entre a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria, tinha como principal objetivo refazer a economia de seus membros, num pacto de auxílio e facilitação mútuos, o MERCOSUL surge, em 1991, da necessidade de integrar seus Estados-Membros tanto no contexto político quanto econômico, que são reconhecidamente distinções que dificultam o fortalecimento regional, numa tentativa de melhorar suas relações perante o comércio exterior.

Faz-se necessário distinguir a União Europeia do MERCOSUL, posto que frequentemente as instituições sejam comparadas entre si, apesar de suas diferenças de gênese, objetivos e ordem jurídica.

A primeira coisa a ser destacada sobre o Mercosul é o fato de não estarmos – ao contrário do que ocorre na União Europeia – diante de uma comunidade de Estados. Explica-se: a União Europeia escapa às tradicionais relações de coordenação que caracterizam as relações interestatais e se solidifica sobre bases verticais, porquanto cada um de seus Estados membros concorda em conferir ao direito comunitário (assim entendido como o conjunto de normas internacionais que regula a UE) supremacia sobre o seu direito nacional. A UE é uma organização supranacional. O mesmo não ocorre com o Mercosul, que segue os clássicos padrões de uma organização intergovernamental. Logo, se a UE se afasta cada vez mais do conceito tradicional de organização internacional para se aproximar de uma nova forma de Estado (sem, contudo, ainda o ser), o Mercosul permanece sendo uma típica organização internacional (CRUZ, 2010, p. 23).

Outrossim, a ausência de uma moeda única dentro do MERCOSUL, como existe na União Europeia (o euro), parece também pesar no problema da instabilidade financeira do bloco. A questão política influi no processo de unificação monetária, uma vez que seus

membros, apegados a manter as respectivas soberanias nacionais, não deixam o bloco avançar no mercado internacional, como poderia ocorrer caso houvesse uma maior união monetária e política.

(...) a renúncia parcial à soberania que implica todo processo de integração – e quanto mais este avança, maiores são as "parcelas" de soberania de que um país abre mão – tem, como contrapartida, o fortalecimento, no contexto internacional, da região à qual o país pertence (GIAMBIAGI, 1998, p. 10).

Ademais, o MERCOSUL figura como espécie de união aduaneira incompleta, pois, como mercado comum, não possui as duas características que o formam efetivamente: a adoção de uma Tarifa Externa Comum (TEC) e a livre circulação de mercadorias entre os países associados. O referido bloco apenas adotou a TEC em 1995, visando prestar unidade às negociações entre os membros, de forma que todas as taxações de produtos advindos do exterior adentrem na união com taxas estabelecidas pelo grupo e iguais para todos os países, com o fito de evitar acordos e vantagens unilaterais entre integrantes e países externos. Porém, dificulta o livre comércio de mercadorias dentro do próprio bloco, o que o faz uma união incompleta.

A segunda característica da união aduaneira é a formação de uma zona de livre circulação de mercadorias entre os diversos membros. No caso do Mercosul, essa segunda medida ainda não foi adotada. Os produtos argentinos, paraguaios e uruguaios têm salvaguardas para entrar no Brasil, e vice-versa. Por isso, o Mercosul é considerado uma união aduaneira imperfeita (WOLFFENBÜTTEL, 2007, p. 1).

É importante ressaltar também que, no âmbito legislativo, a União Europeia opera numa estrutura supranacional, de modo a vincular os membros às decisões do bloco.

Seguramente, em decorrência de sua idade e pelo antecedente de guerras, os países da UE optaram por abdicar de parte de sua soberania e fazer com que as normas criadas pelo bloco fossem aplicadas em todos os países, independentemente de recepção no âmbito interno. Qualquer legislação produzida pela organização tem vinculação nos Estados, de forma obrigatória (GODOY, 2008, p. 3).

Conquanto o MERCOSUL opere por meio da intergovernamentalidade, indo pela via inversa do processo transposto pela União Europeia, o bloco possui atinente dificuldade em seu processo de integração, vista a falta da supranacionalidade, apontada como causa da instabilidade e sucesso da UE.

A intergovernamentalidade apresenta-se como uma via alternativa, ou seja, constitui-se no instituto que possibilita ao Estado manter intocada a sua soberania no que se refere ao auto-regramento e, ainda assim, participar de processo integracionista que visa formar um bloco econômico. No entanto, a ausência do quesito supranacionalidade constitui-se em um dos principais pretextos para a falta de êxito na integração de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, pois, na maioria das circunstâncias, a legislação nacional acaba por prevalecer sobre as normas produzidas no âmbito do Mercosul (GODOY, 2008, p. 3).

A opção pelo modelo intergovernamental de composição do bloco evidencia de

forma tácita, mas clara, o objetivo primordial de seu surgimento, quase totalmente impregnado de intenções políticas. A manutenção da soberania de cada Estado se sobrepõe

ao próprio processo de integração ao qual se propõe a criação do MERCOSUL, conforme bem destaca Mazzuoli (2014, p. 703): “Como se percebe, o Tratado de Assunção descartou a possibilidade de criação de um órgão *supranacional*, na medida em que apenas criou órgãos *intergovernamentais*, fato este que marca profundamente a concepção política do processo”.

As dificuldades econômicas do bloco podem ser elencadas segundo três vertentes, quais sejam: a assimetria entre as economias; o Brasil buscando espaço político, enquanto os demais Estados-Membros buscam espaço e expansão econômicos; e o tratamento diferenciado dado pelos Estados-Membros a terceiros países, de acordo com Cretella Neto (2012).

Neste cenário, a posição da Argentina dentro do bloco complica seu fortalecimento, uma vez que este membro, sempre que entra em crise, faz questão de agravar a situação por meio de impedimentos de comércio ou imposição de barreiras à entrada de produtos brasileiros em seu mercado. Quando, *v.g.*, os produtos brasileiros deveriam chegar um pouco mais baratos ao mercado argentino, em meio à desvalorização do real frente ao dólar, a elevação da TEC em 5% sobre os produtos têxteis busca aumentar o valor da mercadoria brasileira para equipará-la à argentina, enquanto os industriais do país pressionam o governo para dificultar a entrada dos produtos brasileiros.

(...) cada vez que a situação econômica da Argentina se deteriora, esse país se empenha em retroceder ao ‘estágio zero’, para dar satisfação à opinião pública e aos produtores que fabricam mercadorias pouco competitivas, impondo barreiras aos produtos brasileiros (CRETELLA NETO, 2012, p. 575).

Após o que até então se discorreu, é imperioso expor o processo de consolidação e funcionamento do MERCOSUL enquanto bloco e organização internacional.

Como já citado, este surgiu por meio do Tratado de Assunção, em 1991, e o Protocolo de Ouro Preto, que entrou em vigor em 1995, veio para criar a personalidade jurídica da organização. Originalmente, o MERCOSUL se compunha por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai; mas, em dezembro de 2005, houve a adesão da Venezuela. Com o intuito de fortalecer o bloco, abriu-se espaço para Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru, não como membros, mas como parceiros comerciais, para facilitar os avanços de sua construção jurídica, também mantendo acordos comerciais com o

MERCOSUL para a redução tarifária por meio de Acordos de Complementação Econômica, como assegura Varella (2012).

Na evolução da organização, existem inúmeros planos não executados de forma integral como o previsto em seu surgimento, o que dificulta o bom funcionamento do MERCOSUL. São exemplos dessas “falhas” a liberação comercial, que inicialmente foi ocorrendo de forma gradativa pelo decréscimo das taxas entre produtos comercializados por seus membros e parceiros no bloco, e, depois de algum tempo, determinados produtos começaram a sofrer barreiras comerciais; a convergência de políticas macroeconômicas, que deveria servir de dispositivo para evitar efeitos negativos ao avanço da integração regional, nem sempre foi observada e praticada, agravando problemas políticos na região; e, ainda, os Estados que dão preferência a políticas nacionais em detrimento da integração, distorcendo a igualdade de condições do comércio global, sob o pretexto de blindar cada membro, individualmente, de decisões de outros que venham a prejudicá-lo.

Faz-se relevante também esclarecer que, por todos esses entraves no processo integracionista, o bloco ainda não atingiu sua plenitude.

No presente, o Mercosul permanece sendo apenas uma união aduaneira, não tendo, ainda, alcançado o grau de integração previsto no “Tratado de Assunção” (ainda não houve a formação de um mercado comum). É, portanto, algo maior do que uma zona de livre comércio (pois, graças à adoção da Tarifa Externa Comum – TEC – as mercadorias que circulam livremente dentro do bloco podem tanto ser oriundas dos países membros quanto de terceiros Estados), mas ainda aquém do mercado comum (já que persistem uma série de restrições à livre circulação do capital e, principalmente, dos serviços) (CRUZ, 2010, p. 24).

3.3 DIREITO INTERNACIONAL E O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

Para estudar o instituto da arbitragem no âmbito da solução de controvérsias a nível internacional, precípuo se faz, primeiramente, distinguir dois ramos abarcados pelo Direito Internacional: Público e Privado.

Direito Internacional é o ramo das ciências jurídicas que se ocupa em reger as relações entre diferentes Estados, organizações ou atores, na sociedade internacional, visando sanar conflitos advindos de seu contexto extremamente heterogêneo, em questões culturais, econômicas, políticas e humanitárias, bem como equalizar e harmonizar demandas envolvendo soberania e guarda de princípios desta seara. Destarte, o Direito Internacional divide-se em Público e Privado, como as demais áreas do conhecimento jurídico, de acordo com o objeto ao qual servem.

Nesse sentido, distinguem-se, normalmente, direito interno e direito internacional, onde um se destinaria a reger as relações jurídicas no interior do sistema jurídico nacional e o outro, as relações entre os diferentes sistemas nacionais, seja enfatizando os estados, organizações e demais atores internacionais (direito internacional público, ou simplesmente direito internacional) ou as relações de subordinação entre o estado e os indivíduos (direito internacional privado) (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2014, p. 23).

Neste cerne, o Direito Internacional Público busca reger as diferenças entre os Estados ou entre Estados e outros atores na sociedade internacional, tendo a figura estatal como parte essencial de seu objeto, e o Direito Internacional Privado volta-se para as relações entre particulares, com o Estado ou ausente de sua problemática, ou como ator equivalente aos particulares, como no caso de contratos entre empresas ou soluções de conflito diversas que envolvam uma transnacionalidade jurídica. Vale ainda salientar que, com a crescente e atual globalização mundial, o direito, de maneira geral, tende a uma internacionalização, visto o cada vez mais presente fluxo cultural e de capitais entre diversos estados na comunidade internacional.

Os fluxos de mercadorias e capitais, os mercados financeiros globais, as estratégias mundiais das corporações – tudo isso, potencializado pela revolução da informática, estaria dissolvendo as fronteiras econômicas do Estado e destruindo a noção clássica de soberania nacional. O fenômeno da configuração de blocos econômicos supranacionais e, especialmente, na Europa, a União Econômico-Monetária (UEM), foi utilizado para a tese de que o velho Estado-nação sofre de senilidade avançada (MAGNOLI, 2013, p. 199).

Tendo em mente que o Direito Internacional Público busca tão somente regular e equalizar as relações jurídicas existentes entre os Estados e organizações internacionais interestatais, é válido lembrar que não existe uma norma fundamental internacional, a exemplo das Constituições; há, sim, milhares de Tratados, com diferentes graus normativos, e caráter mais ou menos obrigatório, a depender dos Estados.

Por ser o homem, em essência, um ser social, justifica-se a ausência de coerção no âmbito do Direito Internacional, como ocorre nos sistemas jurídicos internos, que se

edificam por meio de construções hierárquicas verticais, seja quanto ao Executivo ou Normativo. Instintivamente, preserva-se a sociedade em que se está inserido, procurando alcançar o bem comum, objetivos, bem como reprovar condutas prejudiciais à convivência na comunidade internacional.

Neste sentido, o direito internacional evolui em geral pela concordância dos Estados. Estes aceitam submeter-se a determinadas regras gerais, com o objetivo de atingir seus interesses comuns em relação aos demais membros da sociedade internacional (VARELLA, 2012, p. 25).

São características do Direito Internacional Público a inexistência de subordinação dos sujeitos de direito a um Estado; a inexistência de uma norma constitucional acima das demais; e inexistência de atos jurídicos unilaterais obrigatórios, oponíveis a toda a sociedade internacional.

Existem, ainda, alguns princípios que regem o Direito Internacional Público, quais sejam: igualdade soberana entre os Estados (princípio da igualdade formal); respeito à autodeterminação dos povos; autonomia, não ingerência nos assuntos internos dos Estados; obrigatoriedade do uso de meios pacíficos de solução de controvérsias (art. 33 da Carta das Nações Unidas); respeito aos Direitos Humanos e proibição do uso da força.

A sociedade internacional é marcada pela *igualdade jurídica* (ou igualdade formal) entre seus membros, em especial entre os Estados. Destarte, podemos afirmar que estamos diante de uma sociedade paritária, posto que nenhum Estado pode pretender um tratamento jurídico diferenciado, senão como razão para equilibrar uma desigualdade existente. A sociedade internacional é, ainda, *horizontal*, não havendo o reconhecimento de uma autoridade central, superior a todos. Em síntese: não existe um “governo mundial” hierarquicamente superior aos demais membros da sociedade internacional. Por esta razão, a sociedade internacional é caracterizada como uma *sociedade anárquica* (CRUZ, 2010, p. 2).

3.4 DIREITO INTERNACIONAL E O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

Para estudar o instituto da arbitragem no âmbito da solução de controvérsias a nível internacional, precípuo se faz, primeiramente, distinguir dois ramos abarcados pelo Direito Internacional: Público e Privado.

Direito Internacional é o ramo das ciências jurídicas que se ocupa em reger as relações entre diferentes Estados, organizações ou atores, na sociedade internacional, visando sanar conflitos advindos de seu contexto extremamente heterogêneo, em questões culturais, econômicas, políticas e humanitárias, bem como equalizar e harmonizar demandas envolvendo soberania e guarda de princípios desta seara.

Destarte, o Direito Internacional divide-se em Público e Privado, como as demais áreas do conhecimento jurídico, de acordo com o objeto ao qual servem.

Nesse sentido, distinguem-se, normalmente, direito interno e direito internacional, onde um se destinaria a reger as relações jurídicas no interior do sistema jurídico nacional e o outro, as relações entre os diferentes sistemas nacionais, seja enfatizando os estados, organizações e demais atores internacionais (direito internacional público, ou simplesmente direito internacional) ou as relações de subordinação entre o estado e os indivíduos (direito internacional privado) (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2014, p. 23).

Neste cerne, o Direito Internacional Público busca reger as diferenças entre os Estados ou entre Estados e outros atores na sociedade internacional, tendo a figura estatal como parte essencial de seu objeto, e o Direito Internacional Privado volta-se para as relações entre particulares, com o Estado ou ausente de sua problemática, ou como ator equivalente aos particulares, como no caso de contratos entre empresas ou soluções de conflito diversas que envolvam uma transnacionalidade jurídica. Vale ainda salientar que, com a crescente e atual globalização mundial, o direito, de maneira geral, tende a uma internacionalização, visto o cada vez mais presente fluxo cultural e de capitais entre diversos estados na comunidade internacional.

Os fluxos de mercadorias e capitais, os mercados financeiros globais, as estratégias mundiais das corporações – tudo isso, potencializado pela revolução da informática, estaria dissolvendo as fronteiras econômicas do Estado e destruindo a noção clássica de soberania nacional. O fenômeno da configuração de blocos econômicos supranacionais e, especialmente, na Europa, a União Econômico-Monetária (UEM), foi utilizado para a tese de que o velho Estado-nação sofre de senilidade avançada (MAGNOLI, 2013, p. 199).

Tendo em mente que o Direito Internacional Público busca tão somente regular e equalizar as relações jurídicas existentes entre os Estados e organizações internacionais interestatais, é válido lembrar que não existe uma norma fundamental internacional, a exemplo das Constituições; há, sim, milhares de Tratados, com diferentes graus normativos, e caráter mais ou menos obrigatório, a depender dos Estados.

Por ser o homem, em essência, um ser social, justifica-se a ausência de coerção no âmbito do Direito Internacional, como ocorre nos sistemas jurídicos internos, que se edificam por meio de construções hierárquicas verticais, seja quanto ao Executivo ou Normativo. Instintivamente, preserva-se a sociedade em que se está inserido, procurando alcançar o bem comum, objetivos, bem como reprovar condutas prejudiciais

à convivência na comunidade internacional.

Neste sentido, o direito internacional evolui em geral pela concordância dos Estados. Estes aceitam submeter-se a determinadas regras gerais, com o objetivo de atingir seus interesses comuns em relação aos demais membros da sociedade internacional (VARELLA, 2012, p. 25).

São características do Direito Internacional Público a inexistência de subordinação dos sujeitos de direito a um Estado; a inexistência de uma norma constitucional acima das demais; e inexistência de atos jurídicos unilaterais obrigatórios, oponíveis a toda a sociedade internacional.

Existem, ainda, alguns princípios que regem o Direito Internacional Público, quais sejam: igualdade soberana entre os Estados (princípio da igualdade formal); respeito à autodeterminação dos povos; autonomia, não ingerência nos assuntos internos dos Estados; obrigatoriedade do uso de meios pacíficos de solução de controvérsias (art. 33 da Carta das Nações Unidas); respeito aos Direitos Humanos e proibição do uso da força.

A sociedade internacional é marcada pela *igualdade jurídica* (ou igualdade formal) entre seus membros, em especial entre os Estados. Destarte, podemos afirmar que estamos diante de uma sociedade paritária, posto que nenhum Estado pode pretender um tratamento jurídico diferenciado, senão como razão para equilibrar uma desigualdade existente. A sociedade internacional é, ainda, *horizontal*, não havendo o reconhecimento de uma autoridade central, superior a todos. Em síntese: não existe um “governo mundial” hierarquicamente superior aos demais membros da sociedade internacional. Por esta razão, a sociedade internacional é caracterizada como uma *sociedade anárquica* (CRUZ, 2010, p. 2).

3.4.1 INSTITUTO DA ARBITRAGEM PÚBLICA E PRIVADA

A arbitragem surge como um mecanismo processual que buscava alternativas de resolução dos litígios de forma mais célere e simples, a ser realizada fora dos tribunais, ainda na Grécia Antiga. O modelo processual grego propôs a arbitragem como uma composição visionária para as demandas judiciais, que se difundiu ao longo da História por todo o mundo.

A arbitragem é uma forma de solução jurisdicional de controvérsias, na qual as partes concordam em respeitar a decisão dos árbitros. Compromisso arbitral é o tratado entre os Estados que define a modalidade de composição do painel arbitral, seus poderes, os procedimentos a serem adotados pelos árbitros, as

regras de direito aplicáveis, a possibilidade de recurso e traz o compromisso das partes de cumprirem fielmente a decisão dos árbitros (VARELLA, 2012, p. 446).

Como meio de distinção metodológica, a exemplo do que ocorre com o Direito em si, existem a arbitragem pública e a arbitragem privada.

Dessa forma, tem-se o juízo arbitral particular como a primeira forma de arbitragem Grega, onde os atenienses detinham a faculdade de eleger um árbitro e as partes envolvidas decidiam acatar sua decisão em comum acordo; a segunda forma era o juízo arbitral público, onde o árbitro era sorteado dentre os maiores de sessenta anos, porém, sua decisão era passível de revisão, possuindo o efeito suspensivo. A semelhança entre a arbitragem Grega com a que temos hoje é a agilidade e o menor custo, se comparada a outras formas de soluções de litígios, como afirma Vilas-Bôas (2013, p. 5): “Os atenienses já sabiam que a justiça dos árbitros era mais rápida e menos custosa”.

No âmbito do direito internacional, a arbitragem geralmente é estipulada como a solução padrão em casos de controvérsias envolvendo os Estados, ou mesmo conflitos dentro de organizações internacionais, como no caso dos mercados comuns. Neste sentido, concorda Varella (2012, p. 446): “A arbitragem pode ser proposta pelos Estados, em um conflito que os divide, ou então estar prevista por meio de um tratado ou organização preexistente, do qual os Estados participem”.

Vale ressaltar que a arbitragem só pode ser utilizada quando visar a resolver questões de direito patrimonial disponível. Esta demanda será internacional ao passo que envolver elementos extranacionais, tais como objeto da lide, partes, árbitros ou sede do juízo, tendo flexibilidade para que as partes escolham o árbitro ou o critério para sua designação, as regras de direito a serem aplicadas, o idioma a ser utilizado, além do local em que o julgamento será proferido; igualmente, para diferenciar arbitragem nacional e internacional, no Brasil, adotou-se o critério geográfico, onde voga o local de pronúncia da sentença, como afirma Cabral (2014). Ainda é fundamental deixar claro que a arbitragem internacional não é desvinculada do ordenamento jurídico nacional, pois esta não pode ir contra a ordem interna ou internacional. Por exemplo, no Brasil, a sentença que não respeitar a soberania nacional, os bons costumes e/ou a ordem pública, será ineficaz, tendo em vista não se coadunar ao sistema legal pátrio.

Diante disto, é possível concluir que a arbitragem internacional possui assento na autonomia da vontade das partes, uma vez que estas possuem ampla liberdade para traçar as regras para que eventual conflito futuro seja dirimido (CABRAL, 2014, p. 3).

A arbitragem abre às partes a possibilidade de escolher previamente o foro onde as contendas podem ser resolvidas, inclusive delegando a terceiro a sede de

discussão judicial, mirando a manter a boa convivência entre partes adversas, bem como ressaltando a globalização da jurisdição internacional.

(...) a juridicidade da arbitragem pode ser baseada não em uma ordem jurídica estatal, quer seja a da sede ou a do ou dos locais de execução, mas em uma ordem jurídica arbitral. Essa representação corresponde à forte percepção dos árbitros do comércio internacional de que eles não administram a justiça em nome de um Estado qualquer, mas que exercem uma função jurisdicional a serviço da comunidade internacional (GAILLARD, 2014, p. 31).

3.4.2 ARBITRAGEM INSTITUCIONAL E INTERESTATAL

Para compreender os processos resolutivos de lides internacionais, é preponderante saber a distinção entre algumas modalidades de arbitragem existentes, tais como arbitragem institucional e arbitragem interestatal ou *ad hoc*.

São consideradas institucionais, as arbitragens originárias de cláusulas compromissórias que elegem expressamente no contrato Câmara ou Órgão Arbitral dotado de regulamento e estrutura organizacional própria. Dessa forma, as Partes vinculam-se às regras da Instituição Arbitral eleita, bem como ao regulamento de arbitragem desta mesma instituição, em todas as suas disposições sempre que a cláusula compromissória firmada não apresentar norma diversa (BASSO; POLIDO, 2013, p. 184).

A arbitragem institucional proporciona às partes uma maior segurança jurídica e agilidade. Desta feita, já existem tribunais formados e competentes para a resolução de qualquer controvérsia, a exemplo da Corte Permanente de Arbitragem, fundada por meio da 1ª Conferência de Paz de Haya, em 1898, que é, hoje, além da mais conhecida, a mais antiga corte internacional de arbitragem em atividade do mundo, absorvendo o que preleciona Cruz (2010). Os Estados entregam o litígio à instituição, que dispõe toda a sua estrutura institucional e legal às partes, dando uma lista e elegendo os árbitros, outrossim, organizando os procedimentos e o espaço, além de um secretariado apto a auxiliar qualquer procedimento acolhido na corte, funcionando como uma organização internacional que tem por objetivo facilitar a instalação de “tribunais” arbitrais.

No Brasil, existe uma instituição arbitral – o Centro de Arbitragem e Mediação/Câmara do Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), que caminha para a internacionalização, tendo firmado convênio com instituições arbitrais na Itália, Bélgica, Portugal, Alemanha e Chile e inclui em seu corpo de árbitros e na direção renomados

juristas internacionalmente reconhecidos.

(...) o CAM-CCBC, entre as instituições citadas, é a única sediada no Brasil. Pioneira na administração de resolução de disputas no país, é a mais eleita e com o maior número de

procedimentos arbitrais solucionados desde sua fundação em 1979 (BASSO; POLIDO, 2013, p. 186).

O art. 5º da Lei nº 9.307/96 dispõe sobre a arbitragem institucional:

Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

A arbitragem interestatal, por outro lado, é a modalidade pela qual os Estados-Membros litigantes têm a liberdade de compor tanto o corpo de árbitros quanto o procedimento a ser adotado para a condução e solução do conflito. Os tribunais *ad hoc* não são órgãos permanentes, sendo compostos a partir da lide e em razão desta, de forma a ter sua estrutura escolhida pelas partes.

Dito isto, é oportuno também delinear a composição da arbitragem praticada no MERCOSUL.

Assim, no bloco em questão, utiliza-se o método institucional de arbitragem, tendo em mira a criação do TPR, que pode, inclusive, ser acessado de maneira direta pelas partes, mediante acordo e após cessados os prazos de negociação. O procedimento praxe dá-se por meio dos tribunais *ad hoc*, no caso de o conflito ser entre dois ou mais Estados do bloco, após esgotadas e infrutíferas as tentativas de negociação direta entre as partes, por um período mínimo de quinze dias. Ocorrida a impossibilidade de conciliação, instala-se o Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, que, como seu nome já subentende, é formado a cada disputa. Cada Estado pode escolher dois árbitros – um titular e um suplente –, dentre os constantes de uma lista predeterminada por todos os membros, excetuados os nacionais. Em ato contínuo, o tribunal *ad hoc* tem até sessenta dias para analisar os autos e proferir uma decisão, que deve se balizar tendo como fontes as normas do MERCOSUL, os princípios gerais do direito e a equidade. Cabe notar que ao decorrer desse período deliberativo, as partes podem solicitar medidas executórias análogas a medidas cautelares, a fim de evitar o perecimento do objeto enquanto aguarda-se o posicionamento da comissão de árbitros.

Segundo o “Protocolo de Olivos”, os Estados deverão, em primeiro lugar, procurar resolver a controvérsia através de negociações diretas. Frustradas tais negociações, qualquer dos Estados envolvidos poderá solicitar a instalação do procedimento arbitral perante o *Tribunal Arbitral Ad Hoc*, conforme previsto no Capítulo IV do Protocolo. Somente os Estados-partes podem formular reclamações perante os Tribunais do Mercosul, da mesma forma que somente tais Estados podem comparecer como réus. A

jurisdição dos tribunais arbitrais *ad hoc* e do *Tribunal Permanente de Revisão* são reconhecidas *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial por todos os Estados- Membros do Mercosul (CRUZ, 2010, p. 26).

Com o advento do Protocolo de Olivos, em 2002, foi criada uma espécie de duplo grau jurisdicional, já que, a partir desse aditivo, instituiu-se o Tribunal Permanente de Revisão. Este funciona como instância máxima do ordenamento alternativo para solução de controvérsias, e pode ter demandas ingressadas de forma originária, como consta da redação do art. 23 do supramencionado Protocolo, ou questões advindas dos Tribunais *Ad Hoc*, por meio de recurso.

No que tange à solução de controvérsias no Mercosul, cabe destacar que com a assinatura do Protocolo de Olivos (de 18 de fevereiro de 2002), foi criada uma instância decisória permanente – o *Tribunal Permanente de Revisão*, cuja natureza é a de tribunal arbitral – com competência para decidir sobre a interpretação, aplicação e cumprimento das normas jurídicas do processo de integração (art. 1º, do Protocolo). O Tribunal é composto por um membro titular e um suplente de cada um dos Estados-partes (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela). A competência contenciosa do Tribunal pode ser *originária* ou servir como instância *recursal* sobre questões decididas pelos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* (arts. 23 e 17); é também possível provocar o TPR no que tange à emissão de *Opiniões Consultivas* (art. 3º) (MAZZUOLI, 2014, p. 703 – 704).

Ao optar por ingressar na arbitragem interestatal, as partes se vinculam ao juízo arbitral do MERCOSUL, sem poder abrir nova demanda em juízo externo. Também é forçoso ressaltar que a decisão do TPR é definitiva, irrecorrível e imodificável. Havendo obscuridade quanto ao texto decisório, os interessados podem solicitar um recurso de esclarecimento, similar aos embargos de declaração brasileiros. E, com o trânsito em julgado, tendo decisão pela ilegalidade de alguma política ou norma nacional, a parte responsável deve implementar a decisão em até trinta dias, sob pena de possíveis retaliações comerciais pelo demandante, que podem ser aplicadas sobre qualquer setor, até um ano após o prazo de implementação.

3.5 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E ARBITRAGEM NOS TRATADOS INTERNACIONAIS RELACIONADOS AO MERCOSUL

Diante de todo o exposto a priori, sabendo de que maneira se regem as relações jurídicas na esfera internacional, bem como a patente importância da arbitragem para o processo de solução pacífica de entre os Estados, é premente fazer uma

breve análise acerca do “Direito dos Tratados”, *a radice*, o principal mecanismo do qual se vale o Direito Internacional.

Os tratados são, incontestavelmente, a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público na atualidade, não apenas em relação à segurança e estabilidade que trazem nas relações internacionais, mas também porque tornam o direito das gentes mais representativo e autêntico, na medida em que se consubstanciam na vontade livre e conjugada dos Estados e das organizações internacionais, sem a qual não subsistiriam (MAZZUOLI, 2014, p. 127).

Para fins de definição do que seja um “tratado” e quais são as suas finalidades, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, e ratificada pelo Brasil em setembro de 2009, traz em seu artigo segundo, alínea “a”, o significado de “tratado”: “a) ‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Como fonte do Direito Internacional *geral* merecem destaque os tratados *multilaterais*, concluídos por grande número de Estados para (1) declarar o seu entendimento sobre determinado Direito vigente, (2) regulamentar *pro futuro* e de maneira nova sua conduta, ou ainda (3) com o fim de criar uma organização internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 127).

Vislumbrando que o Direito Internacional é baseado na autonomia da vontade dos Estados, os tratados dependem da ratificação das partes para que entrem em vigor, sendo uma fonte do direito amplamente democrática, por se tratar de uma livre escolha daqueles que desejam submeter-se aos mesmos. Como destaca Magnoli (2013, p. 199): “Na verdade, ao contrário do que sugerem as aparências, cada um dos progressos na direção da integração (...) e, portanto, da globalização, é fruto de decisões políticas dos Estados”.

Contudo, uma vez ratificados, os tratados “(...) são superiores às leis internas: eles revogam as normas domésticas anteriores que lhes sejam contrárias e devem ser observados pelas que lhes sobrevenham”, no entendimento de Mazzuoli (2014, p. 127). Assim, toda legislação posterior à sua vigência interna não deve contradizer regras ou princípios estabelecidos pelo tratado, e, igualmente, qualquer lei interna a ele relacionada deve ser interpretada de acordo com o direito convencional anterior.

O direito internacional é construído sobre a *noção fundamental do consentimento dos Estados*. Os Estados ou Organizações Internacionais não são obrigados a assinar ou ratificar os tratados. Eles o fazem como manifestação de seu poder

soberano. Da mesma forma, podem denunciar tratados já firmados, a partir do momento em que a vigência

dos tratados não mais incidirá sobre os mesmos. Em função do processo de internacionalização do direito, da interdependência político-econômica entre as nações, da expansão dos valores comuns, essa margem de liberdade discricionária dos Estados sofre uma redução importante (VARELLA, 2012, p. 37).

Preponderante também é distinguir as categorias de tratado existentes e mais usuais: convenção; protocolos e troca de notas.

As convenções são documentos que surgem da deliberação entre todas as partes interessadas, tendo caráter mais amplo e estabelecendo regras genéricas, também podendo ser “convenções-quadro”, tratados ainda mais gerais, nem sempre obrigatórios, mas sinalizadores de negociações iniciais, que depois serão reguladas por tratados mais específicos, geralmente protocolos.

Os protocolos são tratados que regulam outros tratados, como as convenções, ou que alteram determinados pontos de um tratado anterior. Assim, só ratificam os protocolos as partes que tenham assinado o tratado mais geral. Deste modo, temos quatro situações de utilização dos protocolos, segundo Varella (2012): protocolo de assinatura, que esclarece a interpretação das partes sobre termos do próprio tratado e são assinados junto a este; protocolo opcional a um tratado, visando a estabelecer direitos adicionais, que podem estar vinculados a outras obrigações, quando as partes avaliam se desejam comprometer-se além do tratado principal, podendo ser formulados concomitantemente ao tratado principal, mas com sua ratificação independente; protocolo no contexto de uma convenção-quadro, regulamentando as normas de uma convenção, com o objetivo de criar obrigações específicas; e protocolo de emenda, que vem para alterar determinados pontos do tratado principal, mas não modificando sua essência.

E a troca de notas, em geral, são “tratados de natureza administrativa, que cuidam de procedimentos burocráticos adotados entre os dois Estados, normalmente inseridos no quadro de cooperação internacional mais ampla”, como ensina Varella (2012, p. 44). Além de tratados administrativos, essa categoria também identifica os instrumentos que marcam o processo de negociação de tratados bilaterais, tanto de documentos de intermediação entre os Estados como da troca dos instrumentos de ratificação.

Posto que a Convenção de Viena (1969) apenas dispõe um conceito meramente formal do que seja um “tratado”, sem expressar nem taxar a natureza dos assuntos que nele podem ser objeto, é possível fechar tal conceito da seguinte forma:

Esta definição de tratado na Convenção de 1969 está colocada, como não poderia deixar de ser, em termos eminentemente *formais*, sem levar em consideração o *conteúdo* ou a *natureza* das disposições convencionadas. Assim, à luz do Direito Internacional Público o tratado nada mais é do que um *instrumento* de veiculação de regras jurídicas. Estas últimas têm conteúdo variável, podendo versar assuntos de qualquer natureza. Portanto, sob o aspecto que ora nos ocupa, entende-se por tratado todo acordo formal, concluído entre sujeitos do Direito Internacional Público, regido pelo direito das gentes e que visa à produção de *efeitos de direito* para as partes contratantes. Ou, na definição de Paul Reuter, tratado “é uma manifestação de vontades concordantes, imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional, e destinada a produzir efeitos jurídicos de conformidade com as normas do direito internacional” (MAZZUOLI, 2014, p. 189).

Neste sentido, é valioso analisar os documentos que põem à luz a gênese do MERCOSUL, bem como os que regulamentam o bloco, seja no tocante à sua estrutura, à solução de controvérsias, ou ao seu compromisso com os direitos humanos, quais sejam: Tratado de Assunção, de 1991; Protocolo de Brasília, de 1993; Protocolo de Ouro Preto, de 1996; e Protocolo de Olivos, de 2004.

3.5.1 ANÁLISE DO TRATADO DE ASSUNÇÃO

O Tratado de Assunção, criado, e ratificado pelo Brasil, em março de 1991, teve como finalidade estabelecer um mercado comum entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, num acordo de cooperação para a integração e o desenvolvimento econômico de seus membros.

O Tratado de Assunção teve como objetivo principal instituir um mercado comum entre os Estados-partes, como se percebe desde a leitura de seu Preâmbulo. Ali se lê que relativamente aos Estados-partes no acordo “a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social”, sendo que esse objetivo “deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas

macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio". Para a instituição do tratado levou-se também em conta "a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países", reafirmando-se a vontade política de tais Estados "de deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos, com a finalidade de alcançar os objetivos supramencionados" (MAZZUOLI, 2014, p. 699).

Além disso, o tratado em questão organiza as estruturas do bloco, com foros executivos, determinando suas atribuições e funcionamento.

O Conselho do Mercado Comum consiste no órgão máximo do Executivo do MERCOSUL, sendo a ele atribuídas a condução política e a tomada de decisões sobre os processos de integração do bloco, bem como representar a personalidade jurídica da organização, formular políticas de integração regional e com outros blocos, e criar estruturas administrativas pertinentes ao processo de integração. Compõe-se pelos Ministros das Relações Exteriores, porém, na prática, os Presidentes de cada membro lideram as negociações do Conselho. A Presidência do Conselho do Mercado Comum equivale à Presidência do MERCOSUL, e é rotativa, sendo renovada a cada seis meses, por ordem alfabética dos Estados.

O Grupo Mercado Comum (GMC) é o órgão executivo do MERCOSUL, sendo responsável pela implementação das políticas regionais e tomar as providências necessárias para cumprimentos das decisões adotadas pelo Conselho, propor ao Conselho medidas para melhorar a integração, fixar programas para o avanço do mercado comum, e supervisionar as atividades das Secretaria Administrativa. É coordenado pelos Ministros das Relações Exteriores, contando, ainda, com representantes dos bancos centrais e dos ministérios da economia de todos os Estados-Membros.

A Secretaria Administrativa é um órgão do GMC que tem por objetivo possibilitar a gestão de informações e a logística das reuniões. Neste cerne, deve facilitar a guarda e transmissão de documentos, editar o boletim oficial do MERCOSUL, informar a lista de árbitros e especialistas, dentre outras atribuições. Tem sua sede em Montevidéu, Uruguai.

São essas as bases estruturais para o MERCOSUL lançadas pelo Tratado de Assunção, em sua composição original, pois o Protocolo de Ouro Preto traz novas estruturas, ampliando a organização institucional do bloco.

Ainda pode-se encontrar no Tratado de Assunção alguns planejamentos e diretrizes com vistas à implementação do mercado comum, prevendo a livre circulação de bens, serviços, fatores produtivos, eliminação das barreiras alfandegárias, vigência daTEC, equiparação de produtos nos mercados de todos os membros, orientações para o

período de transição – de 1991 a 1994, os idiomas oficiais, validade, forma de adesão edesvinculação, e ainda a previsão para solução de possíveis controvérsias.

3.5.2 ANÁLISE DO PROTOCOLO DE BRASÍLIA

O Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias surge no âmbito do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL, com a função de cumprir o disposto no Art. 3º e no Anexo III do Tratado de Assunção, sendo o Decreto Nº 01/1991.

Desta feita, o supracitado Protocolo vem estabelecer os meios para a resolução de possíveis litígios entre os Estados-Membros no domínio do MERCOSUL.

Preliminarmente, antes de tudo, os litigantes deverão tentar resolver a controvérsia mediante negociações diretas, que têm o prazo de quinze dias após levantada a discussão – salvo acordo entre as partes –, sendo informadas suas deliberações e resultados à Secretaria Administrativa do GMC.

A partir disso, caso a contenda não haja se exaurido, qualquer um dos Estados-Membros nela envolvidos podem submetê-la à consideração do GMC, que avaliará a situação e dará oportunidade às partes para expor seus posicionamentos, podendo requerer o assessoramento de especialistas. Tal procedimento não pode exceder trinta dias, entre negociações e intervenção do GMC.

Se após tramitar pelas negociações e intervenção, ainda persistir a controvérsia, qualquer dos Estados-Partes poderá comunicar sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral. A Secretaria Administrativa recebe tal comunicação, repassa ao GMC, e então o procedimento tramitará ante um Tribunal *ad hoc*, composto por três árbitros pertencentes a uma lista de dez árbitros de cada Estado-Membro. Os árbitros são nomeados no prazo de até quinze dias, sendo um indicado por cada Estado-Parte, eo terceiro escolhido de comum acordo, sem poder ser nacional de qualquer um dos Estados em controvérsia, que será o Presidente do Tribunal. Ainda serão designados um suplente para cada árbitro, com os mesmos requisitos dos titulares. A sede do Tribunal será fixada a cada caso. Os Estados-Partes designarão seus representantes, e poderão ainda designar assessores para a defesa de seus direitos. O Tribunal decidirá a controvérsia com base no Tratado de Assunção, nos acordos, nas decisões do Conselho,

nas resoluções do GMC, e também nos princípios e disposições de direito internacional

aplicáveis na matéria. Ainda, se as partes convierem, o Tribunal Arbitral poderá decidir a controvérsia por meio da equidade. O Tribunal se pronunciará por escrito no prazo de sessenta dias, prorrogáveis por mais trinta.

Os laudos do Tribunal Arbitral são inapeláveis, obrigatórios, com força de coisa julgada a partir do recebimento da notificação, devendo ser cumpridos em um prazo de quinze dias, caso o Tribunal não disponha em contrário. Dentro de quinze dias da notificação do laudo arbitral, qualquer dos Estados-Partes pode solicitar esclarecimento do mesmo ou interpretação sobre a forma com que deverá este cumprir-se.

Sendo a arbitragem denominada um método alternativo de solução de controvérsias, trata-se, portanto, de justiça privada, de maneira que caberão às Partes arcar com as custas do procedimento, ou seja, com os honorários dos árbitros que irão julgar a causa, bem como com as demais despesas resultantes do procedimento (BASSO; POLIDO, 2013, p. 184).

Nesse sentido, o Protocolo dispõe ainda sobre o custeio das despesas decorrentes da arbitragem, além das formas de adesão e vigência do instrumento, os idiomas e procedimentos instituídos.

3.5.3 ANÁLISE DO PROTOCOLO DE OURO PRETO

O Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL, também conhecido como “Protocolo de Ouro Preto”, foi elaborado em dezembro de 1994, na cidade de Ouro Preto/MG, com o escopo de ampliar a estrutura institucional do referido bloco. Foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro em maio de 1996.

Ao longo de seu texto, o Protocolo maximiza os órgãos institucionais do MERCOSUL, que, pela redação do Tratado de Assunção, eram dois (Conselho do Mercado Comum e Grupo Mercado Comum), passando, com este, a seis órgãos.

Mantendo o Conselho e o GMC, além de desatrelar a Secretaria Administrativa, o Protocolo de Ouro Preto criou a Comissão de Comércio do Mercosul, a Comissão Parlamentar Conjunta, e o Foro Consultivo Econômico-Social.

À Comissão de Comércio do Mercosul, órgão encarregado de assistir o Grupo

Mercado Comum, compete velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial

comum acordados pelos Estados Partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio intrabloco e com terceiros países (art. 16). É formada por quatro membros titulares e quatro suplentes de cada um dos Estados- Membros, sendo coordenada pelos Ministérios das Relações Exteriores. A Comissão deve se reunir ao menos uma vez por mês, ou sempre que o GMC ou qualquer Estado- Membro solicite, manifestando-se mediante Diretrizes (de caráter obrigatório) ou Propostas.

A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC) é o órgão representativo dos Parلامentos dos Estados Partes no âmbito do Mercosul (art. 22), instituído originalmente pelo Protocolo de Ouro Preto, sendo integrada por igual número de parlamentares representantes dos Estados Partes, que devem ser designados pelos respectivos Parلامentares nacionais, de acordo com seus procedimentos internos. Da mesma forma, coadjuvará na harmonização de legislações, tal como requerido pelo avanço do processo de integração. Quando necessário, o Conselho do Mercado Comum pode solicitar à CPC o exame de temas prioritários. A comissão Parlamentar Conjunta encaminhará, por intermédio do GMC, Recomendações ao Conselho.

Entretanto, em 2005, por força de cumprir o Regimento Interno da CPC, esta transformou-se no Parlamento do Mercosul ou Parlasul. São propósitos do Parlamento: representar os povos do Mercosul, respeitando a pluralidade política e ideológica; promover e defender a democracia, a liberdade, a paz, o desenvolvimento sustentável da região, a justiça social, a cooperação regional e internacional; estimular valores cidadãos e comunitários; garantir a participação da sociedade civil no processo integracionista; contribuir para a integração latino-americana, dentre outros.

O Foro Consultivo Econômico-Social é composto por representantes da sociedade civil organizada, como empresas, sindicatos, ONGs, e tem por objetivo subsidiar os demais órgãos a respeito de possíveis avanços que poderiam ser adotados pela organização. Tem função consultiva e se manifesta mediante Recomendações no GMC. Cada Estado-Membro tem o mesmo número de representantes no Foro.

Ademais, não obstante reformular a estrutura institucional do MERCOSUL, o Protocolo de Ouro Preto ainda teve o encargo de dar personalidade jurídica de Direito Internacional, fazendo deste, assim, uma organização internacional, como versa seu

art. 34. Estatui, ainda, as fontes jurídicas utilizadas e altera algumas disposições sobre a solução de controvérsias no Protocolo de Brasília, ao acrescentar aos arts. 19 e 25 deste as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

3.5.4 ANÁLISE DO PROTOCOLO DE OLIVOS

O Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul foi redigido em fevereiro de 2002, na cidade de Olivos, Argentina, tendo sido ratificado pelo Brasil em fevereiro de 2004, e figura como paradigma quanto à resolução de lides na organização.

Trazendo uma série de inovações, a mais visível e fundamental delas é, sem dúvida, a concepção do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), sediado em Assunção.

É composto por cinco árbitros sendo um de cada Estado-membro, com mandato de três anos, passível de recondução. Quando há um litígio entre dois Estados, o painel é composto pelos três membros que não são nacionais dos Estados em litígio. Quando três ou mais Estados acionam o Tribunal, este opera com os cinco árbitros (VARELLA, 2012, p. 491).

O Protocolo em questão busca garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do MERCOSUL, de forma consistente e sistemática, disciplinando a solução pacífica das controvérsias que venham surgir entre os Estados-Membros.

Dispondo sobre todas as matérias anteriormente reguladas nos demais protocolos, já em seu artigo 1º, vem a sanar um problema que não tinha previsão até então: a litispendência. Deixando aberta à parte demandante a eleição do foro para dirimir a lide, o Protocolo de Olivos expressa que, uma vez escolhido qualquer meio de solução de controvérsias, nenhum outro poderá mais ser acionado.

Com a criação do TPR, o Protocolo prevê tanto sua estrutura organizacional e procedimental, como dá a este a função de ser consultado pelo GMC para proferir opiniões consultivas. Como corrobora Varella (2012, p. 491): “Tem como competência resolver litígios de qualquer natureza, entre os Estados-membros, dentro do sistema regional de integração. Pode ainda proferir pareceres consultivos e editar medidas cautelares”.

Não obstante, delimita previamente o objeto da controvérsia, vedando sua posterior ampliação; adiciona o procedimento de revisão dos laudos arbitrais, inexistente anteriormente; abre a possibilidade de contestação do recurso revisional; regula o cumprimento dos laudos; formaliza o instituto das medidas compensatórias, bem como seu questionamento; organiza o acordo ou desistência pela demanda; estabelece a confidencialidade dos procedimentos arbitrais; uniformiza e flexibiliza prazos e derroga disposições contrárias.

3.6 EVOLUÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR VIA DA ARBITRAGEM NO PROTOCOLO DE OLIVOS

Como já delineado acima, o Protocolo de Olivos representa uma grande evolução no que concerne à solução de controvérsias no MERCOSUL. Dessa maneira, torna-se interessante analisar as mudanças fundamentais trazidas por este tratado para situar a real magnitude do mesmo no contexto da arbitragem internacional.

Segundo o “Protocolo de Olivos”, os Estados deverão, em primeiro lugar, procurar resolver as controvérsias através de negociações diretas. Frustradas tais negociações, qualquer dos Estados envolvidos poderá solicitar a instalação do procedimento arbitral perante o *Tribunal Arbitral Ad Hoc*, conforme previsto no Capítulo IV do Protocolo. Somente os Estados-partes podem formular reclamações perante os Tribunais do Mercosul, da mesma forma que somente tais Estados podem comparecer como réus. A jurisdição dos tribunais arbitrais *ad hoc* e do *Tribunal Permanente de Revisão* são reconhecidas *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial por todos os Estados- membros do Mercosul (art. 33 do Protocolo de Olivos) (CRUZ, 2010, p. 26).

Várias são as inovações implementadas pelo Protocolo de Olivos, a começar por proibir às partes propor nova demanda pelo mesmo objeto se a disputa já estiver sob análise de outra Corte, extinguindo a possibilidade de ocorrer o fenômeno processual da litispendência.

Como exemplo, podemos citar o art. 1º do “Protocolo de Olivos sobre Solução de Controvérsias no Mercosul” que dispõe ser proibido às partes recorrer a outros órgãos de solução de controvérsias após terem iniciado a resolução da disputa sob qualquer método jurisdicional (CRUZ, 2010, p. 224).

Tal qual supramencionado, o Conselho do Mercado Comum pode solicitar opiniões

consultivas do TPR.

Delimitou-se o objeto das controvérsias, que deverá ficar determinado nos textos de apresentação e resposta entregues ao Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, sem possibilidade de ser ampliado posteriormente.

Se uma ou mais partes não ficarem satisfeitas, podem recorrer ao tribunal permanente de revisão. Chama-se permanente, porque os árbitros são sempre os mesmos, sendo um titular e um suplente de cada Estado-membro (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela). Chama-se de revisão porque tem por função rever o julgamento do tribunal *ad hoc*. A decisão do Tribunal Permanente de Revisão é definitiva e não pode ser modificada. Se houver dúvida no texto, os interessados podem solicitar um recurso de esclarecimento, similar aos embargos de declaração no nosso direito (VARELLA, 2012, p. 386).

Ficou estabelecido o procedimento de revisão, mediante apresentação de recurso de revisão do laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, num prazo de quinze dias a partir da notificação, limitado a questões de direito e interpretações jurídicas do laudo, sendo insuscetíveis de revisão os laudos emitidos com base no princípio da equidade. Esta situação era inexistente no Protocolo de Brasília. E ainda criou a possibilidade de contestar o recurso de revisão do TPR.

No tocante ao cumprimento do laudo, unificou os prazos para esta ação, além de prever que o beneficiário do laudo possa ir ao Tribunal, que terá trinta dias para dirimir as questões relativas ao caso.

Formalizou a aplicação das Medidas Compensatórias, que, na redação do Protocolo de Brasília, poderiam ser impostas de qualquer maneira e sem um procedimento determinado; igualmente, deixou expressa a faculdade de questionar tais medidas perante o juízo arbitral.

Fixou a sede do Tribunal Permanente de Revisão na cidade de Assunção. Anteviu a probabilidade de desistência ou acordo referentes à controvérsia, expedindo o procedimento a ser tomado nestes casos.

Determinou a confidencialidade de todos os procedimentos, que, no âmbito arbitral, só poderão ser do conhecimento das Partes envolvidas no processo, ou aos setores com interesse na questão.

Unificou prazos, e ainda derogou o Protocolo de Brasília, excetuando os procedimentos já correntes sob o fulcro deste quando da vigência do Protocolo de Olivos,

bem como substituiu todas as menções à solução de controvérsias nos demais tratados vigentes.

3.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todo o exposto até então, e ao analisar detalhadamente a gênese, funcionamento e atual conjuntura do MERCOSUL enquanto organização, é possível vislumbrar avanços, principalmente no que se refere à previsão e implementação dos meios de solução pacífica de controvérsias.

O bloco ainda necessita de bases mais sólidas no contexto internacional, seja com relação à sua imagem e trajetória, ou sobre o ponto de vista de validade jurisdicional.

É importante destacar que o MERCOSUL tem muito para evoluir, mas vem se consolidando como organização internacional ao longo de sua existência. Os processos políticos ainda influem muito no modelo de integração pretendido pelo bloco. A união em busca de fortalecer a economia e extinguir as barreiras, ainda existentes no mercado, são urgentes para que o mesmo alcance os objetivos aos quais se propôs.

A organização estruturou-se de maneira modelar, excetuadas suas instabilidades políticas e econômicas, preponderantemente no tocante à formação dos Tribunais regionais e dos processos para dirimir lides internas.

Conquanto possua um bom e eficaz meio alternativo para solução de controvérsias, o MERCOSUL ainda o utiliza pouco, o que põe em xeque sua legitimidade perante a sociedade internacional, sempre preferindo resolver questões fora da jurisdição latina.

Houve cristalina evolução quanto à forma de resolver contendas, a partir da análise comparativo-sucessória das regulamentações protocolares. As disposições atuais na seara da solução de controvérsias mostram-se consistentes, principalmente quando se analisa o Protocolo de Olivos, que veio a preencher lacunas antes negligenciadas e regular situações de forma mais objetiva.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hilbebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo E. do Nascimento.

Manual de direito internacional público. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini P. **Arbitragem comercial:** princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons; São Paulo: CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação/Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2013.

BONIOLO, Eduardo da Eira. Relações entre Mercosul e União Européia e as consequências para o Brasil – Uma Resenha. **Revista geo-paisagem (on line)**. Ano 3, nº 5, Janeiro/Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.feth.ggf.br/Mercosul.htm>>. Acesso em: 18 de mar. de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **TRATADO DE ASSUNÇÃO**. Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (26/03/1991). Disponível em: <www.cade.gov.br/internacional/Tratado_de_Assuncao.pdf>. Acesso em: 03 de mar. de 2018.

_____. **DECRETO Nº 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 27 de mar. de 2018.

_____. **DECRETO Nº 922, DE 10 DE SETEMBRO DE 1993**. Promulga o Protocolo para a Solução de Controvérsias, firmado em Brasília em 17 de dezembro de 1991, no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0922.htm>. Acesso em: 13 de mar. de 2018.

_____. **DECRETO Nº 1.901, DE 09 DE MAIO DE 1996**. Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto), de 17 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm>. Acesso em: 12 de mar. de 2018.

_____. **DECRETO Nº 4.210, DE 24 DE ABRIL DE 2002.** Promulga o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4210.htm>. Acesso em: 27 de mar. de 2018.

_____. **DECRETO Nº 4.982, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2004.** Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

_____. **DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

_____. **DECRETO Nº 7.225, DE 1º DE JULHO DE 2010.** Promulga o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL, assinado em Assunção, em 20 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7225.htm>. Acesso em: 19 de mar. de 2018.

_____. **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 de mar. de 2018.

_____. **Página brasileira do MERCOSUL.** Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/>>. Acesso em: 12 de mar. de 2018.

_____. Página do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=538>>. Acesso em: 02 de mar. de 2018.

CABRAL, Marcella Kfourri. **Arbitragem internacional.** Migalhas de peso, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194367,51045-Arbitragem+internacional>>. Acesso em: 03 de mar. de 2018.

CASELLA, Paulo Borba, e outros. **Arbitragem:** lei brasileira e praxe internacional. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

CORREIA, Rodrigo Alves. Particularidades do processo de integração – O caso do Mercosul. **Revista Urutágua**, 2004. Quadrimestral – Nº 07 – Ago/Set/Out/Nov – Maringá – Paraná – Brasil. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/007/07correia.htm>>. Acesso em: 17 de mar. de 2018.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional econômico**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, Flávia Machado. **Direito internacional público**. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**; tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.

GIAMBIAGI, Fabio. Moeda única do Mercosul: notas para o debate. **Rev. bras. polít.int.** vol. 41 N° 1. Brasília. Jan./June 1998. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291998000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 04 de mar. de 2018.

GODOY, Bruna Mozini. **A supranacionalidade na união européia e sua possibilidade de adesão ao MERCOSUL**. Londrina, 2008. Disponível em:
<<http://gedi.objectis.net/eventos-1/ilsabrasil2008/artigos/reor/mozini.pdf>>. Acesso em: 16 de mar. de 2018.

GRANDO, Artur Antônio. **O acto administrativo transnacional na supranacionalidade da União Europeia e na intergovernamentalidade do Mercosul**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Porto, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do professor Dr. António Francisco de Sousa. Porto, 2013. Disponível em:
<<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70562/2/12252.pdf>>. Acesso em: 20 de mar. de 2018.

MAGNOLI, Demétrio. **Relações internacionais: teoria e história**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. Eficácia das decisões da União Europeia e do Mercosul. **Scientia Iuris**. v.5/6 (2001/2002). Disponível em:
<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11189/9940>>. Acesso em: 21 de mar. de 2018.

SCHOLAI, Tatiana. Modalidades de Arbitragem. **Prolegis**. Artigos e ensaios. 2008. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/modalidades-de-arbitragem/>>. Acesso em: 21 de mar. de 2018.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Os princípios norteadores do direito e a arbitragem**, 2013. Disponível em:
<<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/arbitragem.pdf>>. Acesso em: 18 de mar. de 2018.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. O que é? União aduaneira. **Desafios do desenvolvimento – IPEA**, 2007. Ano 4. Edição 32 - 7/3/2007. Disponível em:

<http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2130:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 20 de mar. de 2018.

4. A IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COM RESIDÊNCIA BIRDNESTING, NO BRASIL E NA ESPANHA, PARA CRIANÇAS AUTISTAS

Bruno Alberto Soares Guimarães

Juliana Leite de Souza Correia

4.1 INTRODUÇÃO

As relações conjugais, na atualidade, demonstram-se volúveis e pouco se tem ouvido falar em “felizes para sempre”, porém, a impulsividade que um casal tem ao formar sua família deve ser ponderada com as consequências que o fim do relacionamento amoroso poderá produzir.

Divórcio, dissolução ou separação podem resultar em calorosos debates que envolvam, não só questões patrimoniais, mas, principalmente, direitos e deveres dos filhos menores, como a guarda e a convivência familiar.

E, a relação paterno-filial é fruto de mudanças culturais e sociais, transformando-se ao longo dos anos em entidade com maior enfoque na convivência familiar, no diálogo, respeito e, especialmente, tratamento isonômico entre seus membros.

A proteção aos filhos é responsabilidade também do Poder Público, sendo inaceitável existir vida na forma indigna, vez que se vive em um Estado Democrático de Direito que intitula sua Constituição da República Federativa do Brasil como Constituição Cidadã e pauta seus fundamentos na proteção do ser humano em toda sua completude; por isso, os menores, desiguais que são, devem receber tratamento desigual, na medida da sua desigualdade, ou seja, necessitam de ser alimentados, cuidados, educados, instruídos até atingirem a maioridade que os garantirá capacidade para praticar os atos da vida civil.

E, quando se fala em crianças com neurodiversidade, como o transtorno do espectro autista (TEA), torna-se ainda mais importante que seus genitores tenham consciência do papel que exercem no desenvolvimento do filho, principalmente nos casos em que não

exista mais a relação conjugal, devendo manter uma boa comunicação e convivência em prol de proteger os interesses do menor advindo de sua relação amorosa.

No que tange à metodologia para o desenvolvimento deste artigo, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, que consistiu em uma investigação científica que envolve a formulação de hipóteses, principalmente de possibilidades testes de modalidades de residência dos menores, permitindo deduções de consequências a partir dessas e a verificação se as consequências são consistentes com a realidade. É uma metodologia usada em diversas áreas do conhecimento humano.

A pesquisa bibliográfica transitou por meio da atividade de localização e consulta de fontes diversas de informações escritas, para coletar dados gerais ou específicos a respeito de um tema (Gil, 2010) e foi o tipo utilizado para que se pudesse reunir a documentação pertinente à temática em evidência, pois é mediante o levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas através de escritos e eletrônicos que se dá origem a uma pesquisa bibliográfica, o que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto ora tratado (Fonseca, 2002).

A relevância social desta pesquisa dá-se em virtude de que o tema sobre a convivência familiar como um direito de crianças com TEA apresenta uma análise sobre os desafios e transformações que são imprescindíveis para que esse direito seja efetivado. E a relevância acadêmica decorreu-se da completude e enriquecimento das pesquisas que possuíam afinidade com a temática abordada, tendo em vista o interesse para tal assunto por uma multiplicidade de pesquisadores da área e afins.

Assim, o presente artigo traz a implementação da guarda compartilhada de crianças autistas com residência *birdnesting*, pela perspectiva do direito brasileiro e espanhol, fazendo uma reflexão sobre o Transtorno do Espectro Autista, tanto de forma histórica, como através das estatísticas que demonstram o crescimento exponencial dos diagnósticos ressaltando a importância da participação familiar para o desenvolvimento saudável das crianças autistas, assim como o debate sobre as relações familiares e o aprofundamento sobre o direito-dever de guarda e convivência dos genitores com seus filhos com TEA são essenciais para a manutenção da rotina e de hábitos que elas necessitam para quem possuam qualidade de vida.

4.2 O TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

O médico austríaco Leo Kanner, psiquiatra infantil, foi o precursor dos estudos sobre o TEA, o que, inicialmente, denominou de um distúrbio inato do contato afetivo.

Em 1943, após acompanhar onze crianças que não demonstravam o interesse habitual nas outras pessoas nem no contato com o ambiente social, publicou a obra *Autistic disturbances of affective contact*, na qual apresentou detalhadamente os comportamentos incomuns que observava nas crianças (Kanner, 1943).

Kanner descreveu o autismo como um transtorno fundamental, proeminente e patognômico da incapacidade das crianças de se relacionarem da maneira normal com as pessoas, vivendo em um “isolamento extremo desde o início da vida, e detendo um desejo obsessivo pela preservação da mesmice” (Schwartzman, 2010).

Desde o início ocorre uma solidão autista extrema, que, sempre que possível, desconsidera, ignora, se fecha para tudo o que provém de fora da criança. (...) O pavor à mudança e à incompletude parece ser um fator importante na explicação da repetitividade monótona e na resultante limitação na variedade da atividade espontânea. (...) Se um mínimo ingrediente é alterado ou removido, a situação total já não é mais a mesma e não é aceita como tal, ou é experimentada com impaciência “ou até mesmo com uma reação de profunda frustração” (Kanner, 1943, p. 242, 246, *apud* Volkmar, 2018, p. 2)

Os estudos apontavam que as crianças autistas apresentavam um comportamento de **isolamento social, resistência à mudança e, conseqüentemente, insistência nas mesmas coisas.**

Entre as décadas de 50 e 60, alguns pesquisadores apontaram que o comportamento apresentado por uma pessoa autista era resultado do relacionamento entre pais e filhos, fundamentando que os Genitores eram culpados por não proporcionar aos menores a formação de vínculos afetivos profundos.

Todavia, ao final da década de 70, os estudiosos compreenderam que o autismo advém de questões genéticas e cerebrais, assim como perceberam que crianças submetidas a intervenções educacionais e comportamentais estruturadas apresentam evolução em seu aprendizado.

Assim, definiu-se em quatro as características principais de uma pessoa autista:

(1) déficit no desenvolvimento social de um tipo muito diferente em comparação ao das crianças sadias; (2) déficit na linguagem e em habilidades de comunicação – novamente de um tipo distinto; (3) resistência à mudança ou insistência nas mesmas coisas, conforme refletido na adesão inflexível a rotinas, maneirismos motores,

estereotípias e outras excentricidades comportamentais; e (4) início nos primeiros anos de vida (Kanner, 1943, p. 242-246, *apud* Volkmar, 2018, p. 2).

Ao longo dos anos, inúmeros estudos epidemiológicos do autismo já foram realizados, uma vez que há muito interesse em saber se há um aumento da incidência do transtorno.

Uma revisão abrangente realizada em 2014 (Presmanes Hill, Zuckerman, & Fombonne *apud* Volkmar, 2018, p. 13) observou que a prevalência de autismo era de cerca de 1 em cada 152 crianças.

Porém, em março de 2023, o Centro de Controle e Prevenção de Doenças (CDC)¹³, apresentou um documento apontando que 1 em cada 36 crianças de 8 anos foram identificadas com transtorno do espectro autista nos Estados Unidos em 2020, representando uma média de 2,8% da população de crianças dessa faixa etária.

No Brasil, com base no Censo escolar, no período entre os anos de 2017 e 2021, observou-se um aumento de 280% no número de estudantes autistas matriculados entre escolas públicas e particulares e, em 2022, chegou-se ao número de 429.521 crianças matriculadas. Já a Organização Mundial da Saúde (OMS) – apresenta dados que sugerem uma estimativa da existência de dois milhões de autistas no país (Correio Brasiliense, 2023).

Diante desse cenário, há de se aduzir que após a compreensão do TEA mudou, afastou-se, por completo, a tendência em culpabilizar os pais e de excluir as crianças autistas do convívio social.

A busca por terapias que permitam maximizar o potencial dessas crianças reflete-se em uma crescente e, o envolvimento da família tem sido reconhecido como parte essencial de um tratamento eficaz, vez que como bem ressalta Volkmar (2018, p. 289), são os familiares que mantêm o curso do atendimento à criança com TEA (assim como, em geral, fazem muitos prestadores de cuidados primários).

Os profissionais afirmam com clareza que, no planejamento do tratamento e cuidados da criança autista, um dos pontos fortes consiste na inclusão de potencial apoio familiar de forma estendida – dos amigos e toda a comunidade em que a criança vive –, bem como a capacidade de adaptação parental e sua disposição para enfrentar problemas.

¹³ Uma agência do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos.

Ressaltam ainda que não se pode esquecer jamais da situação de vulnerabilidade da pessoa com TEA, que a depender das limitações que apresentem podem representar maiores desafios aos pais e familiares.

A aprendizagem social é um dos maiores desafios para as crianças autistas e o foco familiar é ajudar a aplicar as competências cognitivas em casa e na comunidade em que vivem, devendo essa criança a ser encorajada a realizar as atividades seja na igreja, na mercearia, no parque, musicais, esportivas e/ou, a fim de criar oportunidades para socialização e para a prática de outras competências da vida diária lazer (Matson, Hattier, & Belva, 2012; Palmen, Didden, & Lang, 2012).

Os pais precisam assimilar que experiências, principalmente de lazer, podem ser terapêuticas, sem necessariamente tratar-se de uma terapia profissional. Contudo, quando estes detêm precariedade de recursos – seja educacional, financeiro, afetivo familiar, de saúde – ou se um dos genitores é mais hábil do que o outro para enfrentar problemas, acaba por existir uma maior dificuldade para lidar com as situações geradas pela criança autista, o que acarreta suas próprias tensões.

Não se pode comparar as instituições familiares, pois cada uma é única e dentro da própria individualidade um mesmo obstáculo pode ser considerado impossível de administrar enquanto para outra este possui fácil solução.

Em seus ensinamentos, Volkmar (2018) afirma que um diagnóstico de neurodiversidade resultam em tensões óbvias para o casal e o casamento, podendo ocorrer diferentemente à medida que a criança se desenvolve e, inclusive, os padrões de comunicação incomuns pode ser uma das maiores fontes de desentendimento entre os pais e outros familiares (filhos não atípicos), o que acaba por resultar no isolamento social entre a criança com TEA e o restante da família.

Os pais podem ter sentimentos de culpa ou responsabilidade ou negar o problema e tender ao isolamento. No entanto, alguns focam nas tarefas à mão e são mais receptivos ao apoio de familiares, outros pais, prestadores de cuidados e comunidade mais ampla. Alguns têm uma experiência de perda severa e luto pelo filho idealizado que não tiveram (Volkmar, 2018, p. 289).

Importante lembrar que os pais também precisam de suporte para que consigam conduzir os cuidados de seu filho autista e, indubitavelmente, o recurso mais importante é o apoio mútuo e não só focarem em amparar os demais filhos (se houver) e outros membros

familiares, ainda que, com habitualidade se observe que cada um segue um caminho diferente do outro no modo de lidar com seus sentimentos quanto ao diagnóstico do filho com TEA.

Contudo, a forma com que cada um dos genitores lida com suas próprias emoções resulta, muitas das vezes, em ausência de diálogos efetivos com seu cônjuge e os problemas conjugais começam a surgir e, um casamento que já estava em conflito pode chegar ao limite com a adição de uma criança **neurodiversa**.

Porém, se dispostos a de fato se engajarem no tratamento do filho, não medirão esforços e, por muitas vezes, apenas frequentar reuniões de pais e saber que outras pessoas também se encontram na mesma situação pode ser muito importante para a relação familiar.

Quando se fala em pais solteiros ou divorciados, está-se diante de genitores que, muitas vezes, não possuem alguém com quem dividir as responsabilidades e experiências, mas que em prol do desenvolvimento de seus filhos devem manter uma boa comunicação, lembrando, sempre que a criança não pode ser tratada como um objeto de disputa, mas sim um ser humano em formação que precisa de ajuda.

Entretanto, ainda que seja de conhecimento dos pais a necessidade de manter uma boa relação em prol do desenvolvimento dos filhos, sabe-se que a depender das razões que levaram ao fim do relacionamento conjugal nem mesmo isso é possível e, se para crianças não atípicas há uma necessidade de readaptação, para as crianças autistas deve-se ter ainda mais sensibilidade e cuidado, considerando suas condições de interação social e cognitivas.

A mudança na rotina da criança com TEA em razão do divórcio/separação dos pais deve ser gradual, com o mínimo de alteração possível e acompanhada pelos profissionais capacitados, sendo suas necessidades respeitadas, exigindo dos genitores uma maior responsabilidade e comprometimento em manter os hábitos diários do filho, tais como fazer o mesmo caminho até a escola, mantê-lo na mesma casa, priorizar vesti-lo com as roupas habituais, assim como sua alimentação.

Logo, diante de uma neurodiversidade com características de resistência a mudanças, necessidade de previsibilidade de rotina, dificuldade de interação social dentre outros aspectos, não bastam somente os tratamentos médicos e os processos terapêuticos, mas fundamental é a participação familiar para que as crianças com TEA possam se desenvolver com dignidade, devendo os genitores serem conscientes de que seus filhos precisam de sua

presença e que eles quem precisam se adequar a realidade dos menores (e não o inverso), independentemente se solteiros, casados ou divorciados.

4.3 O ROMPIMENTO CONJUGAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Em meio aos novos modelos e arranjos familiares, é perceptível a taxa baixa de relacionamentos duráveis, evidenciando-se ser comum, casais não mais completando bodas de ouro, prata, entre outras. A mulher tornou-se mais intolerante a práticas de violência doméstica, e a sociedade, principalmente, diante da facilidade do divórcio / separação / dissolução fica menos permissiva a suportar casamentos, uniões estáveis ou namoros abusivos.

Assim, é aceitável que, de tempos para cá, o dinamismo das relações humanas gera uma maior rotatividade de parceiros e consecutivamente um crescimento vertiginoso de términos das relações conjugais.

O site do Instituto Brasileiro de Direito da Família evidenciou em nota, por meio de pesquisa realizada pelo IBGE nos últimos anos que foi constatada uma redução no tempo médio entre a data do casamento e a data da sentença ou escritura do divórcio passando de 15,9 anos, em 2010, para 13,6 anos, em 2021.¹⁴

E quando se fala de fim de relação logo compreende-se outros fatores que somam a este enredo, quais sejam a partilha de bens, a pensão alimentícia, a guarda dos filhos, e a tão complexa regulamentação de convivência, afinal, nem todo casal que se separa consegue manter uma maturidade suficientemente permissiva para resolver os próximos encontros, mesmo que seja para benefício dos filhos.

Separar, divorciar, ou mesmo dissolver-se não é fácil e as adversidades fazem parte desse processo doloroso que requer muita calma quando existem crianças envolvidas, principalmente no aspecto da guarda, a fim de estabelecer uma convivência familiar integrativa, e preservando os laços entre as duas famílias.

Com intento de entender de forma mais enfática essa seção, faz-se necessário contextualizar a família de forma abrangente, como o primeiro e principal grupo social ao

¹⁴ Brasil registra alta de 16,8 por cento no número de divórcios em 2021, revela IBGE. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10510/Brasil+registra+alta+de+16%2C8+por+cento+no+n%C3%BAmero+de+div%C3%B3rcios+em+2021%2C+revela+IBGE#:~:text=O%20Brasil%20registrou%20386%2C8,de%20Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20%E2%80%93%20IBGE>. Acesso em: 8 set. 2023.

qual as pessoas estão inseridas, tanto a nível nacional como internacional, afinal família é família em qualquer lugar.

O Brasil destina um artigo em especial, qual seja 226 da sua carta magna tão somente para tratar e dar a valoração devida, como elemento fundamental de proteção estatal.

E dentro do elemento familiar, destaca-se que as crianças, principalmente em virtude da positivação dos Direitos Humanos, tornaram-se sujeitos de direitos e com amparos de proteção nacional e supranacional, o que ganha respeito e notoriedade dentre das instituições governamentais e não governamentais.

Com o advento da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, passou-se então a consagrar a Doutrina da Proteção Integral à infância. Sua importância reside na revogação da antiga concepção tutelar, trazendo a criança e o adolescente para uma condição de sujeito de direito, de protagonista da própria história, possuidor de direitos e obrigações e dando um novo funcionamento à Justiça da Infância e da Juventude (Saraiva, 2012, p.221).

Tem-se, como marco fundamental, o momento em que na Assembleia Geral das Nações Unidas, 1959, foi promulgada a Declaração dos Direitos das Crianças, garantindo leis que visam preservar sua natureza, sua individualidade e sua temporalidade.

A criança é um ser completo, num contexto historicamente definido, conhecendo o verdadeiro papel que exerce em sua família e na comunidade, é possível compreender melhor a linguagem, as ações, sentimento, reações e possibilidades de seu desenvolvimento (Aroeira, 1996, p. 21).

Nos anos 90, o Brasil, estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Brasil, 1990), primando pela necessidade de reconhecimento desse grupo como detentor de direitos e deveres assegurados por lei. E dentro desse contexto frisa-se, assim, o direito à convivência familiar e comunitária, embasando-se na Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente, tendo como supedâneo a Declaração de Genebra (1924), a qual legitimava a proteção integral de crianças contra danos físicos e psicológicos provenientes ou não do seio familiar.

O menor, dentro de sua perspectiva individual, foi considerado um ser de proteção em todas as suas vertentes, e merecendo destaque nesta análise aos aspectos físicos e mentais, o que desagua nas crianças portadoras do TEA, que necessitariam de um suporte

e atenção maior quando passassem pela situação de divórcios / separações das relações conjugais de seus progenitores.

Na mesma constância nacional, no tocante ao aspecto familiar, a Europa não se distancia dessa realidade, vez que herda a ideologia do século XIX e normatiza uma acepção social e jurídica trazendo o patriarcalismo às relações, colocando a mulher em um lugar de submissão e sempre inferior ao marido, restando a esta em casos de separação tão somente aceitar ser cuidadora dos filhos, e perceptora da pensão alimentícia.

Dos países europeus, a Espanha é uma das nações mais liberais no que compete o reconhecimento de múltiplos arranjos familiares, logo se baseia em fundamentos democráticos.

A grande questão é perceber que todo fim de relação conjugal, seja no Brasil, na África, como na Europa, em destaque a Espanha, vai sobressair o assunto guarda e direito de convivência dos filhos, e que se é analisado pelo viés de crianças autistas ganha um destaque maior, diante da necessidade de respeito ao espaço necessário e as condições de vida, educação e dignidade desses seres.

4.4 A GUARDA E SUAS MODALIDADES

As separações, em sua grande parte, são dolorosas, pois subsistem em um processo gravado de sentimentos reflexivos de mentiras, intrigas, traições, rejeições e nesse mar de negatividades, frustrações e lamentações as partes que mais sofrem são os filhos, que passam a serem conduzidos como objetos de manipulações entre as partes envolvidas. São óbvias as chances desse aspecto afetar seu rendimento e o desenvolvimento como pessoas é altíssimo.

Eis o momento também que surge o processo de alienação parental, onde os genitores insuflam os menores de conteúdos, falsas memórias e principalmente os transforma em objetos de vingança, principalmente quando ainda se vive um processo de divórcio.

Uma das maiores dificuldades perpassa na sala de audiência, onde o pai quer ter maior convívio com os filhos e por vezes a mãe quer a redução dessa convivência tão somente porque sabe que o desejo inverso é apenas para rebater poderes.

Assim, depara-se com um dos assuntos mais difíceis a prática familista: a guarda e o direito de convivência.

Nesse conflito, subsiste a tentativa de estabelecer um modelo de guarda que prime pela manutenção da qualidade de vida dos filhos após a separação dos pais, levando-se em consideração o comprometimento e os vossos papéis no exercício da educação e principalmente no fortalecimento dos interesses dos menores.

Por consequência justamente daqueles que não respeitam seus papéis, seja o materno ou paterno é que o Estado sai da condição neutra nas relações familiares e passa a garantir o equilíbrio familiar destinando aos filhos uma vida saudável, distante de conflitos, justamente quando os realoca para o modelo de gestão (guarda) mais adequado às vossas necessidades.

4.4.1 NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil Brasileiro traz duas formas dessa modalidade de guarda, a unilateral e compartilhada, sendo esta última determinada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (Brasil, 2002, sem paginação).

A primeira, como é possível literalmente compreender, é o exercício somente por um dos genitores, o qual será o responsável pelos cuidados, determinações e aceções na vida dos filhos.

O modelo de guarda, no Brasil, na modalidade compartilhada é considerado o mais benéfico para os filhos, salvos impeditivos legais que, por força maior, inviabilize essa prática, como nos casos de histórico de violência por um dos genitores, alcoolismo, problemas mentais e recusa expressa de um dos responsáveis em assumir a proteção dos descendentes.

4.4.1.1 GUARDA UNILATERAL

Esta modalidade de guarda, no Brasil, era prevista na Lei n.º 11.698/2008 sendo regra em casos de ações familiares.

Entretanto, com a instituição do Código Civil Brasileiro de 2002 (Brasil, 2002) essa realidade deu espaço a abertura a outra modalidade de guarda, na divisão de responsabilidades entre genitores, principalmente na tomada de decisões na vida dos rebentos.

De todo modo ainda existe espaço para a guarda unilateral, como por exemplo quando em determinados casos exista uma separação traumática, com a morte de um dos genitores, ou até mesmo quando não é possível identificar a paternidade da criança. E neste tipo de guarda o genitor responsável deverá cuidar e proteger a criança contando como uma gestão exclusiva, cabendo ao outro genitor tão somente o direito de regular sua convivência com este ser.

O que vai ser relevante nessa escolha de guarda será o vínculo afetivo e melhor disponibilidade para proporcionar ambiente saudável, harmônico e educativo.

E com a evolução social, uma perspectiva tão abordada anteriormente neste artigo, também surge um novo viés, qual seja a presença paterna de maneira mais incisiva nas solicitações de guardas unilaterais, ressabiando um novo perfil masculino, de paternidade presente e consciente, de maneira mais efetiva e menos autoritária, repartindo interesses e cuidados na vida dos infantes.

Desta forma, resume-se, que a modalidade de guarda unilateral fica de lado diante da compartilhada, haja vista que é mais benéfica aos filhos por garantir responsabilidades e tomadas de decisões mútuas, oportunizando direitos iguais no tocante a proteção da vida dos menores, e os respectivos convívios com os genitores.

4.4.1.2 GUARDA COMPARTILHADA

Atualmente despontando como a modalidade mais conhecida, a compartilhada, segundo Grisard Filho (2016), originou-se na Inglaterra, durante a década de 70, e rapidamente foi sendo adotada ao redor do mundo, criada com intuito de preservar os laços de afetividade entre pais e filhos, posto que em muitos casos, ocorria o desejo mútuo de compartilhamento na criação dos filhos, mesmo após o rompimento.

[...] na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais. Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não-atribuição, através da *split order* (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto

a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, *care and control* (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, *custody* (custódia) (Leite, 2011, p. 265).

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como a convalidação da igualdade de direitos dentro dos gêneros o mundo saltou para um patamar mais paritário, e conseguiu perceber (mesmo que com dificuldades) que a responsabilidade na guarda dos filhos poderia ser compartilhada e principalmente integralizada, visando obter convergência de interesses paternos e maternos, afastando a visão do pátrio poder e do homem como dominador de opiniões.

Em discussões sobre o assunto a autora Pelajo (2008), opina que a aprovação da lei que regulamenta a guarda compartilhada representa um grande avanço em se tratando de desmembrar conjugalidade e parentalidade, destacando a jurista citada que, dessa forma, ambos os pais são responsabilizados pela educação dos filhos.

E mesmo que surja o questionamento de falta de entendimento dos pais quanto aos assuntos relacionados aos filhos a legislação brasileira estabelece que:

(...) não havendo consenso entre os genitores, estando ambos aptos a exercerem a guarda, esta será compartilhada. Todavia, tendo em vista atender ao melhor interesse das crianças ou adolescentes envolvidos, é comum que a Justiça brasileira atribua a guarda a apenas um dos genitores, tendo-se como premissa que, no caso das crianças, o melhor interesse é o de ficar sob a guarda da mãe, exceto se tal solução apresente dificuldades específicas. Os motivos para não se conceder a guarda à mãe se devem, normalmente, ao uso de drogas (Ministério Das Relações Exteriores, 2016, p.13).

Abrindo o leque para análise internacional frisa-se que as ações de guarda na modalidade compartilhada sofrem influência de vários fatores, como o grau de desenvolvimento cultural, formação e características particulares de cada povo. Contudo, como se vive, atualmente, na era da globalização, os exemplos bem-sucedidos tendem a ser copiados em todas as esferas da vida, especialmente na social e familiar, acompanhando o próprio desenvolvimento cultural dos povos e conduzindo os vários segmentos da sociedade a lutar por novos rumos (Silva, 2015).

Além do Brasil o compartilhamento da guarda é modalidade instituída em diversos países, tais como França, Canadá, Inglaterra, Estados Unidos, Espanha, Uruguai, Argentina, Cuba, entre outros, sendo utilizado principalmente para mitigar o sofrimento de uma

separação, por vezes turbulenta, entre pais e filhos. Desta forma almeja-se, assim, que a guarda compartilhada auxilie a tornar mais igualitárias as relações parentais, nos casos em que os pais não vivem juntos, responsabilizando ambos pela criação dos filhos e criando um cotidiano em que eles estejam mais presentes (Côté, 2016).

Quem avança caminhos na crítica a esta prática de guarda prescreve entendimentos que geraria maior propensão a conflitos no tocante a assuntos relacionados aos menores, porém deixam de explanar e de perceber que divergências existem até mesmo entre pais que sequer chegaram a romper os vínculos maritais, ou seja, poderia ocorrer com pais casados, pais em guarda unilateral, ou em qualquer outra modalidade. De todo modo o argumento mais incisivo desses críticos sustenta-se no aspecto residência, onde por muitas vezes acreditam que a guarda compartilhada geraria alternância de guarda, e acabam por embaralhar todo o conceito e subsistência desse avanço doutrinário e jurisprudencial no campo do direito das famílias.

Guarda e convivência são expressões e tem simbioses completamente distantes, onde a primeira reflete sobre tomada de decisões e a segunda ingere-se no campo do contato pessoal, seja materno ou paterno-filial.

4.4.2 NO ÂMBITO DO DIREITO ESPANHOL

Como aduzido anteriormente o Direito Espanhol não diverge do Brasileiro uma vez que subsiste também as modalidades unilaterais e compartilhadas, tendo esta maior abrangência.

O poder familiar, também denominada *patria potestad* é referencial para compreensão da modalidade compartida, salvo exceções que caberiam assegurar a suspensão desse poder, ou até mesmo a perda da guarda.

Esse poder advém do nascimento do menor, uma vez que não se pode deixar de frisar sempre que o direito da guarda é da criança e não dos pais. A prevalência é deste em ter o convívio e proteção de um dos genitores ou até mesmo paritariamente de ambos.

O Código Civil espanhol (Artigos 92 e 156) não define de forma concreta o poder familiar, pelo que se segue o estabelecido no IV Encontro de Magistrados e Juizes de Família e Associações de Advogados de Família de 2009, quando se definiu que as medidas que não podem ser tomadas unilateralmente pelo genitor que tenha a custódia do menor, sem consultar o outro genitor, são: definição do local de

residência do menor e suas posteriores mudanças de domicílio; escolha da instituição de ensino; definição da orientação educativa (religiosa ou laica); decisão sobre submeter o menor de 16 anos a tratamentos e intervenções médicas preventivas, curativas ou cirúrgicas, incluídas as estéticas, salvo os casos de urgência; recurso a terapias psiquiátricas ou psicológicas; realização de atividades extracurriculares – esportivas, lúdicas ou de formação – e todas as atividades que gerem gastos extraordinários que devam ser assumidos por ambos genitores (Ministério das Relações Exteriores, 2016).

Subsistindo tal percepção é visível que a guarda compartilhada é uníssona também no território Espanhol e é modalidade compatível com a realidade local.

4.5 O DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR

É comum ainda se ouvir a expressão “Direito de Visita” entre pais e filhos, até mesmo em virtude de uma coloquialidade voltada para a concepção que o pai não detentor da residência fixa do filho ter que ir ao seu encontro visitá-lo.

Por bem, a expressão nos últimos anos passa a cair em desuso vez que é compreensível que o genitor em hipótese alguma pode ser considerado uma visita na vida do seu filho. Ele agrega valores e cuidados além de quem tão somente visita, mas de quem efetivamente convive, o que engrandece o direito das famílias com o termo “Direito de Convivência”.

Essa distinção de expressões pode parecer metodismo, mas não o é quando se explica que a guarda é rege a tomada de decisões na vida do menor, a residência fixa é o local onde este infante pode tomar como base o seu lar, o seu referencial de moradia, e a convivência desponta com o ato de participação efetiva, corpo a corpo entre pai e filho(s).

Portanto, p. ex. quem não detém a residência fixa do menor deve manter a idêntica estrutura em sua residência para o período de convivência deste com aquele, montando um quarto para o menor, estabelecendo a mesma rotina diária de estudos, de higiene pessoal, de alimentação, fazendo tudo para que este infante entenda que a única coisa que alterou foi quem está naquele momento na sua companhia, mas que os regramentos da vida e educação são os mesmos.

Até então, tudo sairia muito perfeito se essas crianças não tivessem particularidades de cuidados e de tratamentos, no entanto, está-se aqui para trazer a cereja do bolo, e encarar

justamente, no tocante a residência dos menores que possuem o transtorno do espectro autista, o aspecto da convivência diante da resiliência a mudanças e quebras de rotinas.

4.6 A IMPLEMENTAÇÃO DA RESIDÊNCIA NIDAL COMO ESTRATÉGIA PARA MITIGAÇÃO DA QUEBRA DE ROTINA DE CRIANÇAS PORTADORAS DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

Muitos operadores do direito com certeza nunca ouviram falar na expressão *birdnesting* ou *nesting* (termos em inglês que remetem ao ninho dos pássaros), mas é justamente o caminho que esmerasse nessa pesquisa, trazer o novo, para enfrentar um problema não tão atual.

Se para crianças que não possuem qualquer tipo de transtorno a decisão de onde vão residir após a separação de seus genitores é difícil, imaginem para crianças que são detentoras do Transtorno do Espectro Autista?!

Como já abalizado anteriormente, o TEA influi principalmente na rotina dessas crianças, uma vez que carecem de movimentos estáticos e organização diária rígida para terem uma vida mais saudável. E assim vem o questionamento, como regular a convivência do genitor que não possui a residência fixa desse infante? Como reduzir idas e vindas desses menores, pernoites, e situações que fugiriam e muito de suas realidades?

Antes de se passar a responder tais questionamentos, é deveras fundamental que se apesente essa formatação nova de residência conhecida como *birdnesting*.

Na realidade, esta é uma modalidade bastante usual nos Estados Unidos e em alguns países da Europa, isto devido subsistir uma redução no impacto inevitável da separação dos pais.

Esta forma de residência conforta a criança e demonstra que independente do que tenha ocorrido com seus genitores a sua relação e rotina continuará a mesma, preparando-a para esse novo momento pós divórcio.

Os psicólogos, inclusive, recomendam tal medida vez que percebem que os filhos poderiam ficar mais protegidos a saber que não necessitariam deslocar-se dos seus lares habituais e até mesmo necessitarem se adequar a regras distintas.

Ao permanecerem no mesmo lar, as crianças não precisaram alterar a escola, nem sequer deixariam de manter aquele grupo de amigos e vizinhos que fazem parte de sua rotina, uma vez que subsistiriam com a mesma vida de outrora, regulando tão somente

agora quem é o genitor da vez que vai estar no controle de tudo, exercendo a guarda compartilhada.

Nesta formatação, inclusive, é bem claro subsistir a tão sonhada guarda compartilhada como foi desenhada, tendo os pais que compartilhem as responsabilidades e tomadas de decisões dos filhos no período em que estiverem no domínio do lar das crianças. Necessitarão fazer as compras, decidir o que os filhos vão almoçar e jantar, e se tiverem enfermos vão dar a medicação (sem denotar aquela ideia de que muito se escuta dizer: o menor está doente e não vai esse final de semana para casa do pai), bem como levar para os compromissos de lazer, festinhas de amigos da escola, entre outras tarefas que só o genitor convivendo no dia a dia é capaz de passar.

A forma de residência por aninhamento remete a própria ideia de ninho, onde somente os passarinhos genitores saem diariamente (por meio de revezamento) para trazer a alimentação aos seus filhos, que sempre permanecem no lar – o ninho. Dessa forma, com respeito a analogia, os adultos farão o deslocamento para se integrarem à rotina das crianças, e não o oposto.

É evidente que o *birdnesting* não é aplicável a qualquer caso, uma vez que o casal necessitaria de um grau de maturidade e desprendimento pessoal altíssimo, já que precisaria dividir atribuições dos menores, bem como a própria moradia (mesmo que não fosse de forma conjunta simultaneamente). Entretanto, a reflexão que deseja-se neste artigo é pensar essa formatação de residência para crianças com TEA, vez que reduziriam as idas e vindas para casa de um e outro genitor.

O transtorno influencia em dificuldades de comunicação interação social, padrões de comportamentos repetitivos, entre outros, a depender do grau que a condição engloba.

Com esse enredo, se percebe que a retirada do menor autista de um lar e a mudança em sua vida cotidiana poder-lhe-ia retardar o vosso rendimento pessoal, social e principalmente físico, vez que por vezes até mesmo adentrar em uma casa pela porta dos fundos pode ser motivo de perturbação na cabeça de um portador do TEA.

Essa modalidade de residência respeitaria o seu ambiente integralmente, sendo necessário apenas o acordo entre os genitores em relação a dias e horários em que cada um seria o responsável pelo infante, ressabiado com todas as tomadas de decisões do lar.

Pensem, o quão bom seria a criança poder realizar seus tratamentos domiciliares, seus afazeres na própria casa sem ter a preocupação de dia sim, dia não, ou semana sim,

semana não, ter que sair do lar para casa do outro genitor, com novas regras, costumes e incertezas.

Aos que não defendem essa modalidade sobe a argumentação do custo dessa nova formatação, uma vez que os pais necessitariam custear mais uma residência, ou seja, a do menor e as vossas.

Rosa (2015, p. 60) fundamenta que:

O custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desincentivam. Custo porque, além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para sua moradia. Outro fator que atrapalharia seria o novo enlace dos pais (e principalmente quando do nascimento de novos filhos), em que o funcionamento dessa modalidade ficaria no mínimo prejudicado.

E Zanette e Tretin (2019, p. 1) complementam:

Ainda pouco conhecida no Brasil, e mais difundida nos países da Europa, essa modalidade inverte a lógica da guarda alternada, quando a criança se reveza na casa dos pais. Na nidação o menor permanece residindo no mesmo local, e os genitores se alternam na moradia e, assim, na presença junto ao filho.

Aos que protegem, essa argumentação deixa de subsistir uma vez que quando existe o divórcio e a conjectura da pensão alimentícia é planejado as despesas dos menores e sempre disposto qual seu percentual em relação a cada uma das despesas (tanto as individuais, quanto as coletivas), como por ex. o custo da energia do lar, da moradia, do condomínio, da alimentação, da tv a cabo, da internet, tudo medido por pessoa que ali convive. Assim, tem-se que esse custo operacional do menor já é abalizado e agora deverá ser apenas proporcionalizado dentro dos ganhos/possibilidades dos genitores.

Essa forma *nesting* ainda seria benéfica para evitar o conflito corriqueiro dos pais de dizer que normalmente, a mãe por ficar com a residência fixa do menor, se beneficia dos valores oriundos da pensão alimentícia e de toda a estrutura do lar subsistente.

De todo modo, mesmo com todas as argumentações expostas, sejam para o critério afirmativo ou não é importante entender que essa modalidade só vige se efetivamente os genitores forem participativos na vida dos filhos, vez que esse é o condão para proteger uma unicidade doméstica e principalmente preservar os interesses do menor, que é princípio basilar do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das famílias se torna mais atual quando se pensam e se refletem as diversas modalidades e possibilidades dentro dos casos que nos chegam.

Até pouco tempo, falar de autismo era algo novo, não tão palpável, e por isso não se conseguiria, em hipótese alguma, imaginar como seria a vida com crianças com condições especiais e que requerem um maior cuidado e atenção.

Da mesma forma, a evolução social propiciou uma facilidade nas condições de enlances e separações, o que também trouxe consigo problemas interpessoais no tocante a patrimônio, filhos, guarda, pensão etc.

As formas de guarda do Brasil e da Espanha são muito similares, e os problemas no tocante a convivência entre genitores e suas proles também, por isso insurge a necessidade de uma tomada de decisões de forma a proteger e ponderar o melhor interesse desses menores, pautadas sempre no princípio da proteção integral.

E quando se abordam as crianças que possuem o TEA, balizam-se ainda mais os estudos e as tomadas de decisões, vez que de tempos para cá o número de processos com demandas de guarda de crianças com essa especialidade cresceu vertiginosamente.

Por esse fato, pensar na condição do autista e suas particulares e convergir o direito das famílias é despontar para sempre respeitar o ser humano em todas as suas conjecturas, principalmente quando se abordam padrões comportamentais, físicos e mentais.

A quebra de rotina na vida de crianças autistas pode gerar um stress terrível, uma vez que pessoas com o TEA tem dificuldade de lidar com alterações no cotidiano por menor que sejam. Essas alterações poderiam culminar inclusive no retardo do tratamento e por isso é importante manter o mundo dessas pessoas devidamente organizado.

Partindo desse ponto é que se trouxe para esta análise uma modalidade de residência nova, dentro da guarda compartilhada, a *Birdnesting* ou Nidal (mais conhecida desta forma no Brasil).

Ela garantiria a permanência dos menores em suas residências e tão somente seus genitores é que alternariam os cuidados do lar e a convivência com os menores, garantindo sempre a mesma rotina e as regras do lar, cientes de que ambos teriam maior interação com os filhos e estariam mais cientes da vida das crianças.

Aos que defendem informam que seria uma modalidade temporária, até que pudessem encaixar o momento pós divórcio. Aos que criticam inflam o argumento no tocante financeiro.

Entre os que acertam e erram o importante é estabelecer um diálogo na proteção do interesse dos menores, em especial de crianças que possuem o Espectro do Autismo, ressaltando suas condições e principalmente sua forma especial de entender o mundo.

E se existe possibilidade de integralizar essa técnica que originou-se na Inglaterra e ganha grandes adeptos nos Estados Unidos e em parte da Europa, porque não estabelecer mais seguidores no Brasil e na Espanha?!

O direito das famílias nos ensina que nunca é tarde para evoluir e se existe sociedade, existe constância e principalmente existe o respeito pelas pessoas, sejam ela elementos individuais ou partícipes de um núcleo familiar sempre vai haver a discussão.

REFERÊNCIAS

AROEIRA, M.L.C. **Didática de pré-escola**: vida da criança: brincar e aprender. SP: FTD, 1996.

AUTISMO: quais são os sinais do TEA e a importância do diagnóstico precoce. **Correio**

Brasiliense: Ciência & Saúde, 2023. Disponível em:

<https://www.correiobrasiliense.com.br/ciencia-e-saude/2023/04/5090076-autismo-quais-sao-os-sinais-do-tea-e-a-importancia-do-diagnostico-precoce.html>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Atlas, 1991.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CÔTÉ, D. Guarda compartilhada e simetria nos papéis de gênero: novos desafios para a igualdade de gênero. **Revista Observatório**, v. 2, n. 3, 182-198. Disponível em:

<https://doi.org/10.20873/uft.2447-4266.2016v2n3p182>. Acesso em: 10 set. 2020.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GIL, A.C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRISARD FILHO, W. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KANNER, L. "*Autistic disturbances of affective contact*". **Revista Nervous Children**, número 2, páginas 217-250, ano 1943. Disponível em:

<https://autismtruths.org/pdf/Autistic%20Disturbances%20of%20Affective%20Contact%20-%20Leo%20Kanner.pdf>. Acesso em: 8 set. 2023.

LEITE, E. de O. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: RT, 2011.

MATSON, J. L., Hattier, M. A., & Belva, B. (2012). *Treating adaptive living skills of persons with autism using applied behavior analysis: a review*. **Research in Autism Spectrum Disorders**, v.6, n.1, 271-276

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Mercosul**. 2016. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/686-mercosul>. Acesso em: 10 ago. 2023.

PALMEN, A; DIDDEN, R. & LANG, R. A systematic review of behavioral intervention research on adaptive skill building in high-functioning Young adults with autismo spectrum disorder. **Research in Autism Spectrum**, v. 6, n. 2, p. 602-617, 2012.

PELAJO, S. Entrevista: A guarda compartilhada é uma tendência mundial. **Tribuna do Advogado**, Rio de Janeiro, n. 469, ano 35, p. 28, jul. 2008.

ROSA, C.P. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva 2015

SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, A.M.M. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 2015.

SCHWARTZMAN, J.S. Autismo e outros transtornos do espectro autista. **Revista Autismo**, Edição de setembro de 2010. Disponível em: <https://www.canalautismo.com.br/numero/000/autismo-e-outros-transtornos-do-espectro-autista/>Acesso em: 9 set. 2023.

VOLKMAR, Fred R.; **Autismo: guia essencial para compreensão e tratamento**. Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788582715222. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582715222/>. Acesso em: 10 set. 2023.

ZANETTE & TRENTIN. **Guarda de nidação - revezamento dos pais na casa do filho**. 2019. Disponível em: <https://ztinforma.com/2019/01/28/guarda-de-nidacao-revezamento-dos-pais-na-casa-do-filho>. Acesso em: 10 set. 2023.

5. A ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL E AS RELAÇÕES FAMILIARES NO SEIO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ISLÂMICOS: THE PUBLIC POLICY AND FAMILY RELATIONS WITHIN ISLAMIC LEGAL ORDER

Jordana Amaral da Costa e Silva

Lícia Maria Novaes Boaventura

5.1 INTRODUÇÃO

Após os Tratados de Amsterdam e de Lisboa¹⁵, a União Europeia passou a intervir legislativamente sobre matérias de direito civil, designadamente sobre conflitos de jurisdição e de leis, numa tentativa de harmonização jurídica internacional. Essa “harmonização” tem como escopo principal possibilitar que, em um mundo cada vez mais plural, as relações jurídicas transnacionais tenham uma regulação coesa¹⁶. É certo que, diante de uma inevitável aproximação de leis de origens distintas, a maneira mais concreta de harmonização é a criação de leis e regulamentos que possam solucionar os inúmeros conflitos entre leis de países e povos tão distintos. Logo, quando falamos de harmonização jurídica, não se trata de uma legislação e/ou constituição global, apesar desse movimento hoje ganhar cada vez mais adeptos, mas sim de mecanismos previstos em lei para que, num conflito concreto e real de legislações de dois ou mais países, o aplicador do direito possa encontrar uma solução e indicar qual legislação deverá ser aplicada.

¹⁵ TRATADO DE AMSTERDAM. Cfr o artigo 65º, disponível em https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf e TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Cfr os artigos 81º e art. 81º, n.º 2, que trata sobre as medidas de cooperação judiciária, em matéria civil, quando há conflitos de leis e de jurisdições, disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF;

¹⁶ O Direito Internacional Privado tem como função primordial criar valores de segurança jurídica, de forma que todos possam, em qualquer localidade que estejam, ter seu direito garantido. Logo, segundo FERRER CORREIA, “a vocação ecuménica é um axioma”. Sobre esse tema cfr: FERRER CORREIA, António. “O Novo Direito Internacional Privado Português” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLVIII, Coimbra, 1972, p. 4; FERRER CORREIA, António. “Unidade do Estatuto Pessoal” in *Estudos Jurídicos III*, Coimbra, 1970, p. 293; FERRER CORREIA, António. *La Reconnaissance et exécution des jugements étrangers*, Coimbra, 1971, p. 4; BAPTISTA MACHADO, João. *Âmbito de Eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra, 1970, p. 180; OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 23, entre outros.

Uma das principais questões relacionadas com a aplicação das leis islâmicas é a mitigação do princípio da igualdade, definido pelo Estado Português no art. 13º (princípio da igualdade) da Constituição da República Portuguesa, bem como do artigo 36º¹⁷ (família, casamento e filiação) do mesmo diploma, uma vez que os estatutos islâmicos possuem um viés de desigualdade em razão do sexo, sendo a mulher normalmente considerada inferior ao homem, e como consequência, seus direitos são meras concessões da figura masculina no seu âmbito familiar. Em que pese essas questões, e tantas outras abordadas oportunamente, é dever do Estado Português a proteção da identidade cultural dos imigrantes¹⁸ que aqui residam e constituam família, bem como das sentenças proferidas no estrangeiro de acordo com leis respectivas.

É justamente diante dessa dicotomia entre o dever de afastar legislações contrárias à Ordem Pública Internacional do foro e o dever de proteção dessas mesmas leis, que o presente artigo irá tratar sobre vários aspectos das Relações Familiares no Ordenamento Jurídico Islâmico e a suas relações com a harmonização jurídica internacional. Dentre desse contexto, há a figura da Reserva da Ordem Pública Internacional.

Concluída toda essa discussão, torna-se interessante a demonstração de como os Tribunais portugueses, e outros Estados, estão a aplicar a Reserva da Ordem Pública em casos de conflitos de leis e de jurisdição, que tenham como base as relações familiares islâmicas, de modo a traçar um panorama geral acerca da questão objeto do presente estudo.

De forma a facilitar o presente artigo, foi escolhida como legislação modelo (mas não apenas), o Código da Família do Marrocos, conhecida como La Moudawana, uma vez que o Marrocos, entre os inúmeros países de origem islâmica, possui como fonte de direito a lei, ou seja, há no Marrocos uma legislação escrita e codificada, com a participação efetiva de um tribunal de família. Além disso, sua localização geográfica também se coloca como um

¹⁷ O artigo 36º da CRP, n.º. 3, nos traz o princípio da igualdade entre os cônjuges;

¹⁸ A constituição da República Portuguesa, além de impedir a discriminação, por ascendência, território de origem, religião, entre outros fatores no artigo 13º, trata sobre os estrangeiros por disposição do artigo 15º, que entre outras disposições, protege seus direitos, e de igual forma seus deveres, da mesma forma que um cidadão português (n.º. 1), com exceção dos direitos políticos, exercício de funções públicas (a não se quer sejam meramente técnicos), e direitos exclusivos aos nacionais portugueses (n.º. 2), entre outros. Já o Código Civil português, em seu artigo 14º, dispõe sobre o direito dos estrangeiros e em seu n.º. 1 trata sobre a equiparação dos estrangeiros aos nacionais “quanto ao gozo de direitos civis, salvo disposição legal em contrário”. Já no n.º. 2, o Código Civil trata sobre o princípio da reciprocidade, afirmando que não “reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias”. Sobre esse tema, Cfr MARQUES DOS SANTOS, António. "A Aplicação do Direito Estrangeiro" in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 45; BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 248; FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra, Almedina, 2000.p. 428; LIMA PINHEIRO, Luis. *Direito Internacional Privado*, vol. I, 2.- Edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 577;

ponto de relevância, uma vez que o Marrocos hoje é um dos principais articuladores nas negociações econômico-políticas entre Europa e África.

5.2 RESERVA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

A Reserva da Ordem Pública Internacional tem como função principal¹⁹ evitar a aplicação de uma lei, indicada como competente pelas regras do Direito Internacional Privado de um determinado Estado, cujo resultado, após a aplicação, seja contrário aos princípios fundamentais do sistema legal desse foro.

Para além disso, é importante ter em mente que a sua concepção moderna é de índole aposteriorística, ou seja, de exceção²⁰, uma reserva. Isto é, somente após a aplicação das regras de conflito, com a determinação da lei estrangeira aplicável, é que o aplicador do direito deverá analisar, não a lei estrangeira competente individualmente, dissociada de um caso concreto, mas sim o resultado da aplicação dessa lei naquele caso concreto específico. Por ser medida excepcional, a Reserva de Ordem Pública Internacional somente poderá ser utilizada se o resultado da aplicação da lei competente ao caso, seja inaceitável em contraponto aos princípios fundamentais da Ordem Pública Internacional do Estado competente²¹. A consequência do afastamento da aplicação da lei estrangeira será, portanto, a aplicação de outras normas da legislação estrangeira mais apropriadas ou, em último caso, a lei interna do foro. Para Santiago Álvarez, essa função é chamada de função preventiva ou negativa, pois protege o sistema de determinado Estado contra a aplicação de legislações estrangeiras quando seus efeitos, no caso concreto, sejam profundamente contrários aos “princípios superiores do foro”²².

¹⁹ Segundo Santiago Álvarez: “Existe otra forma de enfocar esta función, al menos desde la tesis de P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959, según la cual el orden público tiene una función de coordinación de sistemas, una dimensión positiva que vendría a describirse como el establecimiento (en positivo) de los límites de tolerancia del producto extranjero (la opinión la extraigo de J. Foyer, ‘Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde’, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, cit, p. 284-302, esp p. 296), em ÁLVAREZ, Santiago. “Orden público europeo versus orden publico internacional de cada estado?” in “La gobernanza del interés público global” in *XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional*, Madrid, 2015, p 153, nota 23;

²⁰ Cfr Rui Manuel Moura Ramos, *L'Ordre Public International en Droit Portugais*, BFDUC, Vol.LXXIV, 1998. p.50; FERRER CORREIA, António, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2000,p.407; MARQUES DOS SANTOS, António. *Direito Internacional Privado*. Sumários, Lisboa, AAFDL, 1987, pp.184-186, entre outros;

²¹ Cfr PEREIRA COELHO, F.M. E OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família, vol. I - Introdução ao Direito Matrimonial*, - Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed., 2008, p. 719; BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3ªed., 1992, p. 256; MOTA, Helena. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina. P. 262; MAYER, Pierre. *Droit International Privé*, Paris, Montchrestien, 6ª ed., 1998, p. 134;entre outros

²² ÁLVAREZ, Santiago. “Orden publico europeo versus orden publico internacional de cada estado?” in “La gobernanza del interés público global” in *XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional*, Madrid, 2015, p 153;

Note-se, portanto, que o papel da Reserva da Ordem Pública é exercido sempre em segundo plano. Primeiro, a partir das regras das normas de conflito do foro, se determina qual a lei aplicável aquele caso concreto, levando-se em consideração todos os pontos acima delineados, e especialmente o elemento da conexão. Após ter sido definida a lei aplicável, o aplicador do direito deverá verificar se o conteúdo material da lei escolhida, trará resultados toleráveis ao sistema jurídico, ético e moral do foro, e especialmente se tal resultado será compatível com as normas constitucionais e com os princípios fundamentais constitucionais do foro. Se a resposta for positiva, a lei escolhida será efetivamente aplicada. Caso a resposta seja negativa, a legislação será afastada, aplicando-se, segundo a cláusula de ordem pública do Estado português tomado aqui como exemplo, outras normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, a *lex fori* que trate sobre aquele tema, tendo como fundamento a Ordem Pública Internacional do foro²³.

5.3 A APLICAÇÃO DA RESERVA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES DE ORIGEM ISLÂMICA - DISCUSSÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O Sistema Jurídico Islâmico, em geral, diferente do sistema jurídico europeu, não tem a figura da lei como fonte de direito. O Estado Islâmico, na realidade, é um instrumento para manutenção e continuidade das tradições religiosas, estas sim fontes de direito, e que regem as relações nas comunidades islãs²⁴. Como consequência, o Ordenamento Jurídico Islâmico, ressalvadas suas exceções²⁵, não possui como propósito a incorporação de direitos e deveres reconhecidamente universais, dentre eles o princípio da igualdade. Isso não

²³ Nas palavras de FERRER CORREIA: “É evidente que a solução de tal problema, que só pode, pois, achar-se ao nível do caso, supõe da parte do juiz da causa uma liberdade de avaliação inconciliável com qualquer fórmula rígida. A ordem pública não é uma *medida objetiva* para aferir a compatibilidade *concreta* da norma estrangeira com os princípios fundamentais do direito nacional, mas a decisão de não aplicar as leis estrangeiras é alguma coisa que joga essencialmente com *avaliações subjetivas* do juiz, com a representação que na mente deste se forme acerca do sentimento à constituição ou reconhecimento do efeito jurídico dominante na colectividade e das reações desse sentimento à constituição ou reconhecimento do efeito jurídico que se tem em vista” FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra, Almedina, 2000, p. 410. Além disso, nem todas as cláusulas de Ordem Pública, presentes em outros Estados, indicará como aplicáveis normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente, como prevê o Código Civil português. Geralmente, a legislação considerada aplicável será a lei interna do foro.

²⁴ Cfr WOLKMER, Antônio Carlos. “Fundamentos do Direito na Cultura Islâmica” in *Islamismo e Humanismo Latino – Diálogos e Desafios*, Ed. Vozes, 2004, p. 225; PANSIER, Frédéric-Jérôme e GUELLATY, Karim. *Le droit musulman*. Paris, Ed. PUF, 2000, p. 24-25;

²⁵ O Marrocos, que será utilizado como objeto de estudo, tem o Direito da Família organizado em um Código jurídico e formal, chamado “la Moudawana”;

significa que o Sistema Jurídico, de maneira geral, não faça alusão a tais princípios²⁶ ou que os desrespeite de forma sumária. A diferença consiste no significado que cada um dos princípios fundamentais possui para os muçulmanos e para a comunidade ocidental²⁷.

Esse paradigma se torna ainda mais evidente quando lidamos com as relações familiares e com o lado mais frágil dessa relação: as mulheres²⁸. Além de serem segregadas, em algumas interpretações mais rígidas das escrituras, as mulheres são excluídas de toda a vida pública, sem nenhum direito político protegido²⁹. Essa questão da inexistência de igualdade de direitos entre homens e mulheres é muito grave e abrange vários outros aspectos da vida das muçulmanas; porém, para o presente estudo, essa análise terá como base as relações familiares³⁰, em um sentido estrito, ou seja, em relação ao casamento e ao divórcio.

A legislação portuguesa não permite a poligamia, que é aceita na legislação marroquina, uma vez que, segundo o artigo 1601º, “c”, do Código Civil português, o casamento anterior não dissolvido, seja ele civil ou católico, se consubstancia em impedimento dirimente absoluto e que, como tal, obsta à celebração do casamento³¹.

Nesse ponto, é importante refletir sobre a possibilidade da seguinte situação: Caso uma nacional portuguesa case, em Marrocos, com um nacional marroquino, e seu esposo case, por sua vez, no exercício da poligamia, com outra mulher, de origem marroquina, e após a celebração válida e regular pela lei do local da celebração, decidam, os

²⁶ Segundo GILISSEN: “Os poucos princípios jurídicos que se podem deduzir do Alcorão correspondem às finalidades políticas prosseguidas por Maomé: dissolver a antiga organização tribal dos Árabes e substituí-la por uma comunidade de crentes sem classes privilegiadas. As regras impostas tendem a uma maior moralidade: proibição do vinho, do jogo, do empréstimo a juros. Os juizes (*qâdi*) devem, nas suas decisões judiciárias, procurar o que é justo: lutar contra a corrupção, impor o testemunha na justiça, fazer respeitar o peso e a medida exactos; os contratos devem ser executados fielmente; os fracos (mulheres, órfãos, escravos) devem ser protegidos” ²⁶ GILISSEN, John. *Introdução Histórica Ao Direito* - 2º Edição, Lisboa, 1995, p. 121; É interessante perceber que o entendimento do que seria “proteger” as mulheres é bem diferente da proteção dada por uma legislação ocidental, como Portugal, visto a lei muçulmana é nitidamente desigual nos direitos entre homens e mulheres, sempre as enxergando como um ser submisso ao homem.

²⁷Sobre esse tema, cfr *Dignidade humana, igualdade e liberdade no islamismo*, disponível em [https://parstoday.com/pt/radio/world-i21436-dignidade-humana-igualdade-e-liberdade-no-islamismo-\(pelo-motivo-do-dia-dos-direitos-humanos-isl%C3%A2mic-os\)](https://parstoday.com/pt/radio/world-i21436-dignidade-humana-igualdade-e-liberdade-no-islamismo-(pelo-motivo-do-dia-dos-direitos-humanos-isl%C3%A2mic-os)), consultado em 08 de setembro de 2020;

²⁸“Os homens são superiores às mulheres pelas qualidades com que Deus os elevou acima delas e porque os homens gastam os seus bens a dotá-las. As mulheres virtuosas são obedientes e conservam cuidadosamente durante a ausência de seus maridos o que Deus lhes confiou”. Alcorão, Lisboa, *Junta de Investigações Científicas do Ultramar*, 1979, Sura 4:38, p. 103

²⁹ AHMED AN-NARIM, Abdullahi. *Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*, New York, Syracuse University Press, 1996, pp. 52, 54 e 87

³⁰ “A crença europeia e norte-americana na igualdade perante a lei e os seus corolários no domínio das relações familiares não lograram obter aceitação em vários países muçulmanos, onde o estatuto da mulher casada se mantém largamente subordinado ao do marido em virtude da admissão da poligamia e do reconhecimento ao varão do direito de corrigir e repudiar a sua consorte”. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, vol 1, Introdução e Parte Geral*. Coimbra, Almedina, 2008, p. 7;

³¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed. ver. e atu. Coimbra: Almedina, 2010, p.163; PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel. *Dicionário Jurídico*. 2º ed. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2009, p. 69; Cf. Jean-Claude Rologne, *História do Casamento no Ocidente*, tradução de Isabel Cardeal, Lisboa, Temas e Debates, 1999, pp. 156-158.

três, passarem a residir em Portugal. Poderá a nacional portuguesa reconhecer seu casamento na ordem jurídica portuguesa? O seu esposo terá direito ao reagrupamento familiar, por ser cônjuge de cidadã europeia? E a segunda esposa? E se houver filhos menores oriundos das duas relações?

De acordo com o artigo 25º do Código Civil, as relações familiares são reguladas pela lei pessoal dos respectivos sujeitos. Para a determinação da lei pessoal, o artigo 31º, n. 1 do Código Civil, indica que a lei pessoal será a lei da nacionalidade do indivíduo³². Além disso, o artigo 49º do CC português afirma, como já discutido sobre o requisito da capacidade matrimonial, que quem determina a capacidade para casar-se é a lei pessoal do nubente. Sob o ponto de vista da legislação portuguesa, somente o primeiro casamento é válido, e somente esse casamento será reconhecido em Portugal para os fins a que se destinam. Quanto ao segundo casamento, sendo os dois nubentes de nacionalidade marroquina, a lei aplicável será a lei marroquina, conforme artigo 49º do CC, que considera válido o casamento.

Isso significa que, caso o cônjuge estrangeiro de origem do Marrocos, solicite a nacionalidade portuguesa, por exemplo, pelo vínculo do casamento sob os termos da lei da nacionalidade portuguesa e, posteriormente, solicite a transcrição de seu segundo casamento para fins de reagrupamento familiar, por exemplo, será esse segundo casamento reconhecido pela Ordem jurídica portuguesa?

A resposta aqui passará por duas questões distintas. É certo que o segundo casamento não será reconhecido³³ em Portugal, uma vez que a legislação estrangeira aplicável (lei do Marrocos) infringe de forma gravosa os princípios fundamentais do Estado português³⁴, quanto à permissão da poligamia. Logo, pensamos que esse casamento não poderia ser reconhecido em Portugal, já que a poligamia fere de forma gravosa os princípios fundamentais do Estado Português, sendo, portanto, invocada a Reserva da Ordem Pública Internacional, nos termos do artigo 22º, n.º. 1 do CC, de maneira a não permitir o reconhecimento desse segundo casamento na ordem jurídica portuguesa, por infração dos artigos 1601º e 1631º, n.º. 1 do CC português.

³² Cfr nota 99;

³³ A consequência para a celebração de casamento, com a existência de um anterior não dissolvido, é da anulabilidade do acto. PORTUGAL. Código Civil de 25 de novembro de 1966. 6.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017, artigo 1631º;

³⁴ Cfr o Acórdão proferido pelo Tribunal de Évora nos autos do processo 899/14.3T8FAR.E1, parágrafos P, Q, R S, T e U, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/6c12bd701302862980257f170058c025?OpenDocument&Highlight=0,899%2F14.3T8FAR.E1;>

Para CASTRO MENDES, o impedimento do casamento anterior não dissolvido é insanável, ou seja, existindo um primeiro casamento válido e regular, jamais o segundo casamento poderá ser considerado válido, mesmo que existam causas supervenientes de dissolução do primeiro casamento, como morte ou divórcio, uma vez que o casamento é inválido desde a sua formação³⁵.

No entanto, em atenção ao que já foi dito acerca do caráter aposteriorístico da Reserva da Ordem Pública, deve-se fazer uma reflexão caso a caso, sobre os efeitos oriundos desse segundo casamento e que tenha relevância para a ordem jurídica portuguesa, como o direito ao reagrupamento familiar³⁶, uma vez que o direito à constituição da família, não necessariamente o casamento, é também um direito consagrado pela Constituição portuguesa, conforme artigo 36º, n. 1, que afirmar que “todos tem direito a constituir família e contrair casamento”. Nesse sentido, é pertinente a constituição da relação familiar entre a primeira esposa e a segunda esposa em relação ao cônjuge, bem como aos filhos oriundos dessas relações.

Em relação ao divórcio, vamos tratar sobre o assunto através da análise de alguns acórdãos. O Acórdão nº. 10602/2005-2 do Tribunal da Relação de Lisboa, será a primeira jurisprudência analisada, e esse acórdão analisou o instituto do repúdio masculino (*talaq*)³⁷, de um cidadão português, que se casou com uma mulher de nacionalidade marroquina, no Tribunal de Rabat, Marrocos, no ano de 2000. Após 4 anos do matrimônio, o requerente repudiou sua esposa, tendo sido decretado o divórcio pelo mesmo tribunal, seção notarial, sendo este revogável pelo período da *idda*³⁸. Na data do divórcio, o requerente já residia em Portugal e sua esposa, no Estado do Marrocos. O requerente, portanto, intentou ação de revisão e reconhecimento de sentença estrangeira, com base nos artigos 978º ao 985º do CPC.

³⁵MENDES, João de castro. *Direito da Família*, AAFDL, 1991, pág. 64.

³⁶ O termo reagrupamento familiar é dado pela Diretiva nº 2003/86/EC para se referir aos membros de nacionais de países terceiros, que residam legalmente em um país da UE, inclusive informam a não incidência dessa Diretiva aos familiares dos cidadãos da UE. Portugal também assim utiliza tal termo, de acordo com transposição da referida diretiva. Porém, para o presente estudo, o termo foi utilizado como sinônimo de reunificação familiar, em face do cônjuge varão, no caso dado como exemplo, ter adquirido a nacionalidade portuguesa, e solicitado a reunificação familiar de sua segunda esposa;

³⁷ O repúdio, conhecido como *talaq*, é um repúdio exclusivamente dos homens e consiste na faculdade do marido de divorciar-se, unilateralmente, de sua esposa, sendo prescindível o consentimento ou a oposição desta. É um instituto tradicional islâmico, e é exercido no Marrocos através de uma manifestação oral (eu repudio-te, eu repudio-te, eu repudio-te), escrita ou por gestos, desde que inequívocos, na presença de duas testemunhas. Esse divórcio praticado pelo marido é um divórcio revogável, vez que o marido pode voltar atrás dentro do período da *idda*, previsto pelos artigos 129º a 137º do La Moudawana. A *idda* tem duração de 3 meses (ou 3 menstruações da esposa) e serve como um período para comprovação de que a mulher não está grávida, ou caso esteja, para garantir a ascendência da criança. Logicamente que, nos dias de hoje, não há necessidade desse tipo de mecanismo para saber se a mulher está grávida e a ascendência biológica da criança, caso a gravidez se confirme, em face dos avanços na área médica.

³⁸ Vide nota anterior

A decisão proferida analisou o instituto do repúdio sob a ótica da legislação portuguesa, de acordo com os requisitos previstos no artigo 980º do CPC, especialmente sob a ótica da Reserva da Ordem Pública Internacional, artigo 980º, f) c/c artigo 22º do CC e, para tanto, se valeu das palavras de FERRER CORREIA, para fundamentar a possibilidade de invocação da Reserva da Ordem Pública Internacional para recusar a aplicação de uma lei estrangeira (o reconhecimento do divórcio pelo rito islâmico) “na medida em que essa aplicação venha lesar algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, tido por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local”. Para melhor entendimento, o acórdão deixa claro, ainda, de que “não é, portanto, a decisão propriamente que conta, mas o resultado a que conduziria o seu reconhecimento. A decisão pode apoiar-se em uma norma que, considerada em abstracto, se diria contrária à ordem pública internacional do Estado português, mas cuja aplicação concreta não o seja”. Por fim, destacou a possibilidade da aplicação da Reserva da Ordem Pública Internacional em seu efeito atenuado.

Após deixar claro, portanto, essa prerrogativa do Estado português, o acórdão passou a analisar o repúdio, sob a ótica da legislação portuguesa, referindo que, em Portugal, no ano de 2007 (antes da alteração legislativa, portanto, de 2008), não havia previsão legal sobre o divórcio unilateral, sem motivos – logo se estivéssemos diante de um pedido de decretação de um divórcio unilateral pela lei do Marrocos, junto ao tribunal português antes de 2007, o mesmo não seria aceito – porém, não havia, também, nenhuma disposição constitucional que proibisse esse tipo de dissolução. Para demonstrar a mudança de pensamento da sociedade portuguesa, o acórdão citou ainda a existência do projeto de lei nº. 232-x, que tratava justamente sobre o pedido de divórcio a pedido de um dos cônjuges, mas que havia sido negado.

Quanto ao repúdio, o acórdão cita de forma resumida o procedimento do tribunal do Marrocos para a decretação desse tipo de divórcio, com a indicação dos artigos do La Moudawana, e ressalva que a mulher também poderá exercer esse direito, mas somente se o marido assim autorizar previamente, no contrato matrimonial. Por conta disso, o Tribunal da Relação de Lisboa afirma que o procedimento adotado pelo Código da Família do Marrocos infringe o princípio da igualdade, especialmente entre os cônjuges, previstos nos artigos 13º e 36º da Constituição da República portuguesa, além do art. 5º do Protocolo nº. 7 à Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ratificado por Portugal.

Ultrapassada toda essa discussão, o tribunal se volta para a sentença objeto da lide, para que possa analisar de forma individual e concreta, os efeitos da sentença na ordem jurídica portuguesa, caso seja reconhecida. Informa tratar-se de uma sentença que decretou, por homologação, um divórcio intentado pelo cônjuge marido. Afirma que tal efeito, divórcio, é admitido na ordem jurídica portuguesa, ressalva que o fundamento da sentença, a vontade exclusiva de um dos cônjuges, não afronta de forma intolerável a ordem pública portuguesa. Explica que, apesar da sentença ter sido proferida dentro de um sistema que infringe o princípio da igualdade, quando restringe o direito de exercício do repúdio à mulher a uma autorização por parte do marido, a violação do princípio da igualdade ocorre quando é negada a mulher o exercício de tal direito. Porém, não é sobre esse fundamento que a sentença versa. Inclusive, como bem assinala o relator, não houve oposição da mulher quanto ao divórcio junto ao tribunal competente. Apesar disso, consta que o divórcio decretado era revogável, podendo o requerente retomar o casamento, antes do fim do prazo da espera legal, por força de sua exclusiva vontade.

Nesse ponto, o relator do processo é claro ao afirmar que essa revogabilidade é desconhecida no direito português, e atenta contra o princípio da igualdade entre os cônjuges e contra a dignidade da pessoa humana, que são princípios basilares da ordem jurídica portuguesa (artigo 1º da Constituição da República). Porém, segundo a lei do Marrocos, o período de espera tem início da decretação do divórcio e prolonga-se por 3 períodos menstruais, ou seja, expirado tal prazo, o divórcio torna-se definitivo e, por consequência, irrevogável. No caso dos autos, conforme explica o Acórdão, o referido prazo já havia expirado, logo tratava-se de um divórcio irrevogável e definitivo. Assim, segundo o relator, a sentença em análise não conduz a um resultado intolerável com a ordem jurídica portuguesa, ou seja, a “decisão a rever não colide com a barreira da ordem pública internacional do Estado Português”. E, por fim, conclui que “não há obstáculos à pretendida revisão da sentença”. O processo de revisão e reconhecimento da sentença estrangeira de divórcio, proferida pelo Tribunal de Rabat, Marrocos, foi julgado procedente, tornando-se válida e eficaz perante o Estado Português.

Em contraponto temos o Acórdão nº. 1378/18.YRLSB-7 do Tribunal da Relação de Lisboa, que tratou sobre um pedido de revisão e reconhecimento de sentença estrangeira, com base nos artigos 978º a 985º do CPC. Dos autos resulta que: AUK E SPS casaram-se em 26.01.2011, e no decorrer do casamento, tiveram dois filhos, ainda menores. A requerida fora notificada pessoalmente, mas não apresentou oposição. A *declaração* do divórcio

ocorreu em 24.09.2017, na presença de um notário, da cidade de Bangladesh, a partir do talaq, por parte do marido, que pronunciou 3 vezes: “A partir de hoje ela já não será minha mulher e eu não serei seu marido”. Durante o período de 90 dias (ou 3 menstruações), o divórcio poderá ser revogado.

Segundo o relator, não houve prova dos seguintes pontos: 1) A mulher repudiada tenha tido direito ao contraditório; 2) Tenham sido resguardados os direitos e interesses relativos aos filhos menores do casal ou do patrimônio do cônjuge mulher. Além disso, há ainda questões a resolver que versam sobre: A) Se o divórcio constante da sentença objeto, de carácter definitivo, e com fundamento na declaração unilateral de repúdio masculino, de acordo com a lei islâmica de Bangladesh, está incluída no âmbito da alínea e) do artigo 980º do CPC³⁹; B) Se a Ordem Pública Internacional do Estado português impede o reconhecimento do divórcio constante da sentença sob análise.

No entanto, conforme detalha o Acórdão, o documento apresentado para fins de revisão e reconhecimento não se trata de uma decisão, mas tão somente de uma declaração prestado pelo cônjuge marido, e requerente, perante um notário. Ocorre que, segundo recentes acórdãos do STJ, excluem do âmbito de aplicação as declarações, como é o caso do documento objeto de análise: uma declaração unilateral, “à margem de qualquer processo judicial ou procedimento administrativo, no âmbito do qual tenha sido viabilizado o exercício do princípio do contraditório”. E é justamente por tal motivo que entende não ser possível o reconhecimento da decisão apresentada pelo requerente, uma vez que “o documento prova que o requerente (e só ele) fez a declaração de repúdio, perante o notário, sem demonstrar a observância de qualquer procedimento, sem a intervenção do cônjuge mulher e sem que tenha sido emitido qualquer juízo, ainda que de carácter homologatório, por parte da entidade administrativa responsável pelo acto”.

Por cautela, o Tribunal analisou também os outros requisitos do artigo 980º do CPC, mais precisamente às alíneas “e” e “f” que, de igual forma, não permitem o reconhecimento da declaração sub judice. Quanto a alínea “e”, que trata sobre o contraditório e igualdade das partes, e no caso dos autos verifica-se que: “o divórcio operou por mera declaração; a mulher não interveio no procedimento de divórcio; a lei aplicada ao divórcio não permite, segundo entendimento do Tribunal, sequer essa possibilidade”. Logo, conclui o tribunal que, pelo procedimento adotado pela legislação de Bangladesh, há uma

³⁹ PORTUGAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL de 26 de junho de 2013. 17ª.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017, artigo 980º e ss;

clara violação ao princípio do contraditório, bem como ao princípio da igualdade de armas. Já em relação à alínea “f”, que trata especificamente da Reserva da Ordem Pública Internacional, o Tribunal passa a analisar se a declaração apresentada pelo requerente para fins de reconhecimento, operada pela lei islâmica do Bangladesh, infringe as disposições de ordem pública internacional do Estado português.

Nesse ponto, o relator traz à tona novamente a questão da exclusão da mulher no procedimento do divórcio – violação do princípio do contraditório e da igualdade de armas – bem como a ausência de salvaguarda dos interesses dos filhos menores – contrariando as convenções internacionais e o direito europeu. Logo segundo o Tribunal da Relação de Lisboa, além do resultado do reconhecimento desse divórcio conduzir a um resultado intolerável, em face de tudo o que foi estudado sobre a Ordem Pública Internacional, a decisão, por seu procedimento, compromete a “própria formação do resultado, visto que o divórcio não decorreu perante um tribunal ou uma entidade administrativa que garantisse a equidade do tratamento dos cônjuges ou que tivesse na base a observância do contraditório”. Por tais motivos, o processo fora julgado improcedente, com a denegação do reconhecimento do divórcio por repúdio, nos moldes específicos desse caso concreto.

Nota-se, portanto, o caráter de aposteriorístico da Reserva da Ordem Pública Internacional, bem o caráter casualista, pois temos aqui duas decisões proferidas pelo mesmo Tribunal, que tem como objeto de fundo a dissolução por repúdio, mas que tiveram decisões completamente contrárias, em face das particularidades de cada caso. Ou seja, apesar de se tratar de pedidos de reconhecimento de divórcio por repúdio, os casos específicos conduziram a resultados diferentes, sendo o primeiro deles compatível com a Ordem Pública Internacional do Estado português e o segundo, a um resultado intolerável obrigando à invocação da Reserva da Ordem Pública Internacional portuguesa, de modo a impedir que tal decisão possua validade e eficácia no ordenamento jurídico português.

Mais recente, em decisão singular de 07 de abril de 2020 proferida pelo Dr Pedro Martins (Acórdão 405/19.3YRLSB-2 do Tribunal da Relação de Lisboa), em que estava em causa um divórcio por repúdio, decretado pelo Tribunal de 1ª Instância de Z, Reino do Marrocos, do ano de 1995, o Tribunal da Relação de Lisboa, após toda a discussão pertinente ao caso, reconheceu o divórcio, passando a produzir efeitos na ordem jurídica portuguesa. Tal decisão demonstra que a participação de um Tribunal, com o exercício do contraditório e da proteção dos interesses da parte suficiente, facilita o reconhecimento de institutos

estranhos à legislação portuguesa, visto que a decisão não conduz, geralmente, a um resultado intolerável. Porém, por não ser despidendo repetir, a análise deverá sempre ser feita em segundo plano, a partir da análise do resultado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Já sobre os requisitos essenciais do casamento, a Sentença de nº. EWFC 54, Case Nº: ZC16D00278, da England and Wales Family Court Decisions (High Court Judges), há uma discussão acerca da validade de um casamento, celebrado em cerimônia religiosa, pelo rito islâmico, no ano de 1998, na Inglaterra. Da união, nasceram x filhos. A requerente, a esposa, requereu o divórcio de seu marido, em 04 de novembro de 2016, ao Tribunal da Família da Inglaterra e País de Gales. Seu marido, em oposição, ratificou o pedido de divórcio, e o fundamentou na presunção do casamento, em face da coabitação, visto que não houve casamento válido pela lei inglesa. Em réplica, a mulher fundamentou a validade do casamento, na presunção de sua existência, em face da coabitação. Em pedido alternativo, fundamentou ser o casamento entre as partes, um casamento nulo, de acordo a lei inglesa de 1973.

Disto isto, há duas questões centrais a serem respondidas pelo Tribunal da Família competente: a) As partes devem ser tratadas como casados, ao abrigo da lei inglesa? B) O casamento é nulo, e a sentença deverá ser de declaração de nulidade de casamento?

Ao iniciar a discussão, o Tribunal ressalva que irá tratar a requerente como esposa e o requerido como marido, uma vez que os dois consideram-se casados, e “se apresentam para o mundo” como assim fossem. Apesar disso, no decorrer do processo, há uma mudança de tratamento quanto à cerimônia religiosa de celebração do casamento por parte do marido, que passou a ser chamado apenas de “benção”. Já segundo a esposa, enquanto residiram em Dubai, foram considerados pelas autoridades dos Emirados Árabes, como casados de forma válida.

A questão primordial, segundo o acórdão, é saber se uma cerimônia “nikah”, ou seja, uma cerimônia religiosa pelo rito islâmico, cria um casamento inválido ou um casamento nulo, pela lei inglesa. O problema aqui, como bem ressalva, é a existência do casamento inexistente, do não casamento.

Segundo a lei inglesa, se o casamento for considerado válido (porque foi comprovado, ou realizado no Reino Unido, cumprindo as leis inglesa, ou realizado no estrangeiro, cumprindo as leis do local da celebração), os cônjuges têm direito a todos os efeitos da condição legal de casados, que podem variar entre benefícios fiscais, direito a

pensões, vantagens de herança, entre outros. No caso de fracassar, as partes poderão solicitar ao tribunal competente a separação judicial ou o divórcio, podendo tratar sobre direitos sobre a habitação da morada de família, alimentos, divisão de bens, entre outros. Porém, caso não tenha o casamento cumprido todos os requisitos essenciais de formação, o ato poderá ser objeto de uma ação de anulabilidade, pode ser considerado nulo ou anulável. Enquanto não houver a declaração sobre o ato, o casamento é considerado válido, tendo direitos aos mesmos benefícios de um casal, e após a anulação, poderão ainda dividir os bens e tratar sobre questões de alimentos. No entanto, sendo um casamento inexistente, um não-casamento, não há tais direitos. Após alguns pontos de reflexão, o juiz competente salientou que o casamento objeto dos autos durou 18 anos, período em que os cônjuges tiveram e criaram 4 filhos.

Dos autos restaram comprovados de que, pelas provas apresentadas, a cerimônia religiosa de casamento, pelo rito islâmico, não poderia produzir um casamento válido pelas leis inglesas, situação essa ratificada pelo Procurador-Geral e pelos inúmeros casos semelhantes citados na sentença. Por conta disso, o juiz concluiu que não se operava, no presente caso, a presunção de casamento válidos nos termos do direito inglês.

Quanto à questão da nulidade do casamento, o juiz competente analisou as disposições do direito inglês sobre tal tema, bem como a questão sobre o não-casamento, ressalva que a requerente invoca a análise do presente processo com base nos direitos fundamentais previstos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, conforme fora implementado pela Lei dos Direitos Humanos de 1998. Nesse ponto, o juiz indica os fundamentos da referida lei que foram invocados pela requerente, e afirma que “o tribunal não deve agir de maneira incompatível com um direito da convenção”, lembrando que a jurisprudência da Convenção exige soluções reais e eficazes, mesmo que seja a de tomar medidas positivas para garantir os direitos dos indivíduos. Ademais, havia ainda que considerar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1990, ratificada pelo Reino Unido em 1991, com vigência a partir de 15.01.1992, bem como a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as mulheres (1979), que entrou em vigor como um tratado internacional, sendo ratificada pelo Reino Unido em abril de 1986. Após diversas reflexões sobre os argumentos levantados pelas partes diante dessas convenções, o juiz passa para a análise sobre a lei e a aplicação ao caso. Para tanto, afirma, como base na interpretação e aplicação da seção 11 da Lei de Causas Matrimoniais de 1973, e em diversos casos semelhantes, o juiz concluiu, baseado em sua

própria interpretação mais flexível sobre a seção 11 da lei acima referida, além dos argumentos de direitos fundamentais, que o casamento objeto dos autos se enquadra no âmbito da seção 11 e foi um casamento celebrado em desconsideração de requisitos quanto à formação do casamento, sendo, portanto, um casamento nulo e a esposa tem direito a um decreto de nulidade.

Esse acórdão é muito interessante, uma vez que o casamento fora realizado no Reino Unido, pelo rito islâmico, e as partes tinham ciência de que para ser considerado casamento, pelo direito inglês, teria que ser sucedido de uma cerimônia civil, o que não foi feito. Apesar disso, perante o direito islâmico, aplicado ao ato, o casamento era válido, o que ficou comprovado pelo fato de que toda a comunidade, entidades e organismos, reconheciam o as partes litigantes como marido e mulher, durante o período de 18 anos, em que coabitaram e tiveram 4 filhos. Em sua análise individual do caso, o juiz entendeu que a ideia de casamento inexistente para o caso dos autos, usurparia direitos fundamentais das partes, especialmente da mulher e de seus filhos e para tanto, aplicou a Reserva da Ordem Pública Internacional (que sequer fora citada no caso, mas que se fazia presente) em sua concepção atenuada, ao não entender como válido o casamento, mas também não o entender como “não-casamento”. Optou, o juiz, pelo caminho do equilíbrio, em declarar a nulidade do casamento e permitir que a mulher e os filhos tivessem os direitos, que tal modalidade abrange, garantidos.

Percebam aqui que o exercício em segundo plano, feito pelo juiz competente ao caso, permitiu uma reflexão sobre os efeitos da qualificação do ato celebrado entre as partes como casamento inexistente, entendendo ser este resultado incompatível com os direitos previstos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1990 e Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as mulheres. Assim, ampliou a interpretação da legislação inglesa aplicada ao caso, com o fito de incluir o ato religioso celebrado pelo rito islâmico em suas exceções, permitindo que o casamento seja considerado nulo, por ausência de um dos requisitos legais (ausência de celebração civil). Interessante aqui, que não houve efetivamente um exercício de não se aplicar a legislação islâmica, vez que o casamento continuou a ser válido perante a lei islâmica, mas sim de flexibilizar o entendimento da legislação inglesa, com o fito de permitir um resultado tolerável em face dos princípios fundamentais internacionais, previstos pelas Convenções acima citadas.

5.4 CONCLUSÕES

Após a reflexão apresentada, e diante das jurisprudências analisadas, podemos concluir que a Reserva da Ordem Pública Internacional é de suma importância, porém sua aplicação deve ficar restrita ao caso concreto, analisado individualmente, não em relação a lei estrangeira efetivamente aplicada ao caso, mas sim em relação aos resultados apresentados após a aplicação da lei estrangeira, perante a ordem jurídica do foro. Caso os resultados sejam intoleráveis, a invocação da Ordem Pública Internacional será imprescindível, evitando assim que sejam contrariados os princípios fundamentais do Estado do foro.

Em relação aos pontos especificamente analisados, casamento e dissolução por divórcio, a aplicação prática deve sempre levar em consideração o contexto em que a lei se insere, bem como os possíveis prejuízos que a não aplicação da lei pessoal possa gerar às partes. Para isso, o direito interno português, os Regulamentos, Convenções Internacionais, em matéria de direito de família, demonstram a primazia pela lei pessoal, que tem como princípio fundamental, atualmente, a primazia da residência habitual em detrimento, muitas vezes, da lei da nacionalidade. Além disso, há também uma maior flexibilização, permitindo às partes, em muitos casos, a escolha da lei aplicável através da autonomia conflitual.

Quanto às jurisprudências, é de fácil percepção de que os tribunais portugueses ainda não se debruçaram por completo sobre tais matérias. Não obstante tais fatos, as jurisprudências analisadas confirmam a problemática aqui analisada e comprovam que o resultado não depende, e nem pode depender, da aplicação da legislação ou não, mas de uma análise casuística e detalhada, e especialmente uma análise do resultado.

REFERÊNCIAS

AFILAL, Rachida. "Do Moudawana ao Código da Família: processos e conteúdos de uma reforma estratégica" in *Cadernos Pagu no.30*, Campinas, 2008. p. 121-135. Acessado em 30.04.2020, disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332008000100010&lng=pt&tlng=pt;

ÁLVAREZ, Santiago Pérez. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español" in *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, p. 183-223, 2008.

ÁLVAREZ, Santiago Pérez. "Orden publico europeo versus orden publico internacional de cada estado?" in *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional, Madrid, p. 146-181, 2015.

AN-NAŘIM, Abdullahi Ahmed. *Toward na Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*, New York, Syracuse University Press, 1996.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed. ver. e atu. Coimbra: Almedina, 2010.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família, vol. I - Introdução ao Direito Matrimonial*, - Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed., 2008.

CORREIA, António Ferrer. "Unidade do Estatuto Pessoal" in *Estudos Jurídicos III*, Coimbra, p. 101-130, 1970.

CORREIA, António Ferrer. "Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado" in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, separata do BFD*, III, Coimbra, 1983.

CORREIA, António Ferrer. *Direito Internacional Privado. Alguns Problemas*, Coimbra, separata dos volumes LI, LII, LIII, LIV do BFDUC, 4.ª reimpr., Coimbra, 1996.

CORREIA, António Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra, Almedina, 2000.

CRESPO, Ana Marta. "Da fixação ou não de alimentos em sede de regulação das responsabilidades parentais quando nada se sabe das possibilidades do alimentante: breve abordagem jurisprudencial" in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, n.11, ano 6, 2009.

Dignidade humana, igualdade e liberdade no islamismo, disponível em [https://parstoday.com/pt/radio/world-i21436-dignidade-humana-igualdade-e-liberdade-no-islamismo-\(pelo-motivo-do-dia-dos-direitos-humanos-isl%C3%A2micos\)](https://parstoday.com/pt/radio/world-i21436-dignidade-humana-igualdade-e-liberdade-no-islamismo-(pelo-motivo-do-dia-dos-direitos-humanos-isl%C3%A2micos)), consultado em 08 de setembro de 2020.

DOLINGER, Jacob. "World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws" in *Texas International Law Journal*, p. 167-193, 1982.

DOLINGER, Jacob. "Ordem Pública Mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado" in *Revista de Informação Legislativa*. ano 23, n. 90, Brasília, p. 205-232, 1986.

GARZON, María Dolores Cervilla. "Le Régime Juridique Du Patrimoine Conjugal Dans Le Code de La Famille Marocain" in *Personne et Patrimoine: variations sur une connexion*, chapter 4, p. 82, 2014, disponível em https://www.researchgate.net/publication/328614436_LE_REGIME_JURIDIQUE_DU_PATRIMOINE_CONJUGAL_DANS_LE_CODE_DE_LA_FAMILLE_MAROCAIN.

GARZÓN, María Dolores Cervilla. "La aplicabilidade de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional" in *Cuadernos de Derecho transnacional* vol. 10, n. 1, p. 144-163, 2018.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica Ao Direito* - 2ª Edição, Lisboa, 1995.

PINHEIRO, Luis Lima. *Direito Internacional Privado*, vol. I, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008.

PINHEIRO, Luis Lima. *Direito Internacional Privado*, vol. II – Direitos e conflitos. Parte Especial – 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

MACHADO, João Baptista. *Âmbito de Eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra, 1970.

MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 15.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2006.

MENDES, João de castro. *Direito da Família*, AAFDL, 1991.

MOTA, Helena. “Algumas considerações sobre a autonomia da vontade conflitual em matéria de efeitos patrimoniais do casamento” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 305-330, 2003.

MOTA, Helena. “O regime de bens dos casamentos celebrados por portugueses no estrangeiro – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1.7.2003, Rec. 1943/03” in *Cadernos de Direito Privado*, nº. 11, p. 33-46, 2005.

MOTA, Helena. “A Ordem Pública Internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho nº. 87/2010, de 19 de julho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina. p. 261-284, 2012.

MOTA, Helena. “O presente e o futuro das relações familiares internacionais no Direito da União Europeia” in *La famiglia nella società contemporanea*, p. 393-403, 2016.

PANSIER, Frédéric-Jérôme e GUELLATY, Karim. *Le droit musulman*. Paris, Ed. PUF, 2000.

PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel. *Dicionário Jurídico*. 2º ed. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2009.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise geral das suas relações*, (reimp.), Coimbra, 1980.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *A Reforma do Direito Processual Civil Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

RAMOS, Rui Manuel Moura. "L'Ordre Public International en Droit Portugais" in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, em francês, Vol.LXXIV, 1998.

RAMOS, Rui Manuel Moura. "Limites à aplicação das regras de direito português: a recepção do direito internacional convencional e a aplicação do direito estrangeiro e do direito comunitário" in PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família, vol. I - Introdução ao Direito Matrimonial*, - Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed., 2008.

RAMOS, Rui Manuel Moura. "Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa" in *Estudos de Direito Portugues de Nacionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

SAGHIR, Tijaniya. *Régimen jurídico del reconocimiento en marruecos de los matrimonios celebrados en el extranjero y de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio*, tese de doutorado apresentado na universidade de jaén facultad de ciencias sociales y jurídicas departamento de derecho público y derecho privado especial, sob a orientação de Gloria Esteban de la Rosa, 2013.

SANTOS, António Marques do. *Direito Internacional Privado*. Sumários, Lisboa, AAFDL, 1987.

SANTOS, António Marques do. "Breves Considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado", in *Estudos de Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, p. 51-128, 1998.

SANTOS, António Marques do. "A Aplicação do Direito Estrangeiro" in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, vol 1, Introdução e Parte Geral*. Coimbra, Almedina, 2008.

VIDAL, Ma. Dolores Ortiz. "El Repudio en el Código de Familia de Marruecos y la Aplicación del Derecho Marroquí en la UE" in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, p. 201-244, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. "Fundamentos do Direito na Cultura Islâmica" in *Islamismo e Humanismo Latino – Diálogos e Desafios*, Ed. Vozes, p. 223-235, 2004.

6. O ADVOGADO COMO PORTADOR DO AGIR QUE EMANCIPA A SOCIEDADE PÓS-PANDEMIA, REDUZINDO OS IMPACTOS AOS DESAMPARADOS

Luana Campos Professor

6.1 INTRODUÇÃO

A pandemia gerou diversos impactos sendo necessária a reflexão acerca da aplicação dos direitos humanos no período pós pandêmico pelo Estado através de políticas públicas dentro do Sistema de Proteção Social de acesso universal.

Dentro dessa transição paradigmática do período pós pandemia, observa-se graves efeitos em relação aos desamparados e a necessidade de atuação do advogado com o objetivo de que sejam cumpridos os Direitos Humanos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O advogado como portador do agir que emancipa a sociedade pós-pandêmica, já atua no processo de inclusão desses indivíduos, entendendo que são sujeitos de direitos que necessitam acessar as oportunidades de desenvolvimento social.

Dessa forma, faz-se necessário observar a decretação da pandemia de COVID-19 e a necessidade de distanciamento social sem a observância pelo Estado das medidas necessárias a implementar ou dar continuidade a sistemas universais, integrais e sustentáveis de proteção social pela ótica dos direitos humanos. Em seguida, torna-se indispensável a contribuição do pensamento boaventurano sobre o “vírus como pedagogo cruel” da transição paradigmática a organizar respostas sociais.

Logo, a análise propõe uma contribuição sobre o papel indispensável do advogado na conjuntura atual vivenciada pela sociedade. Atuar nesse cenário em esforço colaborativo para romper um estado de entendimento do que era normalidade traz ao advogado a responsabilidade de portador do agir que emancipa a sociedade pós-pandemia, reduzindo os impactos aos desamparados e atuando para que sejam cumpridos os Direitos Humanos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, o artigo traz a colaboração de compreender e fomentar o mister do advogado como autor vanguardista na diminuição das desigualdades sociais e discriminações ao

assistir os vulneráveis para efetivar os direitos sociais na ausência de assistência governamental.

6.2 DA DECRETAÇÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 E A NECESSIDADE DE DISTANCIAMENTO SOCIAL SEM A OBSERVÂNCIA PELO ESTADO DAS MEDIDAS NECESSÁRIAS A IMPLEMENTAR OU DAR CONTINUIDADE A SISTEMAS UNIVERSAIS, INTEGRAIS E SUSTENTÁVEIS DE PROTEÇÃO SOCIAL PELA ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A pandemia decretada a partir do surto do vírus COVID-19, confirmada pelo Organização Mundial da Saúde oficialmente em março de 2020, baliza o início do século XXI, imprimindo traumas na população, ao tempo que nos convoca à ação para construir um novo modelo civilizacional.

Na contramão de cumprir-se o objetivo de justiça social, o contexto atual pós-pandêmico aponta no sentido de que direitos em todos os sentidos são violados diariamente.

A reflexão crítica dos impactos da pandemia de Coronavírus (COVID-19) mostra que a mesma como fato tornou-se um marco histórico em todos os aspectos: sociais, econômicos, políticos, tecnológicos e de informação.

A doença de coronavírus-19 criou uma emergência de saúde pública e causou até este momento de atualização, 6,85 milhões de mortes no mundo, conforme dispõe o *Our World In Data*⁴⁰.

A partir de colaboração global, as novas estimativas da OMS são de que o número total de mortes associadas direta ou indiretamente à pandemia de COVID-19 (descrito como “excesso de mortalidade”⁴¹) entre 1 de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2021 chegaria a aproximadamente 14,9 milhões (intervalo de 13,3 milhões a 16,6 milhões).

⁴⁰ Tradução livre: “Nosso mundo em dados”. Disponível em: <https://ourworldindata.org/explorers/coronavirus-data-explorer> Acesso em 07.02.2023

⁴¹ O EXCESSO DE MORTALIDADE É CALCULADO COMO A DIFERENÇA ENTRE O NÚMERO DE MORTES QUE OCORRERAM E O NÚMERO QUE SERIA ESPERADO NA AUSÊNCIA DA PANDEMIA COM BASE EM DADOS DE ANOS ANTERIORES, DE ACORDO COM A OMS. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.PAHO.ORG/PT/NOTICIAS/5-5-2022-EXCESSO-MORTALIDADE-ASSOCIADO-PANDEMIA-COVID-19-FOI-149-MILHOES-EM-2020-E-2021](https://www.paho.org/pt/noticias/5-5-2022-excesso-mortalidade-associado-pandemia-covid-19-foi-149-milhoes-em-2020-e-2021). ACESSO EM 05.01.2023

A fim de se preservar a saúde da população e evitar o agravamento da pandemia, houve a obrigatoriedade de se cumprir o distanciamento social e a adoção de diversas medidas que afetaram diretamente na saúde das pessoas mais vulneráveis (como idosos, pessoas com deficiência, incapazes, moradores de rua e pessoas com comorbidades), devendo ser consideradas as informações técnicas obtidas aqui com o fim de lançar-se na construção das medidas necessárias a implementar ou dar continuidade a sistemas universais, integrais e sustentáveis de proteção social visando um novo Estado de bem-estar:

À medida que a pandemia evoluiu, esforços de distanciamento social ou blindagem como prevenção primária foram instituídos para proteger o estado de saúde física da população vulnerável, sem consideração ou com pouca consideração pela saúde psicológica da população mais velha. O isolamento social e a solidão são preocupações de saúde pública de longa data entre os idosos, que parecem estar se agravando em meio à pandemia de COVID-19. Dado o risco preexistente de transtornos psiquiátricos no final da vida entre os indivíduos mais velhos, é fundamental determinar os desafios colocados pelo COVID-19 e os protocolos de distanciamento social associados no que se refere ao bem-estar psicossocial da população idosa. Essas informações são imperativas para projetar intervenções direcionadas para atender às necessidades não atendidas da população idosa.⁴²

As transformações e impactos da pandemia geraram e ainda geram muitas interfaces morais, jurídicas, emocionais, com dilaceração e sofrimento do sentido de vida, com um luto generalizado e medo coletivo social, o que necessita de muito cuidado.

De forma mais abrangente, esses cuidados referentes ao bem-estar psicossocial devem ser observados pelo Brasil, sob a ótica de uma Constituição Federal cidadã e garantidora de direitos humanos e sociais, junto a todos os indivíduos, mormente, os desamparados.

A proteção social é a linha de frente dos direitos humanos onde o Estado deve garantir através de políticas sociais e públicas as necessidades até então consideradas individuais.

Os direitos humanos são direitos universais, inalienáveis, indivisíveis, interdependentes, que buscam a igualdade, a não discriminação e com a devida obrigatoriedade de observância pelos Estados e outros detentores de deveres.

⁴² BATRA, K.; MORGAN, A. E. e SHARMA, M.. **COVID-19 and Social Isolation Endangering Psychological Health of Older Adults: Implications for Telepsychiatry**. Signa Vitae. 2020. doi:10.22514/sv.2020.16.0070 Disponível em: https://digitalscholarship.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=env_occ_health_fac_articles . Acesso em 02.01.2023.

De acordo com a cartilha da UNICEF⁴³, os direitos humanos são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos e regem o modo como os seres humanos individualmente vivem em sociedade e entre si, bem como sua relação com o Estado e as obrigações que o Estado tem em relação a eles.

De igual modo, os indivíduos também têm responsabilidades: usufruindo dos seus direitos humanos, possuem a obrigação de respeitar os direitos dos outros.

Mais, dentro dessa introdução do que se trata os direitos humanos, mister destacar que eles têm caráter imprescritível e não fazem discriminação.

Os direitos humanos conheceram uma era alta com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que veio a sustentar ideologicamente o trabalho da **ONU**. O Brasil na condição de signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhece os Direitos Humanos.

Diante disso, o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos humanos dispõe que:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A partir do momento em que a discussão dos Direitos Humanos atinge âmbito global, o Brasil passa a ser pressionado externamente para a inserção de políticas públicas pautadas pelo Estado.

Com o processo de democratização, em 1985, o governo ratifica diversos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, sendo a criação da Constituição Federal, em 1988, um marco deste processo.

Os direitos humanos estão inseridos no Artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, garantindo a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sem que haja distinção de qualquer natureza.

Segundo o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 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.

⁴³ UNICEF. **O que são direitos humanos? Os direitos humanos pertencem a todos e todas e a cada um de nós igualmente.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos>. Acesso em 02.01.2023

Neste âmbito, para o Doutrinador Miguel Horvath, a seguridade social⁴⁴ é parte integrante da ciência política que, mediante a utilização de instrumentos próprios, atenderá as necessidades de saúde, assistência social e previdência social, buscando a defesa e a constante busca da paz e do progresso da sociedade por meio de bem-estar individual dos seus membros.

Ao mesmo passo, é importante mencionar que está inserido na agenda do Estado abrigando três políticas de proteção social, sendo elas: saúde, previdência e assistência social, que está elencado e assegurado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988:

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.

Cabe destacar que entre os direitos assegurados pela Constituição Federal, há também estabelecido no artigo 203 sobre a Assistência Social em que será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e que tem diversos objetivos, entre eles: a proteção à família, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência com a promoção de sua integração à vida comunitária e a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza.

Acrescentando ao que acima dispõe, o doutrinador Miguel Horvath⁴⁵ complementa que a seguridade social, enquanto sistema, visa ao atingimento do bem-estar e da justiça sociais.

A concepção moderna de seguridade social é fruto da conjunção da opinião nacional e das ações dos organismos internacionais.

Tendo em vista as mudanças necessárias no contexto dos Direitos Humanos pós-pandemia, há diversas discussões pela comunidade internacional, envolvendo desde as Américas, a Europa, África, Ásia e Oceania, em muitos congressos e reuniões sobre o futuro dos Direitos Humanos a passar por uma longa transição paradigmática para haver uma transformação civilizacional pós-capitalista, pós-colonialista e pós-patriarcal.

⁴⁴ HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário / Miguel Horvath Júnior. 13. Ed. São Paulo: Rideel, 2022. p. 98.

⁴⁵ HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário / Miguel Horvath Júnior. 13. Ed. São Paulo: Rideel, 2022. p. 99.

A partir da análise de que vivemos num Estado de ausência de políticas públicas, ou de ineficiência das políticas públicas, há, naturalmente, muitas divergências e muitas convergências.

De acordo o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos⁴⁶, o diagnóstico do presente é crítico em relação à violação dos direitos humanos, posto que as desigualdades e discriminações sociais que já eram tão presentes nas sociedades contemporâneas, intensificaram-se ainda mais em um contexto pandêmico e persistem nesse período pós-pandêmico.

De acordo com o pensamento boaventurano, norteador dessa contribuição, o primeiro cenário é o negacionista: de pessoas que defendem que o coronavírus é uma pandemia sem uma gravidade especial, ou seja, que vai passar como outras pandemias passaram e tudo vai voltar a ser como era. Destaca esse cenário como grave, vez que se menospreza a gravidade da pandemia e as suas consequências, num estado de coisas de tudo como antes e pior, razão pela qual, para fins desse estudo não há a possibilidade de acolhimento com adesão.

Analisando o que dispõe o estudo do FMI⁴⁷, essa pandemia vai ter como resultado um aumento da crise econômica e, conseqüentemente, da crise social.

Em igual sentido, a pobreza e a pobreza extrema alcançaram em 2020 na América Latina níveis que não foram observados nos últimos 12 e 20 anos, respectivamente, bem como uma piora dos índices de desigualdade na região e nas taxas de ocupação e participação no mercado de trabalho, sobretudo das mulheres, devido à pandemia da COVID-19 e apesar das medidas de proteção social emergenciais que os países adotaram para freá-la.⁴⁸

Num segundo cenário, percebido predominantemente em países da União Europeia, pode ser identificado como um fenômeno chamado "*gattopardo*", em referência ao título de um romance italiano de 1958, que retrata uma sociedade em decadência, na qual as elites que se vêem em decadência, enxergam que precisam fazer algumas mudanças, mas sem que nada seja alterado, visando minimizar a crise social, mas mantendo o padrão econômico e de consumo e o estilo de vida das pessoas.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. O futuro começa agora: da pandemia à utopia. 1 ed. São Paulo. Boitempo, 2021. p. 233

⁴⁷ FMI: O Fundo Monetário Internacional é uma organização internacional criada em 1944, na Conferência de Bretton Woods, com o objetivo inicial de ajudar na reconstrução do sistema monetário internacional no período pós-Segunda Guerra Mundial.

⁴⁸ CEPAL. **Panorama Social da América Latina**. 2020, (LC/PUB.2021/3-P), Santiago, 2021. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46784/1/S2000967_pt.pdf. Acesso em: 02.01.2023

Já num terceiro cenário que é chamado de “alternativo”, a pandemia como mensageira e como própria mensagem representa algo significativo que vai condicionar o futuro das sociedades a nível global, transformando a economia, a sociedade, a política e a própria cultura, bem como, conseqüentemente, o futuro dos Direitos Humanos.

Este *kairós* da antiguidade grega tem algo que nos parece muito promissor para os próprios Direitos Humanos.

Não faz sentido pensar na proteção do indivíduo desprovido da ideia de relacionamento, de interação. Deve-se focar também na proteção das relações sociais à sua volta que tornam esse indivíduo completo.

Para o doutrinador Miguel Horvath, o papel da seguridade social é um sistema em que o Estado garante a “libertação da necessidade”, além disso dispõe que:

Sob a ótica do critério finalístico, por meio da seguridade social o Estado fica obrigado a garantir que nenhum de seus cidadãos fique sem ter satisfeitas suas necessidades sociais mínimas. Não se trata apenas da necessidade de o Estado fornecer prestações econômicas aos cidadãos, mas também do fornecimento de meios para que o indivíduo consiga suplantar as adversidades, quer seja prestando assistência social, quer seja por meio da prestação de assistência sanitária. Tudo isso independente da contribuição do beneficiário.

O direito à seguridade social é público subjetivo, irrenunciável, inalienável e intransmissível e trata-se de um direito especialmente protegido por meio de normas gerais de imprescritibilidade.

Portanto, quem vivencia a pobreza, portanto, os desamparados, vivencia a violação dos Direitos Humanos, acarretando na morte social⁴⁹ do sujeito de direitos.

Por este olhar, os Direitos Humanos devem ser construídos com base em políticas públicas que contribuam para o enfrentamento das condições de existência precárias e que permitam e viabilizem o acesso do cidadão aos direitos sociais. Assim, torna-se inviável pensar em direitos humanos sem a presença ativa do Estado.

Os limites da efetivação e da violação dos direitos humanos estão intrinsecamente relacionados à criminalização da questão social, que se dá pela relação entre o capital, que visa o lucro através da ação do trabalhador, e o trabalho, em que o trabalhador vende a sua força de trabalho. Desta relação, surgem as desigualdades sociais produzidas socialmente e

⁴⁹ A morte social possui suas origens naquilo que vem antes, naquilo que é produzido com antecedência, ou seja, a vulnerabilidade e o risco social. Em muitos casos, a morte social poderá ser uma consequência letal que poderá acabar levando à morte física. P. 23 As redes primária e secundária na construção da referência e do pertencimento social. Professor Francisco Arseli Kern

que se manifestam nas questões que envolvem saúde, educação, habitação, pobreza, fome e violência.

É possível elencar como essenciais alguns produtos e serviços óbvios, tais como alimentos, medicamentos, fornecimento de água, de energia elétrica e serviço de telecomunicação. Em outras palavras, produtos e serviços fundamentais para a sobrevivência digna de um ser humano.

Quando pensamos em Direitos Humanos hoje, precisamos pensá-lo a partir dos impactos desse contexto da pandemia.

6.3 VÍRUS COMO PEDAGOGO CRUEL DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA A ORGANIZAR RESPOSTAS SOCIAIS

É certo que o vírus destruiu vidas humanas, empregos, famílias, empresas, economias, produzindo uma grave crise social numa escala de emergência planetária, mas também trouxe uma solidariedade de tantos e sobrecarga de horas de trabalhos de outros tantos para dar assistência a quem precisava da saúde, bem como para manter a produção de bens essenciais à vida em uma convocação de todos à ação, rompendo um estado que entendíamos como normalidade.

Essa situação de crise que a população mundial tem enfrentado foi agravada pela pandemia, sendo certa que a crise financeira que antecede à pandemia já é patente desde a década de 80 em todo o mundo, fruto do neoliberalismo:

[...] a crise financeira permanente é utilizada para explicar os cortes nas políticas sociais (saúde, educação, previdência social) ou a degradação de salários. E assim, impede que se pergunte pelas verdadeiras causas da crise. O objetivo da crise permanente é não ser resolvida. Mas qual é o objetivo deste objetivo? Basicamente são os dois os objetivos: **legitimar a escandalosa concentração de riqueza e impedir que sejam tomadas medida eficazes para evitar a iminente catástrofe ecológica. Assim temos vivido nos últimos quarenta anos [...]**⁵⁰. (grifos nossos)

A transparência de clareza solar permite enxergar (e continua nos impondo essa análise) de qual o futuro da civilização vivemos:

“Desde o século XVII, os três unicórnios são o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado. São os modos de dominação principais. Para dominarem eficazmente

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. O futuro começa agora: da pandemia à utopia. 1 ed. São Paulo. Boitempo, 2021. fls. 25.

têm de ser, eles próprios, desregulados, ferozes e incapazes de se dominar, como adverte Da Vinci.”⁵¹

O pensamento - ação boaventurano nos anima através da possibilidade de superarmos a desordem decorrente da destruição gerada pelo coronavírus, trazendo uma saída para o futuro do mundo ao nos incentivar a denunciar e lutar contra omissões de estados e governos de um mundo que se supunha civilizado.

O vírus torna-se esse pedagogo cruel a impulsionar a organizar respostas sociais progressivamente.

6.4 ATUAÇÃO DO ADVOGADO COMO AGENTE DE BEM-ESTAR SOCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA SAÚDE MENTAL DA POPULAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Considerando que são tempos desafiadores, inclusive de começo de um século de pandemia intermitente, é imprescindível para todos fazer o esforço de imaginação de novos paradigmas, assim como serão tempos de transição paradigmática.

Passada a fase mais aguda da pandemia há uma voracidade capitalista da indústria advocatícia a serviço das empresas multinacionais que vê oportunidades de negócios de alta lucratividade decorrente da suposta violação das expectativas dos investidores referentes aos contratos e acordos à luz das regras de comércio internacional para acusar os Estados nos Tribunais Arbitrais para a resolução de conflitos de investimentos.

Na contramão dessa corrida de insensibilidade social do capitalismo, cujas medidas adotadas por diversos Estados visavam proteger a vida das pessoas e o acesso à água limpa para lavar as mãos, por exemplo, há a preocupação da vida como prioridade em relação ao lucro dos credores dos Estados.

É dentro da visão de que remanesce uma pandemia intermitente, com agitações na sociedade, mormente em relação à saúde mental da população, que as intervenções estatais se fazem necessárias.

Contudo, os Estados foram incompetentes na gestão de crise sanitária e proteção da saúde da vida, com ordens ou omissões violadoras dos direitos humanos através do cinismo capitalista do “salve-se quem puder”, em detrimento do bem estar social.

⁵¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O futuro começa agora: da pandemia à utopia. 1 ed. São Paulo. Boitempo, 2021. fls. 29.

[...] Dentro do quadro teórico que tenho proposto, o agravamento da dominação capitalista implica o agravamento articulado dos três pilares da dominação no nosso tempo; capitalismo, colonialismo e patriarcado. O agravamento da exploração capitalista do trabalho dito livre trará consigo formas de desvalorização selvagem do trabalho particularmente dos corpos racializados e sexualizados. Aumentarão as populações descartáveis e, com isso, a rotinização do sacrifício da vida como solução final para as políticas de “proteção social”; proliferarão formas várias de legalização da escravatura; aumentará o racismo e a violência contra as mulheres e contra a diversidade sexual; as relações internacionais serão dominadas pela luta por zonas de influencia que garantam o acesso livre aos recursos naturais. A maximização grotesca da violência no capitalismo abissal terá como alvos preferidos tanto os corpos que já não interessa explorar, como os corpos que não se deixam explorar até à exaustão; ou seja, será a expropriação da vida como condição de acumulação de capital. [...]⁵²

Na ausência do Estado, de organizações e movimentos sociais, ou ainda de forma conjuntas com esses dois últimos, há a necessidade de atuação do advogado a fim exercer o seu mister na proteção da vida e da saúde.

Diante da conjuntura atual vivenciada pela sociedade, não seria diferente para o advogado, pois é cristalino a indispensabilidade deste profissional atuando neste cenário de esforço de paradigmas, visto que, este passa a condição de portador do agir que emancipa a sociedade pós-pandemia reduzindo os impactos aos desamparados.

Dessa forma, é necessário que, enquanto operadores do direito o papel do advogado deve ser voltado principalmente para atuar diretamente em prol da redução dos impactos ao acessar o judiciário para a assistência dos desamparados, além de construir os novos Direitos Humanos, assegurando que esses sejam de fato efetivados frente à situação vivenciada pela sociedade pós-pandêmica.

Essa ação precisa partir do exercício de imaginação como forma de se preparar para o encontro com a outra pessoa e o desencontro consigo mesma. Mas não é qualquer imaginação – é imaginar a outra com ternura⁵³ e complementa afirmando que sem o vívido, nossa imaginação se confunde com os poderes da vidência ou com as dores da alienação – talvez seja fé ou loucura. A imaginação sem o real se torna ficção⁵⁴.

O esforço do imaginar para ampliar o olhar/visão rompe os padrões existentes que entendemos como desamparados em relação aos direitos humanos violados, visto que, tal

⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa. O futuro começa agora: da pandemia à utopia. 1 ed. São Paulo. Boitempo, 2021. p. 233-234

⁵³ Débora Diniz, p. 35

⁵⁴ Diniz, p. 36

esforço rompe com os padrões existentes antes da pandemia do que entendemos como desamparados em relação aos Direitos Humanos violados. Dessa forma, considerando que serão tempos desafiadores, é imprescindível para todos que haja o esforço de imaginação de novos paradigmas, assim como serão tempos de transição paradigmática.

6.5 CONCLUSÃO

Cada pessoa e todos os povos têm direito à participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento civil, político, econômico, social e cultural, por meio do qual os direitos humanos e as liberdades fundamentais podem ser realizados. Têm também direito a contribuir para esse desenvolvimento e a desfrutar do mesmo.

Traça-se um paralelo entre o surgimento da AIDS, na década de 80, e a COVID-19, a partir do ponto em que ambos são um fenômeno social que afeta o direito à vida.

A partir do pressuposto que todo humano se constitui como um ser social de relações múltiplas, uma vez que nós construímos na interação social, a representação do sofrimento passa a ser um elemento constituinte da nossa condição humana. Numa perspectiva social, o sofrimento resulta da violação de Direitos Humanos, como falta de acesso à saúde, habitação, trabalho, alimento, abrigo, entre outros.

Os direitos humanos não são abstratos, eles precisam ser construídos com base em políticas públicas e sociais que permitam e viabilizem o acesso do cidadão a esses direitos.

A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) alertou que a pandemia de COVID-19⁵⁵ exacerbou os fatores de risco associados a comportamentos suicidas como perda de emprego ou econômica, trauma ou abuso, transtornos mentais e barreiras ao acesso à saúde e pediu pela priorização da prevenção ao suicídio.

A orientação recente do LIVE LIFE⁵⁶, da OMS, na A Biblioteca da OMS é a principal biblioteca mundial sobre saúde pública, tem o objetivo de apoiar os esforços nacionais e ajudar o mundo a alcançar a meta de reduzir a taxa global de suicídio em um terço até 2030.

As principais medidas comprovadas de prevenção ao suicídio incluem limitar o acesso a meios (como pesticidas e armas de fogo), identificação precoce, avaliação, manejo e acompanhamento de pessoas afetadas por pensamentos e comportamentos suicidas,

⁵⁵ WORD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <https://search.bvsalud.org/global-literature-on-novel-coronavirus-2019-ncov/>. Acesso em: 03.01.2023

⁵⁶ LIVE LIFE: Na implementation guide for suicide prevention in countries. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240026629>. Acesso em: 06.01.2023

promoção de habilidades socioemocionais de adolescentes e educação da mídia no relato responsável sobre suicídio.

A pandemia de COVID-19 e seus efeitos psicossociais resultantes causaram um impacto substancial na saúde mental, desde o aumento da depressão e ansiedade até a insônia e o transtorno por uso de substâncias. Todos eles estão associados ao aumento das taxas de suicídio ([Lai et al., 2020](#)). Enquanto estudiosos e profissionais de saúde pública revisam as consequências epidemiológicas da última pandemia global, o suicídio continua sendo um indicador crítico da saúde pública.⁵⁷

Políticas públicas que garantam e deem assistências às pessoas que estão em depressão, em risco de suicídio, por exemplo, violando o próprio direito à vida pela ausência de políticas públicas do Estado.

A morte social pode ser entendida como o sentimento de morte que antecede a morte física, advinda da privação de direitos básicos, e se expressa pela invisibilidade social, em que as pessoas vítimas de desigualdade não são amparadas pelo cuidado coletivo, caracterizando a perda do direito à vida e à igualdade. Somente na medida em que se adquire o acesso às condições básicas de existência em sua plenitude é que a morte social pode ser superada.

A pessoa invisível vivencia a falta de direitos sociais e, portanto, não possui direito à vida em toda a sua plenitude, operando-se a morte social.

Dentro desse contexto, necessária a reflexão acerca da aplicação dos direitos humanos no período pós pandêmico pelo Estado através de políticas públicas dentro do Sistema de Proteção Social de acesso universal.

Sob esse prisma, constata-se que a discussão sobre a aplicação dos direitos humanos é a partir da análise do sistema global de proteção dos direitos humanos.

Essas informações são imperativas para projetar intervenções direcionadas para atender às necessidades não atendidas da população vulnerável que só acessará os direitos humanos através da política da assistência social (dentro da Seguridade Social), seja pela via administrativa ou pela judicial, quando frustrada a primeira.

Portanto, o que existirá depois da pandemia são tempos de imaginação de novos paradigmas e de transição paradigmática com o objetivo de dar valor à vida nesse sentido

⁵⁷ Mukhtar F, Candilis P. Pandemics and Suicide Risk: Lessons From COVID and Its Predecessors. *J Nerv Ment Dis.* 2022 Oct 1;210(10):799-807. doi: 10.1097/NMD.0000000000001536. PMID: 36179374; PMCID: PMC9555599.

amplo nos tempos desafiantes de desigualdade social marcados pelas sequelas traumáticas da pandemia.

Identificar as necessidades de saúde e emocionais da população vulnerável no pós-pandemia de COVID-19 no contexto da saúde psicológica e do capital social, amplia e aprofunda o debate sobre Direitos Humanos como importante mote de formulação de políticas expressando um conjunto de reivindicações para a vida social e política, com o reposicionamento dos valores guias da vida social.

Dentro do debate nacional, é imprescindível o financiamento do Estado como grande responsável para fins de garantir o acesso a quem dela precisar, independentemente de contribuição, com o fim de cumprir o papel previsto no art. 203 da Constituição Federal do Brasil, respeitados os limites impostos ao Estado para efetivação dos direitos.

Destaque-se, por fim, quem os vulneráveis são os sujeitos alvos que merecem essa proteção quando traz de forma cristalina os objetivos da assistência social, consoante os incisos do mesmo art. 203 da Carta Magna:

- I- a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
- VI - a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza.

Não podemos continuar com a mesma ineficácia e com a mesma seletividade que tivemos até hoje com os Direitos Humanos.

É preciso coragem também para avançar rumo a novos pactos sociais e fiscais para uma sociedade do cuidado que permita garantir uma recuperação igualitária e sustentável de todos os povos e a proteção social universal como pilar central do Estado de bem-estar.

É preciso, de início, avançar rumo a uma renda básica universal, priorizando as famílias com crianças e adolescentes, e apostar em sistemas universais, integrais e sustentáveis de proteção social, ampliando sua cobertura, como componente central de um novo Estado de bem-estar.

Muito já se avançou para a concretização do acesso ao bem estar social, mas se faz necessário concentrar esforços para que se possa atingir o objetivo da qualidade e não a seletividade que tivemos até hoje com os Direitos Humanos.

O estudo para este artigo não focou na análise de políticas públicas específicas, mas possui a intenção de fomentar e auxiliar na construção do conhecimento e na efetivação sempre mais ampla dos direitos humanos.

Não é demais destacar que a existência de desconhecidos desafios exigem a necessidade de escrever com o mundo para combater a hostilidade ou ausência do Estado em relação aos que estão em situação de vulnerabilidade social das trajetórias da vida, possuindo o advogado o poder-dever de ser ator vanguardista nesse processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. **Código de ética e disciplina da OAB de 02 de fevereiro de 1995**. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Diário Judicial Eletrônico: Seção I https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Brasília, 01 de março de 1995, p. 4.000/4004.

BATRA, K.; MORGAN, A. E.; SHARMA, M. (2020). **COVID-19 and Social Isolation Endangering Psychological Health of Older Adults: Implications for Telepsychiatry**. *Journal of Anaesthesia, Intensive Care and Emergency Medicine* 1-6. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22514/sv.2020.16.0070> Acesso em: 02.01.2023

CEPAL. **Panorama Social da América Latina 2020**, (LC/PUB.2021/3-P), Santiago, 2021. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46784/1/S2000967_pt.pdf. Acesso em: 02.01.2023

DINIZ, Debora; GEBARA, Ivone. **Esperança Feminista**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2022.

LIVE LIFE: Na implementation guide for suicide prevention in countries. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240026629>. Acesso em: 06.01.2023

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora: da pandemia à utopia**. 1 ed. São Paulo. Boitempo, 2021.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

Acesso em: 02.01.2023

WORD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <https://search.bvsalud.org/global-literature-on-novel-coronavirus-2019-ncov/> Acesso em: 03.01.2023

¹Mukhtar F, Candilis P. Pandemics and Suicide Risk: Lessons From COVID and Its Predecessors. *J Nerv Ment Dis.* 2022 Oct 1;210(10):799-807. doi: 10.1097/NMD.0000000000001536. PMID: 36179374; PMCID: PMC9555599.

A Justiça Social e a agenda 2030: Políticas de desenvolvimento para a construção de sociedades justas e inclusivas, anna paula bagetti zeifert¹ daniel rubens cenci² alex manchini, revista direitos sociais e políticas públicas (unifafibe) disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/indexissn2318-5732-vol.8,n.2,2020.

MUKHTAR F, Candilis P. Pandemics and Suicide Risk: Lessons From COVID and Its Predecessors. *J Nerv Ment Dis.* 2022 Oct 1;210(10):799-807. doi: 10.1097/NMD.0000000000001536. PMID: 36179374; PMCID: PMC9555599.

7. O PAPEL DA ADVOCACIA FRENTE A INSEGURANÇA JURÍDICA DO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lenkyria Mykis Oliveira Dantas

7.1 INTRODUÇÃO

A princípio, antes de adentrar ao tema que serviu de base para o presente artigo científico que tem o condão de fazer um estudo sobre o instituto do limbo jurídico previdenciário trabalhista vivenciado pelo segurado obrigatório e os percalços enfrentados frente a problemática em que se encontra o Obreiro/Segurado, quando o médico perito do INSS e o médico da Empresa discordam da aptidão do trabalhador para o retorno as atividades laborais após a alta programada do INSS, é necessário adentrar sobre a seguridade social e sobre o instituto da Previdência Social que é a base para este artigo.

Para isso, foi utilizado pesquisa exploratória, tendo como base de referência para o desenvolvimento deste artigo a utilização de livros de doutrinadores, utilização da legislação vigente, tanto no âmbito constitucional quando no âmbito legislativo, com a análise de leis, decretos, além de trazer o entendimento jurisprudencial atual, os temas julgados no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, além de matérias publicadas no meio eletrônico.

Por fim, será pontuado os principais problemas do tema abordado, qual seja: como solucionar a situação do segurado/empregador frente ao limbo previdenciário-trabalhista, sendo explanado como ocorre tal situação de limbo, suas razões e consequências, tanto para a autarquia previdenciária, para o empregador e principalmente para o empregado, em defesa da sua dignidade, que é o sujeito mais vulnerável desta nessa lacuna diante da triangularização da relação jurídica, tendo esse artigo como característica principal tratar das problemáticas sociais desencadeadas pelo limbo jurídico, além de demonstrar o papel indispensável da advocacia no combate a esse instituto.

7.2 SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Constituição Federal elenca em seu artigo 194 *caput* que a seguridade social é: “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social”.

O Direito Previdenciário abrange apenas a previdência social, não estando incluído as áreas da saúde e assistência social, visto que estas são abrangidas por outros mecanismos, contudo em uma breve explanação, a saúde está elencado entre os artigos 196 e 200 da Constituição Federal, e dispõe que é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Já a assistência social está elencado no artigo 203 da Carta Magna em seu *caput* em que elenca que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e apresenta um rol de objetivos, como proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, entre outros.

Preceitua o artigo 201 da Constituição Federal que a previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei:

Art. 201, CF. [...]

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Diante disso, a Previdência Social tem um papel fundamental para os trabalhadores que são contribuintes obrigatórios da Previdência Social, visto que, é o único suporte que o Segurado possui (seja em caso de necessitar de um benefício previdenciário temporário ou uma aposentadoria quando estiver em situação de vulnerabilidade face a idade avançada

ou em face de uma possível invalidez que o impeça de retornar as suas atividades laborais de modo permanente).

7.3 GOZO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA E AFASTAMENTO DO OBREIRO DA EMPRESA

O benefício por incapacidade temporária, com nomenclatura anterior de “auxílio-doença”, é um seguro previdenciário, regulamentado pela Lei 8.213/91 (dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências), que será devido ao Segurado do INSS que comprove, em perícia médica (através de uma avaliação com um médico perito da Autarquia), estar temporariamente incapaz para o trabalho em decorrência de doença ou acidente.

A incapacidade ocorre quando o Obreiro ora Segurado não consegue realizar suas atividades laborais anteriormente exercidas. Nesse sentido, a Constituição Federal em seu artigo 201, caput e inciso I, dispunha antes da Reforma da Previdência que:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

Após a publicação da Reforma da Previdência com vigência a partir de 13 de novembro de 2019, houve alteração na redação deste artigo, ficando o dispositivo da seguinte forma:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Nesse sentido, com base no ordenamento jurídico pátrio, o Segurado, temporariamente incapaz para o trabalho em virtude de doença por mais de 15 (quinze) dias

consecutivos, terá direito ao benefício de auxílio-doença, a cargo da Previdência Social (visto que a incapacidade nos quatorze dias iniciais devem ser custeados pelo Empregador), vejamos:

Art. 59, da Lei 8.213/91.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, **ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.** (grifo nosso)

Com o preenchimento de todos os requisitos supracitados, há a concessão do aludido benefício. Acontece que, tal benefício possui prazo de validade, ou seja, a Autarquia previdenciária – INSS impõe a chamada alta programada (que será melhor explanada abaixo), em que o segurado após um determinado período não pode permanecer mais em gozo do benefício previdenciário e o próprio INSS atesta a alta programada do Segurado de maneira automática, mesmo sem a realização da perícia médica que constate que este já está apto e com capacidade laborativa para retorno ao trabalho.

Nessa fase de retorno ao trabalho, o médico da empresa, ou por ela credenciado, deverá realizar um “exame de retorno”. Neste, o indivíduo passa por novos exames – considerando que o INSS concedeu a “alta programada”, para fins de atestar a aptidão ou não para o retorno as atividades laborais.

É importante mencionar que o Segurado não tem outra opção quando há a alta programada do INSS, vez que, após a cessação do benefício por incapacidade temporária, é obrigatório que o Segurado Empregado se apresente no dia seguinte ao seu empregador, pois, caso isso não aconteça e com a continuidade de sua ausência, agora “injustificada”, poderá ser caracterizado abandono de emprego.

7.4 ALTA PROGRAMADA DO INSS FRENTE AO ASO INAPTO DE RETORNO AO TRABALHO E PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO

A alta programada trata-se do prazo estipulado pelo INSS para a duração do benefício previdenciário do segurado. Dessa forma, preceitua o parágrafo 1º do art. 78 do Decreto nº. 3.048/1999 que “sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de benefício por

incapacidade temporária, judicial ou administrativo, deverá estabelecer o prazo estimado para a duração do benefício” (BRASIL, 1999).

Já no art. 60, § 8º e § 9º, da Lei de Benefícios com redação conferida pela Lei n. 13.457/2017, afirma que deverá existir um prazo estipulado para o fim do gozo do benefício, além de acrescentar que na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º deste artigo supramencionado, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, vejamos:

Art. 60. [...]

§ 8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício.

§ 9º Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º deste artigo, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62 desta Lei.

No que tange a alta programada imposta pela Autarquia Previdenciária, o Superior Tribunal de Justiça - STJ já firmou o entendimento dominante no sentido da sua incompatibilidade com a lei previdenciária, tendo em vista que fere direito subjetivo do Segurado de ver sua capacidade laborativa aferida através do meio idôneo a tal fim, que é a perícia médica (v.g., REsp 1.563.601/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 30.6.2016; REsp 1599554, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 28.9.2017).

Ademais, o STJ - Superior Tribunal de Justiça, se manifestou em outros julgamentos no seguinte sentido:

A cessação de benefício previdenciário por incapacidade pressupõe prévia avaliação médica, sendo imprescindível, no caso concreto, que o INSS realize nova perícia, em ordem que o segurado retorne às atividades habituais apenas quando efetivamente constatada a restauração de sua capacidade laborativa. (REsp 1599554/BA, 1ª Turma, Relator Min. Sérgio Kukina, julg. 28.9.2017)

A matéria foi levada ao Supremo Tribunal Federal - STF, e a controvérsia será discutida no Recurso Extraordinário (RE) 1347526, submetido à sistemática da Repercussão Geral no Tema 1.196 que dispõe sobre a constitucionalidade da Medida Provisória 739/2016, substituída pela Medida Provisória 767/2017 e convertida na Lei 13.457/2017, as quais

alteraram a Lei 8.213/1991, inserindo preceito sobre prazo estimado para a duração do benefício.

Na descrição, o Recurso Extraordinário acima mencionado em que se discute, à luz dos artigos 2º, 62, caput e § 1º, I, b, e 246, da Constituição Federal, a constitucionalidade das Medidas Provisórias 739/2016 e 767/2017 (convertida na Lei 13.457/2017), que estabeleceram procedimento de fixação da Data de Cessação do Benefício (DCB) de auxílio-doença de forma automatizada, ou seja, sem a necessidade de perícia prévia do Segurado, em inobservância à urgência e relevância para sua edição, inclusão de norma processual civil e regulamentação de norma da Constituição Federal alterada entre 1995 até a promulgação da Emenda Constitucional 32/2001, contudo, cabe destacar que até o momento o Recurso Extraordinário encontra-se pendente de julgamento.

A TNU – Turma Nacional de Uniformização validou o mecanismo “alta programada”, em Representativo de Controvérsia no Tema 164 com trânsito em julgado em 02/10/2018, em que fixou a seguinte tese:

Tema 164 – “Por não vislumbrar ilegalidade na fixação de data estimada para a cessação do auxílio-doença, ou mesmo na convocação do segurado para nova avaliação da persistência das condições que levaram à concessão do benefício na via judicial, a Turma Nacional de Uniformização, por unanimidade, firmou as seguintes teses:

- a) os benefícios de auxílio-doença concedidos judicial ou administrativamente, sem Data de Cessação de Benefício (DCB), ainda que anteriormente à edição da MP n. 739/2016, podem ser objeto de revisão administrativa, na forma e prazos previstos em lei e demais normas que regulamentam a matéria, por meio de prévia convocação dos segurados pelo INSS, para avaliar se persistem os motivos de concessão do benefício;
- b) os benefícios concedidos, reativados ou prorrogados posteriormente à publicação da MP n. 767/2017, convertida na Lei n. 13.457/17, devem, nos termos da lei, ter a sua DCB fixada, sendo desnecessária, nesses casos, a realização de nova perícia para a cessação do benefício;
- c) em qualquer caso, o segurado poderá pedir a prorrogação do benefício, com garantia de pagamento até a realização da perícia médica.”

Nesse sentido, os juristas Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari expõem em no livro de Manual de Direito Previdenciário que discordam dessa orientação, pois, judicializada a concessão do auxílio-doença, somente após o trânsito em julgado da

decisão ficará o INSS autorizado a fazer a revisão administrativa e dentro dos parâmetros fixados na ação judicial, sendo de fato, prejudicial ao Segurado.

Ao mesmo passo, no que se refere ao ASO – Atestado de Saúde Ocupacional, este é realizado após o retorno ao trabalho do Empregado quando o médico do trabalho da empresa realiza uma consulta e diversos exames com o Obreiro para demonstrar se o colaborador possui ou não aptidão para o retorno nas atividades laborais, pois, não há como levar em consideração apenas a “alta programada” da Autarquia Previdenciária que é feita sem a realização de uma perícia médica para declarar a aptidão do Segurado ao labor, conforme já mencionado anteriormente.

Para Danilo Verri Bispo, é necessário saber que, de acordo com o art. 62 da Lei 8.213/91 (que trata da reabilitação profissional) é imprescindível que no caso concreto, o INSS promova nova perícia médica, para que o Segurado retorne às suas atividades habituais apenas quando efetivamente constatada a restauração de sua capacidade laborativa. Caso contrário, deverá passar pelo processo de reabilitação profissional.

A reabilitação profissional trata-se da assistência educativa ou reeducativa e de adaptação ou readaptação profissional, que visa proporcionar aos beneficiários incapacitados (parcial ou totalmente) para o trabalho, em caráter obrigatório, independente de carência, e às pessoas com deficiência, os meios indicados para o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem (artigo 89 da Lei nº 8213/1991 e artigo 136 do Decreto nº 3.048/1999).

Assim, na possibilidade de o Obreiro não ter capacidade laborativa para desenvolver a sua atividade habitual, que exercia na ocasião do seu afastamento, poderá ser realizada a reabilitação no Órgão Previdenciário, quando o INSS determina o retorno do segurado ao labor, contudo em função diversa, de modo que esta função seja compatível a sua situação clínica atual.

Ocorre que, inobstante a ordem de reabilitação pela Autarquia, e com a apresentação do Empregado ao setor pessoal da empresa, existem casos de negativa da Empregadora de oferecer nova função compatível com as condições de labor do seu Empregado. Dessa forma, quando o Obreiro fica sem receber o benefício do INSS após o retorno do INSS, e caso fique sem receber salário por parte do empregador, consiste também em outra hipótese de Limbo Jurídico Previdenciário-Trabalhista.

Nesse sentido, ao julgar o PEDILEF 0506698-72.2015.4.05.8500/SE, a Turma Nacional de Uniformização fixou o Tema 177 que dispõe:

“Constatada a existência de incapacidade parcial e permanente, não sendo o caso de aplicação da Súmula 47 da TNU, a decisão judicial poderá determinar o encaminhamento do segurado para análise administrativa de elegibilidade à reabilitação profissional, sendo inviável a condenação prévia à concessão de aposentadoria por invalidez condicionada ao insucesso da reabilitação; [...]”

Ao mesmo passo, a Súmula 47 da Turma Nacional de Uniformização dispõe que uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.

Dessa forma, constatada a incapacidade que impossibilita o retorno as atividades laborais habituais e não sendo o caso da aplicação da Súmula 47 da TNU para os casos de concessão de aposentadoria por invalidez, é possível o encaminhamento do Segurado para inclusão no processo de reabilitação profissional do INSS antes de promover a cessação do benefício (que não poderá ser realizada de forma automática), devendo inclusive ser mantido até a conclusão do programa de reabilitação.

Contudo, a realidade é que após a realização dessa nova perícia para prorrogação do benefício ou para encaminhar o Segurado para a reabilitação profissional, o médico perito conclui que este já se encontra apto para o retorno ao trabalho, mesmo quando o Atestado de Saúde Ocupacional – ASO afirma através do médico do trabalho (especialista) que o Obreiro está inapto para o labor e não tem condições de retornar as atividades laborais, permanecendo o Obreiro sem o benefício previdenciário e impedido de retornar ao trabalho, caracterizando assim o limbo jurídico previdenciário-trabalhista.

7.5 O PAPEL DA ADVOCACIA FRENTE A INSEGURANÇA JURÍDICA DO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O valor social do trabalho tem como função a humanidade e a dignidade, que também está ligado ao bem-estar do cidadão em que se torna útil perante a sociedade. Nesse sentido, o princípio fundamental norteador no limbo previdenciário é o da dignidade da pessoa humana, em que é considerado a base dos direitos fundamentais e têm contribuído de forma significativa em decisões proferidas no ordenamento judiciário. Conforme mencionado abaixo:

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

III - dignidade da pessoa humana;

O “limbo” significa um estado de indecisão, incerteza e indefinição. Já o limbo jurídico, para o autor Janius Arêdes, ocorre quando o trabalhador fica abandonado, no esquecimento, à margem da lei, pois não existe Lei que regulamente o caso, existindo apenas uma lacuna. Dessa forma, entende-se que o limbo jurídico previdenciário-trabalhista se caracteriza pelo período em que o Empregador e o INSS discordam acerca da alta médica do empregado, não sendo possível o retorno deste às atividades laborais. Assim, o Obreiro fica sem o recebimento de salário e sem o benefício previdenciário, se vendo impedido de prover sua própria subsistência, ferindo o princípio da dignidade humana assegurado pela Constituição Federal, pois o empregado não consegue mais arcar com suas necessidades básicas, atingindo de maneira cruel sua integridade mental e física.

Cabe destacar que é dever do Empregador adotar conduta ativa na relação empregatícia: insurgir-se pelas vias administrativa ou judicial contra a decisão de alta da Autarquia Previdenciária, readaptar a Obreira em função compatível com a sua capacidade, até que o Obreiro retome toda a sua capacidade laboral ou até que seja restabelecido o benefício previdenciário, mantendo-se, assim, até o restabelecimento do benefício previdenciário, a obrigação da Empresa de pagar salários ao empregado, **ainda que sem a respectiva contraprestação dos serviços.**

Nesse sentido, o TST - Tribunal Superior do Trabalho entende que se aplica nessa hipótese o disposto no art. 2º, da CLT, incumbindo ao Empregador todos os riscos da atividade econômica, inclusive aqueles decorrentes do adoecimento dos seus Empregados quando esses não estão a receber salário do Empregador, nem benefício previdenciário pelo INSS, vez que o Segurado/Empregado é a parte mais fragilizada nessa lacuna diante da triangularização da relação.

Ainda que com alta previdenciária, não pode o trabalhador ficar à própria sorte, razão pela qual, se não renovado o benefício previdenciário, deve a Empregadora indenizar a Obreira pelos salários devidos no período do limbo. Isso porque, a alta médica do INSS tem o condão de cessar a suspensão do contrato de trabalho, voltando a produzir todos os seus efeitos, inclusive com o pagamento de salários. Outrossim, a existência de declaração médica

atestando a inaptidão do Empregado para o trabalho não exime a responsabilidade do Empregador referente ao limbo jurídico previdenciário-trabalhista.

Ademais, a alta médica dada pelo órgão previdenciário presume aptidão do Empregado ao trabalho. Com isso, não pode a Empresa assumir a cômoda situação de delegar a responsabilidade ao Órgão Previdenciário ou ao Obreiro, pois, cabe ao empregador acompanhar a situação do trabalhador afastado pelo INSS, podendo consultar os benefícios concedidos aos seus empregados, conforme disposto nos artigos 76-A e 76-B, do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), *in verbis*:

Art. 76-A. É facultado à empresa protocolar requerimento de auxílio por incapacidade temporária ou documento dele originário de seu empregado ou de contribuinte individual a ela vinculado ou a seu serviço, na forma estabelecida pelo INSS.

Art. 76-B. A empresa terá acesso às decisões administrativas de benefícios requeridos por seus empregados, resguardadas as informações consideradas sigilosas, na forma estabelecida em ato do INSS.

Neste sentido, o entendimento jurisprudencial recentíssimos dos Tribunais Regionais do Trabalho e do próprio TST é de que cabe ao Empregador arcar com o pagamento dos salários do respectivo período, *in verbis*:

LIMBO PREVIDENCIÁRIO. Não se pode admitir que o empregado permaneça na situação denominada "limbo jurídico-previdenciário trabalhista", na qual não recebe o benefício previdenciário, tampouco os salários. Assim, tendo em vista que o empregador, por expressa disposição legal, é aquele que assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT) e, ainda, considerando-se o disposto no art. 4º da CLT, cabe-lhe arcar com o pagamento dos salários do respectivo período.

(TRT da 3.ª Região; PJe: 0010846-56.2022.5.03.0015 (ROT); Disponibilização: 12/04/2023; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator(a)/Redator(a): Ricardo Marcelo Silva) (grifo nosso)

LIMBO JURÍDICO. RESCISÃO INDIRETA. Se o requerimento de auxílio doença formulado perante o INSS é negado ao empregado, não há como considerar suspenso o contrato de trabalho mantido entre as partes, nos termos do art. 476 da CLT. Caso exista divergência entre os entendimentos do empregador e do perito do Órgão Previdenciário acerca da capacidade laborativa, é ônus do primeiro buscar a solução do impasse, assegurando, contudo, o pagamento dos salários até o deslinde da controvérsia. Ao deixar de fazê-lo, ele abandona o trabalhador à própria sorte, uma vez que este passa a não poder contar nem com o auxílio doença e tampouco com seu salário, vendo-se impedido, portanto, de prover a sua subsistência. (TRT da 3.ª

Região; Pje: 0010039-48.2020.5.03.0163 (ROT); Disponibilização: 11/04/2023; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator(a)/Redator(a): Marcus Moura Ferreira (grifo nosso)

Dessa forma, é ônus da Empresa buscar a solução do impasse, assegurando o pagamento dos salários até o deslinde da controvérsia. Ao deixar de fazê-lo, o Empregador abandonou o Obreiro à própria sorte, vez que permaneceu sem benefício previdenciário e tampouco com seu salário, vendo-se impedido, portanto, de prover a sua subsistência.

Contudo, a realidade é que o direito ao trabalho do Empregado não é sequer minimamente assegurado pelo Empregador, como por exemplo, com o direito à contraprestação pecuniária mínima. Assim, diante desse cenário de insegurança jurídica, a advocacia possui um papel indispensável para atuar na transformação do direito, sendo este o responsável por levar em Juízo, bem como sobre a ausência de amparo legal do Estado, para que possa ser construída uma base sólida jurisprudencial a fim de assegurar os direitos inerentes ao trabalhador e servir como base para pressionar o Estado a criar previsão legal para esse instituto.

Percebe-se que o Obreiro, na condição vulnerável da relação, se vê obrigado a viver de ajuda de terceiros até o deslinde da controvérsia, ferindo o que dispõe o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que dispõe:

Artigo 25° 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.* 2. *A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.*

Por outro lado, em observância da esfera previdenciária, o direito à previdência social tem como função primordial proteger e garantir que os trabalhadores e seus dependentes tenham melhor qualidade de vida quando alguma infelicidade ocorrer e, for necessário recorrer aos benefícios da previdência social.

É bem verdade que neste percurso há, em inúmeros casos, um verdadeiro conflito, onde há de um lado o médico do INSS que entende que o segurado não precisa permanecer em gozo do benefício, isso porquê, entende que este já está apto e habilitado para o retorno do seu trabalho e, de outro lado, o médico da Empresa, que se impõe no sentido de que o

trabalhador não pode retornar para as suas atividades laborais, porque entende que este ainda não está em condições seguras de executá-las, atingindo o trabalhador por um desamparo assistencial frente à alta médica previdenciária e negativa da Empresa ao retorno para o trabalho, ou seja, o Obreiro se encontra em uma situação de desespero visto que, perde o benefício e não possui seu salário, caracterizando, nesta hipótese, o limbo jurídico previdenciário trabalhista.

Para que o Empregado possa retornar ao trabalho, este passa por uma avaliação/exame realizado pelo médico da empresa. Neste exame, pode surgir diversos desdobramentos, inclusive a de o empregado retornar ao trabalho sem qualquer problemática. Contudo, há, também – e tem acontecido recorrentemente – a possibilidade do Segurado, que já fora liberado pelo médico do INSS, ser considerado pelo médico da empresa “inapto” para voltar ao trabalho, mesmo que o Segurado se autodeclare apto para o retorno, sendo, portanto, impedido de retornar a trabalhar, conforme elencado pelos juristas Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari em seu livro de Manual de Direito Previdenciário.

Considerando o exposto, fica o questionamento: como ficará a situação desse segurado/empregado que não está recebendo o benefício como outrora, nem pode retornar ao seu trabalho? De quem é a responsabilidade de amparar este indivíduo que está desguarnecido e vivenciando o limbo jurídico previdenciário trabalhista? Quem é o responsável por assegurar que o Obreiro tenha o mínimo de dignidade para suprir suas necessidades básicas do dia a dia? Diante desses questionamentos, resta cristalino que o papel da advocacia é indispensável para salvaguardar a parte vulnerável dessa triangularização, que é o próprio trabalhador, enquanto não há legislação específica para tratar sobre esse instituto, o operador do direito se torna o instrumento para se fazer cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana que está assegurado na Constituição Federal.

Ademais, é válido destacar que há em tramitação o Projeto de Lei 6526/20195, que traz em sua ementa a necessidade de alterar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para dispor sobre a responsabilidade do empregador pelo pagamento de salários após a cessação ou o indeferimento do benefício previdenciário a seu empregado e estabelecer a competência da Justiça do Trabalho para as ações que objetivem o esclarecimento da questão relativa à aptidão ou à inaptidão para o trabalho e a condenação ao pagamento do salário ou do benefício previdenciário, na hipótese de divergência entre a conclusão da

perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o exame médico realizado por conta do empregador, contudo, até o momento não foi transformado em Lei.

Nesse sentido, cabe destacar que conforme elencado no art. 2.º da CLT, dispõe que cabe ao empregador todos os riscos da atividade econômica, acrescentando-se, ainda, aqueles motivados por doença dos seus empregados, logo, caso não concorde com a decisão da autarquia previdenciária, é ônus do empregador dela recorrer, resguardando ao empregado nesse percurso o pagamento de salários, mesmo que não haja a contraprestação dos serviços, posto que não se trata de nenhuma hipótese de suspensão do contrato de trabalho, conforme é o entendimento jurisprudencial recente:

LIMBO PREVIDENCIÁRIO. Não se pode admitir que o empregado permaneça na situação denominada "limbo jurídico-previdenciário trabalhista", na qual não recebe o benefício previdenciário, tampouco os salários. Assim, **tendo em vista que o empregador, por expressa disposição legal, é aquele que assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT) e, ainda, considerando-se o disposto no art. 4º da CLT, cabe-lhe arcar com o pagamento dos salários do respectivo período.**

(TRT da 3.ª Região; PJe: 0010846-56.2022.5.03.0015 (ROT); Disponibilização: 12/04/2023; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator(a)/Redator(a): Ricardo Marcelo Silva) (grifo nosso)

LIMBO JURÍDICO. RESCISÃO INDIRETA. Se o requerimento de auxílio doença formulado perante o INSS é negado ao empregado, não há como considerar suspenso o contrato de trabalho mantido entre as partes, nos termos do art. 476 da CLT. **Caso exista divergência entre os entendimentos do empregador e do perito do Órgão Previdenciário acerca da capacidade laborativa, é ônus do primeiro buscar a solução do impasse, assegurando, contudo, o pagamento dos salários até o deslinde da controvérsia. Ao deixar de fazê-lo, ele abandona o trabalhador à própria sorte, uma vez que este passa a não poder contar nem com o auxílio doença e tampouco com seu salário, vendo-se impedido, portanto, de prover a sua subsistência.**

(TRT da 3.ª Região; PJe: 0010039-48.2020.5.03.0163 (ROT); Disponibilização: 11/04/2023; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator(a)/Redator(a): Marcus Moura Ferreira) (grifo nosso)

A base legal para justificar tal entendimento, encontra-se amparada no artigo 476, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Preceitua-se que, com o término do benefício

previdenciário o contrato de trabalho volta a sua vigência e todos os efeitos, devendo o obreiro prestar, normalmente, os seus serviços e o empregador lhe remunerar para tal.

Dessa forma, o Empregador não possui consigo o direito, nem pode criar empecilhos ao regresso do Empregado para o seu posto de trabalho e desempenho de função ou, sequer, suprimir o pagamento dos salários que lhes são devidos, deixando-o a mercê, desguarnecido e numa situação de indefinição em sua vida laboral, contudo, a realidade do empregado é que o Empregador abandona o Obreiro à própria sorte, vez que permanece sem benefício previdenciário e tampouco com seu salário, vendo-se impedido, portanto, de prover a sua própria subsistência, necessitando de ajuda de terceiros para sobreviver, assumindo a Empresa a cômoda situação de delegar a responsabilidade ao Órgão Previdenciário ou ao Obreiro.

Contudo, essa realidade não é recepcionada pelo Empregador, que insiste em se opor ao retorno do Empregado tendo como base o laudo de inaptidão do médico daquela empresa que não o autoriza a retornar a desempenhar suas funções, ou quando ele não fornece função compatível com a condição do Empregado após determinação de reabilitação do mesmo pela Autarquia Previdenciária.

Assim, com base nos princípios da função social da empresa e do contrato, da solidariedade social e da justiça social, a empregadora deverá ser responsabilizada ao pagamento de salários do período de afastamento até que haja um desfecho desse contrato ou nova concessão de benefício previdenciário.

7.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, percebe-se que o instituto do limbo jurídico previdenciário trabalhista é cada vez mais recorrente e delicado para o Empregado, que é o sujeito mais vulnerável desta nessa lacuna diante da triangularização da relação jurídica, entre a Autarquia Previdenciária, o Empregador e o Empregado, visto que o trabalhador não recebe o benefício previdenciário e nem o salário do Empregador.

Vale salientar que após muito esforço e luta com a atuação da advocacia para levar em Juízo este reconhecimento da responsabilidade do Empregador, o entendimento jurisprudencial trabalhista atual, nos casos de limbo jurídico previdenciário trabalhista é de que quando é cessado o benefício previdenciário, o contrato de trabalho volta a ter vigência, portando, o contrato de trabalho não estaria mais suspenso em razão do afastamento por

doença e percepção do benefício previdenciário e assim retornam os vínculos entre empregado e empregador, devendo as empresas arcarem com os salários dos funcionários até que estes tenham se recuperado e poder retornar aos postos de trabalho.

Além disso, se o Empregado não pode voltar às suas atividades anteriormente exercidas e a fim de evitar a responsabilização para a Empresa, o correto seria realocar ou encaminhá-lo para reabilitação ou readaptação em função compatível com àquela condição atual que ele se encontra.

Contudo, essa realidade não é recepcionada pelo Empregador, que insiste em se opor ao retorno do Empregado, sob a cômoda situação de afirmar que não possui responsabilidade, com base no laudo de inaptidão do médico daquela empresa que não o autoriza a retornar a desempenhar suas funções, ou quando ele não fornece função compatível com a condição do empregado após determinação de reabilitação do mesmo pela Autarquia Previdenciária.

Dessa forma, diante da ausência de legislação para regulamentar de fato esse instituto do limbo jurídico previdenciário trabalhista e trazer amparo legal para o Empregado, percebe-se a necessidade para que o Estado possa criar legislação específica para trazer proteção jurídica, resguardar e amparar o Empregado que seja submetido a essa condição, visto a omissão legal quanto à proteção do trabalhador.

Ademais, conforme demonstrado, o entendimento majoritário atual, é de que é dever do Empregador o pagamento dos salários até o deslinde da controvérsia, visto que, ao deixar de fazê-lo, ele abandona o trabalhador à própria sorte, uma vez que este passa a não poder contar nem com benefício previdenciário e tampouco com seu salário, vendo-se impedido, portanto, de prover a sua subsistência, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana assegurado pela Constituição Federal.

Conclui-se que, diante desse cenário de insegurança jurídica, a advocacia possui um papel indispensável para atuar na transformação do direito, sendo este o responsável por levar em Juízo, bem como sobre a ausência de amparo legal do Estado, para que possa ser construída uma base sólida jurisprudencial a fim de assegurar os direitos inerentes ao trabalhador e servir como base para pressionar o Estado a criar previsão legal para esse instituto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 de agosto de 2023

BRASIL. **Lei n. 8.213/1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acesso em: 05 de agosto de 2023

BRASIL. **Lei n. 13.457/2017**. Altera as Leis n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, que dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória da Carreira de Perito Médico Previdenciário e da Carreira de Supervisor Médico-Pericial; e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13457.htm Acesso em 06 de agosto de 2023

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de Maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm Acesso em 06 de agosto de 2023

DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 18. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020

LAZZARI, João Batista. **Prática Previdenciária: administrativa e judicial**. 10 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018

MENDANHA, Marcos. **Limbo Previdenciário Trabalhista: Causas, consequências, e soluções à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2019

PARDO, Fabiano de Oliveira. **Limbo jurídico previdenciário-trabalhista no auxílio-doença : responsabilidade do empregador e INSS**. São Paulo : LTr, 2018.

ANTUNES, Aline Bueno. Prejuízos do limbo previdenciário para empresa e trabalhador e como evitar. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/aline-antunes-prejuizos-causados-limbo-previdenciario> Acesso em: 18 de agosto de 2023

ARÊDES, Janius. Você sabe o que é emparedamento ou limbo jurídico e como isso afeta o trabalhador na crise do Covid-19?. **Nosso direito**. Disponível em:

<https://www.nossodireito.com.br/2021/04/07/voce-sabe-o-que-e-emparedamento-ou-limbo-juridico-e-como-isso-afeta-o-trabalhador-na-cri-se-do-covid-19/#:~:text=O%20limbo%20jur%C3%ADico%20ocorre%20quando,o%20caso%2C%20h%C3%A1%20uma%20lacuna>. Acesso em: 20 de agosto de 2023

BISPO, Danilo Verri. A alta programada dos benefícios por incapacidade do INSS e o entendimento do STJ. **JusBrasil**. Disponível em: <https://daniloverri.jusbrasil.com.br/artigos/1251819370/a-alta-programada-dos-beneficios-por-incapacidade-do-inss-e-o-entendimento-do-stj#:~:text=Caso%20o%20segurado%20entenda%20ainda,que%20se%20realize%20referida%20per%C3%ADcia.&text=A%20alta%20programada%20surgiu%20com,n%C2%BA%20130%2FDIRBEN%20do%20INSS> Acesso em: 18 de agosto de 2023

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://desinstitute.org.br/noticias/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-como-surgiu-e-o-que-defende/?gclid=CjwKCAjwr_CnBhA0EiwAci5sioKoiWYJxafHf-FgRYV2JoIQg0_uRo_MUUGdh2Z4JnO8sHjC6x11RxoCMNEQAvD_BwE . Acesso em 15 de agosto de 2023

DE ALMEIDA, Orlando José; FURMAN, Bernardo Gasparini. Limbo jurídico previdenciário e trabalhista - Responsabilidade. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333982/limbo-juridico-previdenciario-e-trabalhista---responsabilidade> Acesso em: 17 de agosto de 2023

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. Auxílio-doença. **Governo do Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/saiba-mais/auxilios/auxilio-doenca> Acesso em: 17 de agosto de 2023

8. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: MEDIDA ASSECURATÓRIA FRENTE A VULNERABILIDADE ASSISTENCIAL NA ARQUITETURA PROTETIVA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Nataly dos Santos Machado

8.1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo fazer breves considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana como medida assecuratória na arquitetura protetiva da violência de gênero no Brasil, bem como sua ligação intrínseca no que se refere a vulnerabilidade assistencial dentro da rede de apoio e proteção às vítimas dessa violência.

Há na Constituição Federal Brasileira, em seu terceiro princípio basilar, a disposição fundamental da dignidade da pessoa humana. Acertadamente, este princípio é um dos, senão o principal princípio moral e jurídico originário para assentar os direitos fundamentais, afinal, é a partir deste princípio que se desembrulham todos os demais direitos fundamentais.

Dentre as inúmeras garantias incursas no artigo 226 da Constituição Federal do Brasil, o parágrafo 8º foi cristalino quanto a determinação para que o legislador infra efetivasse o mandamento constitucional, no sentido de criar mecanismos de proteção contra violência familiar, dessa forma, a família é vista como base da sociedade com proteção do Estado, tendo assistência de todos aqueles que a integram, fazendo assim com que haja uma coibição de violência.

A referida análise quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana busca destacar a relevância da proteção constitucional no que se refere ao enfrentamento da violência de gênero, bem como seu potencial na qualidade de recurso diante da arquitetura de prevenção, apoio e assistência, elementos estes que compõem o mínimo fundamental para assegurar a dignidade do ser humano, principalmente às mulheres vítimas.

Na oportunidade, será abordado acerca da vulnerabilidade assistencial frente ao tema da violência de gênero que, cumpre destacar, é assunto global de saúde pública.

Dessa forma, o artigo tem o fito de trazer à tona a compreensão de que: a devida e efetiva assistência legal, social e moral no enfrentamento à violência contra a mulher é um direito fundamental e necessário, complementando-se: direito à vida!

8.2 GARANTISMO CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O PAPEL DA ADVOCACIA NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esta teoria jurídica da validade e da efetividade do Direito, encontra guarida na diferença entre normatividade e realidade, ou seja, entre Direito válido (dever ser do Direito) e Direito efetivo (ser do Direito).

O garantismo redefine os conceitos do constitucionalismo, substancializando-os. A validade das leis infraconstitucionais tem como parâmetro material as normas constitucionais.

Tutelar os direitos fundamentais é objetivo central do garantismo. Através da estrita legalidade, o próprio legislador está submetido à lei, pauta-se aqui, a garantia do artigo 226 da Constituição Federal do Brasil, no sentido de destacar a criação de mecanismos de proteção contra violência familiar.

Os direitos humanos são inerentes a todas as pessoas e no âmbito internacional a sua proteção é considerada para implementar normas independente da condição, bastando ser uma pessoa humana (MAZZUOLI, 2020, 1174).

Nesse ínterim, surge o questionamento: o que seria, de fato, o direito humano? Em resposta, o autor Mazzuoli declara o seguinte:

Os chamados direitos humanos, por sua vez, podem ser vindicados indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em norma internacional do qual o Estado seja parte. Talvez por isso certa doutrina tenha preferido a utilização da expressão direitos humanos fundamentais, como querendo significar a união material da proteção de matiz constitucional com a salvaguarda de cunho internacional de tais direitos. (MAZZUOLI, 2020, 1177)

No que se refere à temática da dignidade da pessoa humana de acordo com o entendimento de Reale (1986), princípio é por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

No entendimento de Bandeira (2000, p. 748) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

De acordo com Nunes (2002, p. 49), a dignidade nasce como o ser humano. O indivíduo é digno porque é humano. Vale ressaltar que a vivência na sociedade faz o indivíduo ganhar mais direitos a dignidade, uma gama de aspectos da vida humana social passa ser protegida por esse direito.

Nesse contexto, questiona-se: qual o papel da advocacia na garantia dos direitos fundamentais?

A função social do advogado foi ampliada com a própria evolução da sociedade. A atuação da advocacia – humana – é um componente essencial na proteção dos direitos e garantias fundamentais, é mister da sua função não apenas zelar pelos direitos, mas também atuar de forma ativa na construção de uma sociedade igualitária e livre.

É papel fundamental do(a) Advogado(a) empenhar-se para que haja o pleno cumprimento dos princípios constitucionais elencados na Carta Magna, mormente o da dignidade da pessoa humana e seus preceitos sociais com toda a responsabilidade que lhe é inerente em razão da sensibilidade de tal matéria.

A advocacia vive em constante evolução, não se trata de algo estagnado, bem como não se trata apenas de interesse particulares, ao contrário, surge-se cada dia mais grupos e naturezas diversas, logo, os interesses tornam-se cada vez mais coletivos.

É a atuação da advocacia que oferta, em Juízo, novas e oportunas interpretações para que o indivíduo alcance uma vida adequada, assim como é ela quem comprova que as normas estão em contínua mutação, tendo em vista ser o seu papel adaptá-las à realidade e necessidade da sociedade, com o intuito de postular humanidade nos julgamentos, propiciando constantes avanços sociais, o que, dentro do contexto da violência de gênero se torna extremamente relevante.

Assim, compreende-se que discorrer sobre o papel da advocacia frente a garantia dos direitos fundamentais, bem como a sua função social, é apontar para a importância e a indispensabilidade desse profissional na sociedade. Se há vida social, há, em algum nível, uma ordem jurídica.

8.3 VULNERABILIDADE ASSISTENCIAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde que o mundo é mundo, a mulher sempre foi discriminada, desprezada, humilhada e até coisificada, a consequência não foi outra senão a violência no reduto doméstico que, cumpre destacar, nunca recebeu a devida atenção da sociedade, ouse-se dizer: fora até normalizada por alguns.

A ideia sacralizada da família e a inviolabilidade do domicílio sempre serviram de justificativa para barrar qualquer tentativa de coibir o que acontecia entre quatro paredes. Como eram situações que ocorriam no interior do “lar, doce lar”, ninguém interferia.⁵⁸

A luta pela igualdade é histórica, sendo um princípio absoluto, porém as diferenças entre homens e mulheres e o seu reconhecimento, também devem ser levados em consideração. Não se pode tratar pessoas iguais com tratamentos desiguais, nem mesmo pessoas desiguais com igualdade, devendo as diferenças ser ponderadas para que prevaleça a igualdade material e não a igualdade formal. A igualdade deve estar na lei, não sendo suficiente a aplicação hegemônica para todos.⁵⁹

Assim como grande parte dos direitos conquistados pela sociedade, houve todo um processo histórico no reconhecimento dos direitos das mulheres, percorrendo, assim, um extenso caminho em busca dos seus direitos, indo mais além: por condições de vida.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Juspodivm. 2021. pg 29.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. p. 65

O trabalho em rede de caráter assistencial diz respeito à atuação articulada entre as instituições/ serviços governamentais, não-governamentais e a comunidade, que visa o desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção e políticas que garantam o empoderamento e construção da autonomia das mulheres, os seus direitos humanos.

Essa rede de enfrentamento tem por objetivos efetivar os quatro eixos previstos na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres - combate, prevenção, assistência e garantia de direitos - e dar conta da complexidade do fenômeno dessa violência.⁶⁰

A vulnerabilidade assistencial toma forma na persistência da violência de gênero, onde verifica-se que a mulher permanece sendo vítima, caracterizando cada vez mais a cruel e evidente manifestação de desigualdade de gênero no Brasil.

É angustiante a insegurança de que, para as mulheres, a morte está à espreita dentro das casas, no transporte público, nas ruas e até nos espaços de educação e lazer. A violência compõe um cotidiano perverso sustentado por relações sociais profundamente machistas.

O artigo 35 da lei nº 11.340/2006 - LMP, elenca um rol de medidas que podem ser tomadas para fazer com que as Políticas Públicas de enfrentamento a violência contra a mulher se tornem mais eficazes, contudo, as referidas medidas não detêm sua real efetividade até os dias atuais.

É bem verdade que parte dessas medidas, infelizmente, não foram utilizadas pelo poder público, principalmente em pequenos municípios. É preciso compreender que o deferimento de medidas protetivas de urgência, por exemplo, por si só não tem o condão de assegurar e proteger as vítimas, tornando-se, conseqüentemente, vulnerável.

À vista disso, resta demonstrado a necessidade de uma rede de apoio como principal fator de proteção às vítimas de violência de gênero que, tendo como principal objetivo este fim.

Assim, a violência contra a mulher é a mais nítida violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por isso, é de suma importância a mobilização e atuação conjunta da rede de apoio legal, assistencial, preventiva e de proteção para que funcione ativamente e trabalhe em prol da segurança na garantia de direitos fundamentais dessas mulheres.

⁶⁰ BRASIL. **Rede de enfrentamento à violência contra a mulher.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em 14/05/2021.

8.4 A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA CRIAÇÃO DA LEI MARIA NA PENHA

Em um passado não muito distante, as mulheres viveram submetidas a uma situação de extremo controle do patriarcado que, embasados em legislações que em nada lhe amparavam, eram totalmente afastadas dos espaços públicos e sem poder de fala.

Nesse toar, surgiu na história brasileira uma mulher chamada Maria da Penha, uma mulher cearense que sofreu violência doméstica por parte do marido durante anos. Vítima de duas tentativas de assassinato, sendo que na segunda, ficou paraplégica. Depois de muita luta, ela conseguiu levar o caso para a Justiça e o agressor foi condenado. Sua história foi fundamental para a criação da lei que leva seu nome.

Maria da Penha foi uma entre as incontáveis vítimas de violência doméstica existentes no mundo, no entanto, sua luta foi marcada pela coragem em expor o que inúmeras mulheres, há séculos, escondiam e omitiam por medo e/ou insegurança, sua atitude significou um ato de liberdade que retirou toda a sociedade de uma esfera de aceitação para uma posição de luta e embate.

Naquela época não havia tipo penal específico que tratasse sobre a violência doméstica, desse modo, era aplicado a lei vigente que servia de modo geral e a tipificava como crime de menor potencial. Mesmo com as dificuldades em decorrência desse vácuo legal, Maria da Penha decidiu enfrentar todas as adversidades com o fim de obter justiça, por tal razão, já desapontada com a morosidade para o julgamento do seu caso e a impunidade do seu ex companheiro, decidiu buscar apoio com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, por tal provocação, observando a negligência, omissão e tolerância do Estado Brasileiro, tornou público o teor do seu relatório (54/2001).

Após esse processo a comissão concluiu que houve um descaso contra os direitos dessa cidadã. A partir desse momento foi recomendado que o governo brasileiro desenvolvesse uma legislação específica sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher e daí surgiu a Lei Maria da Penha.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha constitui fruto de uma exitosa articulação do movimento de mulheres brasileiras: ao identificar um caso emblemático de violência contra a mulher e decidir submetê-lo à arena internacional, por meio dessa litigância e do ativismo transnacional, o caso “Maria da Penha” teve a força catalizadora para fomentar avanços na proteção dos direitos humanos das mulheres, por meio da reforma legal e de mudanças de políticas públicas.

8.5 A VIOLÊNCIA SOB O PRISMA DA SAÚDE PÚBLICA GLOBAL

No domicílio ou fora dele, a violência contra a mulher é considerada um problema de saúde pública, logo, o impacto da violência pode ser mundialmente constatado de várias formas.

Por ano, mais de um milhão de pessoas morrem e muitas mais sofrem ferimentos não fatais resultantes de autoagressões, agressões interpessoais ou violência coletiva. Embora seja difícil ter estimativas precisas, o custo da violência para o mundo se traduz em bilhões de dólares de despesas anuais com cuidados de saúde, acrescidos de outros bilhões relativos às economias dos países, em termos de dias não trabalhados, imposição e cumprimento da lei e investimentos perdidos.

Embora a violência tenha estado sempre presente em todo o contexto histórico e social, a humanidade não deve aceitá-la como um aspecto inevitável da condição humana. Juntamente com a violência, sempre houve sistemas religiosos, filosóficos, legais e comunitários que foram desenvolvidos a fim de preveni-la ou limitá-la, nenhum deles foi completamente eficaz, mas todos deram contribuições a esse traço definidor da civilização.

A saúde pública se interessa pela saúde e bem estar das populações como um todo, a violência impõe uma carga pesada no bem estar da população. O objetivo da saúde pública é criar comunidades seguras e sadias em todo o mundo, a prioridade maior, atualmente, consiste em persuadir todos os diversos setores - a nível global, nacional e comunitário - a se comprometer com tal objetivo.

As autoridades da saúde pública podem fazer muito para estabelecer planos e políticas nacionais para prevenir a violência, realizando parcerias entre os vários setores e assegurando dotação de recursos para as ações preventivas. Embora a liderança da saúde pública não precise e não possa dirigir todas as ações para prevenir e reagir à violência, as autoridades e líderes têm um papel relevante nesse âmbito.

Os dados existentes no acervo da saúde pública e outras agências, as visões e a compreensão obtidas por intermédio do método científico e a dedicação no sentido de encontrar respostas verdadeiras são contribuições importantes que a área da saúde pública faz às reações globais contra a violência.⁶¹

⁶¹ DAHLBERG, Linda L. KRUG, Etienne G. **Violência: um problema global de saúde pública**, 2006, p. 2.

Fazendo alusão à violência de gênero nesse contexto, é sabido que a violência contra a mulher é um problema global que afeta mulheres de todas as idades, classes sociais, etnias e orientações sexuais. No Brasil, a violência doméstica é um dos principais problemas enfrentados pelas mulheres.

Dessa forma, percebe-se que a proteção à mulher vítima deve ser concretizada por meio de um conjunto de medidas integradas, que vão da prevenção à proteção, com foco em dar conta da complexidade que é a violência de gênero e todas as suas vertentes, em ação conjunta de diversos setores envolvidos, seja de saúde, segurança pública, justiça, educação, assistência social e demais.

8.6 ARQUITETURA PROTETIVA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Os dados alarmantes sobre a realidade em que as mulheres vítimas se encontram, nos seus mais diversos contextos, serviram de base para o legislador criar mecanismos de defesa, a fim de propor um novo tipo de segurança para as respectivas vítimas.

As medidas de proteção inseridas na Lei Maria da Penha, por exemplo, são ações que visam coibir condutas da pessoa que cometeu a violência, no intuito de proteger a vítima e preservar a sua integridade física e moral, bem como, de evitar o agravamento da situação a que são submetidas.

Tais medidas possuem caráter cautelar que, de modo geral, acentua Antonio Scarance Fernandes⁶² “são providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”.

Logo, cabe a vítima de acordo o que lhe convir, verificar a necessidade ou não desse mecanismo de proteção, ciente de que ela pode e deve contar com a lei não apenas na esfera repressiva, mas, também, na preventiva/assistencial.

Nesse mérito, abre-se um parêntese para destacar a necessidade de respeito quando a vontade da vítima for abdicar da concessão de medidas cautelares criminais em desfavor do seu agressor, no sentido de requerer providências de caráter extrapenal. Assim calhou ao Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o tema:

⁶² FERNANDES, Antonio Scaranze. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 285.

As medidas protetivas previstas na Lei 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor [...] parece claro que o intento de prevenção da violência doméstica contra a mulher pode ser perseguido com medidas judiciais de natureza não criminal, mesmo porque a resposta penal estatal só é desencadeada depois que, concretamente, o ilícito penal é cometido, muitas vezes com consequências irreversíveis, como no caso de homicídio ou de lesões corporais graves ou gravíssimas. Vale dizer, franquear a via das ações de natureza cível, com aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha, pode evitar um mal maior, sem necessidade de posterior intervenção penal nas relações intrafamiliares. Na verdade, a Lei Maria da Penha, ao definir violência doméstica contra a mulher e suas diversas formas, enumera, exemplificadamente, espécies de danos que nem sempre se acomodam na categoria de bem jurídico tutelável pelo direito penal, como o sofrimento psicológico, o dano moral, a diminuição da autoestima, manipulação, vigilância constante, retenção de objetos pessoais, entre outras formas de violência” **(STJ, REsp 1.419.421/GO, j. 11.02.2014, rel. Luis Felipe Salomão Dje 07.04.2014).**

É notório que o Estado tem deveres e compromissos no que concerne a acautelar a violência contra a mulher. Contudo, a persistência dessa violência demonstra que o mesmo tem sido falho no exercício das suas funções.

Para que se alcance tal finalidade, é necessário que, não apenas a elaboração de uma política assistencial de segurança e prevenção, mas que haja uma atuação diligente em torna-la efetivamente aplicável com planos que assegurem os direitos humanos.

O mecanismo de proteção delineado no art. 9º da lei 11.340/06 garante, ainda, assistência à mulher em situação de violência, cumpre mencionar que esta assistência sempre deverá ser prestada de forma articulada, conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde e no Sistema Único de Segurança Pública, todas voltadas para dar mais segurança e amparo em todas as áreas em que a mulher assim necessitar.⁶³

Em suma, fica evidenciado que toda a arquitetura preventiva e protetiva precisa andar de mãos dadas com o Estado no intuito de garantir a segurança das mulheres nos espaços públicos e privado, com política de prevenção e atenção no enfrentamento da violência doméstica ou familiar baseada no gênero, rompendo com a lógica da hierarquia

⁶³ MINEO, Francielen. Eficácia das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha: causas e soluções. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-1497470658304.pdf>. Acesso em 14/05/2021.

de poder dentro de uma sociedade machista e dotando as mulheres de maior cidadania e conscientização dos reconhecidos recursos para agir e se posicionar, no âmbito doméstico, familiar e social, a fim de garantir sua emancipação e autonomia.

8.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da dignidade humana é, ao mesmo tempo, o princípio mais importante do direito de países democráticos e um dos fundamentos mais difíceis de conceituar, uma vez que a sua natureza filosófica e relacionada com a plenitude humana não é completamente e objetivamente compreendida.

A partir dessa exposição sobre o tema, espera-se que seja compreendida a importância histórica e jurídica desse princípio na vida das mulheres vítimas da violência de gênero, vez que serve de pilar para todos os demais direitos fundamentais.

É fato que parte das mulheres superaram o medo e passaram a ter iniciativas, dando confiança ao Estado para garantir os direitos fundamentais que lhes são inerentes, vez que a devida e efetiva assistência social, legal e moral no enfrentamento à violência contra a mulher é um direito não só fundamental, mas necessário, acrescente-se: é o seu direito à vida!

O intuito de toda a análise do presente artigo é lançar luz ao conceito simples de que: mulheres vítimas não podem garantir sozinhas sua segurança e integridade física necessitam, então, que o poder público com o suporte legal e assistencial a fim de: prevenir e protegê-las, implantando, executando e fiscalizando as ações voltadas ao combate à violência contra a mulher em razão do seu gênero, com vista a garantir o exercício pleno da cidadania e o reconhecimento dos direitos humanos, mediante ações que fortaleçam o vínculo entre as vítimas e a justiça, erradicando a violência contra a mulher.

Assim, para que os direitos e garantias fundamentais sejam cumpridos e preservados, é preciso enxergar o ser humano enquanto mestre da sua própria vida, autodeterminado e portador de honra e dignidade.

REFERÊNCIAS

____. **Constituição Federal da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05/09/2023

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm art 312/313. Acesso em: 07/09/2023.

____. **Lei 11.340 de 07 de agosto 2006, Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 07/09/2023.

____. **Rede de enfrentamento à violência contra a mulher**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contras-as-mulheres>. Acesso em 08/09/2023.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Juspodivm. 2021.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Medidas cautelares**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, jul. 2011.

FERNANDES, Antônio Scaranze. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 285.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal**. In: almeida, José Raul Gavião de; moraes, Maurício Zanoide de (Coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

____. **Implementação de Políticas Públicas e Desafios ao enfrentamento da violência contra a mulher**. Disponível em: <http://www.semecip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/Implementa%C3%A7%C3%A3o-de-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-e-desafios-ao-enfrentamento-da-viol%C3%AAncia-contras-a-mulher.pdf>. Acesso em 09/09/2023.

DAHLBERG, Linda L. KRUG, Etienne G. **Violência: um problema global de saúde pública**, 2006, p. 2.

_____. BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.419.421/GO**. Rel. Felipe Salomão. 04 de abril de 2014.

9. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADVOCACIA NA DEFESA DO DIREITO À ÁGUA: OS FUNDAMENTOS DAS LEIS Nº 9.433 DE 1997 E LEI Nº 14.026 DE 2020

Lorrane Luane da Silva

9.1 INTRODUÇÃO

O jurista Ihering (2015) sustenta que o Direito é uma força viva, uma ideia, e fruto de constantes conflitos e lutas sociais. Dessa forma, é compreendido que a conquista de direitos é dura, de mesmo modo, sua manutenção deve ser realizada com muita firmeza.

Apesar de o Direito ser um bloco uno, quando nos referimos a aquilo que conhecemos como ciência do direito, na busca pôr a constituir, separamos o Direito por áreas, com o intuito de facilitar a produção de conhecimento, através da delimitação do objeto (REALE, 2013).

De início, debruçamo-nos sobre o tema durante a realização do IV Colóquio Nacional de Ética e Filosofia Política, na Universidade Federal de Sergipe (UFS), entre os dias 21 e 23 de fevereiro de 2018 numa das últimas mesas de discussão, debatíamos sobre os recursos naturais, principalmente a água em tempos de crise política, chamou-nos atenção a fala do professor Evaldo Becker, em que dizia: “observemos a guerra voltada às águas e contra as comunidades indígenas do nosso país, a privatização e suas possibilidades de violar os Direitos Humanos”.

Dentre vários aspectos abordados, a preocupação central do professor Evaldo Becker e dos demais participantes era a guerra pela água, principalmente em momentos marcados por profundas divergências políticas. Nesse aspecto as discussões estavam voltadas ao campo da sociologia, filosofia e das ciências sociais (antropologia e ciência política). Após a situação exposta, percebemos a complexidade do assunto e resolvemos analisar do ponto de vista do Direito Constitucional e Administrativo, ou seja, trazer a discussão para o campo do Direito.

Assim, se compreende que violações a direitos dos povos indígenas no que se refere aos recursos hídricos é (re)ventilada na academia em eventos como o de 2018, como reflexo da realidade brasileira.

Contudo, no contexto pandêmico de Covid 19, a profilaxia oportunizada pela água é essencial para a garantia da saúde. Nesse sentido, não ter acesso à água significa ameaçar a saúde, este direito social e dever do Estado por expressa disposição constitucional (GONÇALVES, SILVA, 2020).

9.2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O jurista brasileiro Barroso (2006) elenca os Direitos Sociais como saúde, educação, moradia, todos estando de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, a base axiológica da Constituição, que ganhou destaque no período posterior ao da promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

De acordo com Cansi, Teixeira, Lopez (2020) o Estado deve ter dimensão da grandiosidade da crise e da escassez da água, buscando solucionar os problemas em diferentes regiões e grupos específicos, diante da pandemia da Covid 19.

Espera-se que este projeto contribua para uma maior compreensão do direito à água como um direito humano fundamental e dos instrumentos legais que visam garantir esse direito. Além disso, espera-se identificar as dificuldades na implementação dessas normas e políticas públicas, contribuindo para a reflexão sobre as formas de superar esses desafios e promover o acesso à água potável e ao saneamento básico como um direito humano fundamental.

Em notícia veiculada no site oficial da Câmara dos Deputados, o deputado Joseildo Ramos (PT-BA), opositor do projeto de lei, que deu origem a já sancionada lei 14.026/2020, lembrou que Manaus, cidade com grande disponibilidade de recursos hídricos, tem apenas 20% saneamento básico (após 20 anos de privatização).

Impende tratar ser notoriamente conhecido que Manaus tem sofrido com o número de casos de Covid, desde Março. Conforme matéria veiculada no site BBC Brasil em 24 de abril de 2020, a média de sepultamentos diários chegou a quadruplicar durante a pandemia.

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal protege os direitos fundamentais, que dispõe acerca da adoção de políticas públicas com aptidão de efetivar o que prescreve a Carta Maior. Para Barroso (2006), como instrumento que garanta a Supremacia da

Constituição, as políticas públicas passam pela análise de parâmetros objetivos nos esforços para a sua implementação pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Surgida a partir da formação de uma nova hermenêutica constitucional, a dogmática constitucional emancipatória assimila essa nova realidade, a partir do estudo do texto constitucional a partir da dignidade da pessoa humana. É na dogmática emancipatória que a hermenêutica assume um papel prospectivo, capaz de operacionalizar mudanças na realidade (CLEVÉ, 2011).

É sabido que a água é um recurso natural essencial à vida, do qual depende a vida no planeta. No entanto, um dado importante é o fato de que aproximadamente 97% da água do planeta é salgada, ou seja, é imprópria para o consumo; os outros 3% está dividido em: 2% nas calotas polares ou locais de difícil acesso e 1% para consumo geral, este 1% é a água potável. O Brasil tem acesso a 1/3 deste recurso natural em seu território, estando numa posição privilegiada em relação às demais Nações (figura 1).⁶⁴

O direito fundamental à água é reconhecido internacionalmente como um direito humano básico e essencial para a vida e a dignidade humana. Isso significa que todas as pessoas têm o direito de acesso à água potável, segura e suficiente para atender às suas necessidades básicas e para garantir sua saúde e bem-estar.

O direito à água está consagrado em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros.

Além disso, muitos países reconhecem o direito à água em suas constituições ou leis nacionais, garantindo assim que as pessoas tenham acesso à água de qualidade e em quantidade suficiente para suas necessidades básicas.

O direito à água não se limita apenas ao acesso físico à água, mas também inclui o acesso a serviços de saneamento básico, como sistemas de esgoto e tratamento de água, para garantir a saúde e a higiene adequadas.

É importante ressaltar que o direito à água também está intrinsecamente ligado a questões ambientais e de sustentabilidade, uma vez que o acesso à água limpa e segura

⁶⁴ Figura 1: Distribuição da Água no Planeta
Fonte: <http://proflilian5serie.do.comunidades.net/agua>

depende da preservação dos recursos hídricos e da adoção de práticas sustentáveis de gestão e uso da água.

Gonçalves e Silva (2020) salientam que apesar de não ser anterior à crise sanitária de 2020, a falta de políticas públicas universais permite associar um perfil racial e de classe àqueles que são os mais vulneráveis à Covid: negros e pobres.

Ao que foi atribuído como racismo ambiental, que é acentuado pelo retrospecto em que a definição do público que terá acesso ao saneamento básico e água encanada será definido por fatores raciais, de renda e de gênero. Ao que ele associou como fruto da histórica exploração da mão de obra escrava (GONÇALVES e SILVA, 2020).

Segundo dados ventilados na DataSus (2006) é possível afirmar que a cada 1 hora e meia, 1 pessoa negra morre no Brasil por falta de saneamento básico no Brasil. Dessa forma, é repugnante a exclusão da população negra ao longo dos séculos.

No Brasil, há pelo menos 40 milhões de pessoas que não tem acesso à água, segundo dados do SNIS (Sistema Nacional de Informações de Saneamento) em 2018. Porém, em oposição aos problemas de disponibilidade de água, se sustenta a ideia de abundância de recursos hídricos.

Segundo Ricardo Novais, especialista em recursos hídricos da WWF-Brasil, isto se dá em função da gestão inadequada do uso, sendo conhecido que este modelo se pauta na exploração de matéria-prima e exportação agropecuária.

Por outro lado, Oliveira e Sanches (1997) apud Gonçalves e Silva (2020) demonstram que o investimento em saneamento básico historicamente se concentrou nas regiões sul e sudeste, em especial nos centros urbanos.

Em se tratando da região Nordeste, existe ainda a particularidade em áreas cuja disponibilidade de água por habitante/ano é menor que o mínimo de 2.000 litros recomendado pela ONU (ORSINI, 2008). Deve-se considerar também que a disponibilidade de água no Brasil depende, em grande parte, do clima, sendo que as projeções apontam para uma redução das chuvas nas regiões Norte e Nordeste de até 20 % no final do século XXI (ORSINI, 2008).

As políticas públicas implementadas na região durante as últimas décadas têm um papel fundamental para a garantia da dignidade num contexto de resistência humana no sertão, Amador e Coutinho (2013) exemplificam a utilidade da política pública no contexto das secas, mas vê uma ineficiência no bem-estar da população, uma vez que o programa sofre com a aplicação de conceitos que contribuíram para a autonomia da população.

Do ponto de vista Constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabeleceu que a água é um bem público pertencente à União. A Constituição Cidadã considerou a água bem indispensável à vida e, assim sendo, ficaria melhor sob domínio público.

Diante do exposto, buscamos identificar a natureza jurídica e as características da água. Além de conhecer e analisar o gerenciamento da água a partir dos fundamentos da Lei nº 9.433/1997, que instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

9.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEI Nº 9.443/97: O GERENCIAMENTO DA ÁGUA

A Constituição de 1988 estabeleceu no artigo 20 que são bens da União: [...] III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banham mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; [...] VI - o mar territorial; [...] VIII - os potenciais de energia hidráulica. O estabelecimento da Competência privativa da União legislar sobre água no artigo 22, IV e sobre instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos bem como definir critérios de outorga de direitos de seu uso, no artigo 21, XIX (BRASIL, 2015).

De acordo com Matos (2000) a CRFB/88 inovou no momento em que reconheceu a água como pertencente ao domínio público, ou seja, considerou como um bem imprescindível à vida. Ainda de acordo com o mencionado autor, a partir desta inovação da Constituição no sistema jurídico brasileiro houve a revogação de algumas normas, dentre elas, vários artigos do Código de Águas. Além do mais, a CF/88 resguarda o interesse da coletividade no tocante ao patrimônio natural e essencial à vida.

Já no ano de 1997, seguindo o que estava estabelecido na Constituição, a Lei nº 9.433 concretizou os novos parâmetros na abordagem dos recursos hídricos brasileiros, neste sentido, o ponto central foi voltado ao interesse público.

De acordo com Matos (2000) o fundamento do domínio público reforça o que a Constituição estabeleceu e limitou o domínio ao Poder Público. Outro fundamento importante que merece ser destacado é o reconhecimento da água como um recurso limitado e esgotável, e que em situação de escassez o homem terá uso prioritário. O último fundamento abordado é a gestão dos recursos que deve ser descentralizada e contar com a

participação do Poder Público e da comunidade. Descentralizar, de acordo com Mello (2013) é quando o Estado pode desempenhar suas atividades por via de outros sujeitos, ou seja, transfere o exercício de suas atividades para particulares ou cria auxiliares.

A Lei nº 9.433/97 reconhece que a água é um bem escasso, essencial à vida. Conforme Matos (2000) com a Lei supracitada o país passou a ter um sistema para controlar a utilização dos recursos naturais e hídricos, tendo como parte da sua estrutura a Administração do Poder Público com domínio sob este bem valioso.

9.4 ÁGUA: NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS

Com relação à natureza jurídica da água (recursos hídricos) no Brasil, foi objeto de preocupação do constituinte de 1988 ao estabelecer que todas as águas são públicas, do domínio da União. De acordo com Mello (2013, p. 931) “bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas de Direito Público”. Uma das características da água é ser “bem de domínio público”, que são conjuntos de bens imóveis ou móveis.

É válido lembrar que são bens públicos as águas correntes (rios, riachos) e dormentes (lagos, lagoas, reservatórios executados pelo Poder Público). Os lagos e lagoas públicos são os situados em terras públicas ou os navegáveis ou flutuáveis, ressalvados, os situados por um prédio particular/ privado que não tenha contato com correntes públicas.

As principais características da água vistas a partir do estabelecido pela Constituição, como bem público, são: inalienabilidade ou alienabilidade: os de uso comum ou especial não são alienáveis, se for dominicais (não aplicado ao uso comum ou especial) poderá ser alienado.

Impenhorabilidade: os bens públicos não podem ser penhorados e a imprescritibilidade: os bens públicos, independentemente de categorias não podem ser suscetíveis de usucapião.

As características jurídicas conferidas a água por meio da Constituição de 1988 estão de acordo com o que proferiu posteriormente a Declaração Universal da Água de 1992, celebrada no Rio de Janeiro que preceitua no seu artigo 2º:

“Art. 2º - A água é a seiva do nosso planeta. Ela é a condição essencial de vida de todo ser vegetal, animal ou humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura. *O direito à água é um dos direitos fundamentais do ser humano:*

o direito à vida, tal qual é estipulado do Art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem.” (grifo nosso)

Nesse sentido, a ideia do direito universal à água surgiu em resposta à crescente crise mundial da água, em que milhões de pessoas em todo o mundo não têm acesso à água potável e saneamento básico. A Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu esse direito em 2010, afirmando que a água limpa e o saneamento básico são essenciais para a realização de outros direitos humanos, como o direito à vida, à saúde e à dignidade.

Embora o direito universal à água seja reconhecido internacionalmente, muitos países ainda lutam para garantir que suas populações tenham acesso à água limpa e saneamento básico. A falta de água potável e saneamento básico tem um impacto significativo na saúde, no desenvolvimento e na qualidade de vida das pessoas, especialmente em comunidades pobres e marginalizadas.

Garantir o acesso universal à água e ao saneamento básico é um desafio global que requer ações coordenadas e empenho político. É importante para a comunidade internacional e para os governos locais trabalhar juntos para garantir que todas as pessoas tenham acesso à água limpa e saneamento básico, a fim de proteger os direitos humanos e melhorar a qualidade de vida das pessoas. É inegável, no ordenamento nacional e internacional, o reconhecimento da relação entre a disponibilidade de água e a dignidade da pessoa humana, tratada pela Constituição Cidadã como base axiológica, como lembra Barroso(2006).

9.5 A LEI Nº 14.026/2020: A CRIAÇÃO DA ANA (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO)

Após 5 anos de intensos debates, e forte oposição da Sociedade Civil Organizada e dos setores públicos de gestão de águas, a lei 14.026 fora aprovada pelo legislativo federal, em contexto pandêmico e promulgada pelo presidente Jair Bolsonaro(sem partido) após um pronunciamento em que proferiu “ Brasileiro pula em esgoto e não acontece nada” (GONÇALVES, SILVA, 2020).

O projeto de lei que deu origem à lei 14.026/20 fora apresentado ainda em 2019 e constava na pauta do atual presidente deste então. A nova norma cria um marco regulatório

em que dá maior poder à ANA(Agência Nacional das Águas), se alinhando a uma tendência neoliberal.

A ANA então passa a ser responsável pela regulação das licitações das prestadoras de serviços privados, assim como a regulação do abastecimento de água e saneamento. Mas não trata da reformulação da agência reguladora.

Impende relatar que a lei 14.026/2020 ainda fragiliza a política Nacional de Saneamento ao não tratar de 2 fatores basilares dela: resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais.

Quanto ao subsídio cruzado ocorreu a extinção do mecanismo de financiamento, que permite que áreas com grande capacidade de financiamento corroborem com o de áreas com incapacidade.

Assim, por experiências anteriores com privatizações, espera-se que organizações privadas não se interessem por regiões periféricas, conseqüentemente, gerando a possibilidade de agravar os dados e a abrangência de coberturas brasileiras.

Outro fator relacionado a extinção do subsídio cruzado é o aumento da tarifa combinado com a precarização dos serviços públicos prestados.

9.6 O PAPEL DA ADVOCACIA NA DEFESA DA JUSTIÇA

A advocacia, em seu árduo mister na defesa da Justiça, desempenha um papel de destaque na salvaguarda dos direitos inalienáveis dos indivíduos em relação ao bem-estar físico e mental, em especial a saúde.

Moreira(2005) sustenta que a advocacia é a representação do conceito constitucional da justiça, por ser uma das funções essenciais e, espantosamente, como, não obstante, e o que é mais importante, restou ainda como um instrumento com o objetivo de controle de juridicidade da Administração Pública, que, em última análise, é a vivência diária. Logo, a função da advocacia emana da sua militância enquanto classe. Heráclito Fontoura Sobral Pinto, notório jurista cunhou a expressão "A advocacia não é profissão de covardes"

Em razão disso, a função da OAB é mera representação legal de uma entidade de classe erguendo-se como um baluarte democrático ante a vulnerabilidade humana diante dos desafios democráticos.

O advogado, como guardião da Justiça, investe-se na prerrogativa de intérprete da Constituição (Haberle, 2015), empenhando-se na tutela do acesso equânime à Dignidade da Pessoa Humana com preceitos éticos e legais.

Nesse Contexto, o profissional que advoga desempenha a nobre função de catalisador de uma sociedade mais justa e saudável, seja por meio da luta pela justiça ou ainda pela defesa incansável daqueles vulneráveis.

Através de mecanismos legais, como a interposição de ações judiciais, audiências públicas e ações educativas (palestras, eventos e capacitações) a advocacia alça-se como ponte entre a injustiça e a sociedade, abraçando, por vezes, batalhas de proporções épicas contra conglomerados empresariais.

Além disso, a advocacia, almejando a harmonização do corpo social com os ditames da saúde pública, abraça a causa da prevenção e educação. Por meio de sua atuação na disseminação do conhecimento jurídico acerca das políticas públicas, empodera cidadãos a lutar por uma Democracia robusta e eficaz. A voz do advogado engrandece-se no exercício da defesa democrática.

Conquanto desafios subsistam, desde questões relativas ao consentimento informado até dilemas éticos complexos, que surgem de conflitos com interesses distintos, a advocacia permanece como farol de retidão, guiando a sociedade rumo a horizontes mais saudáveis e justos. Em sua missão de defesa da dignidade da pessoa humana o (a) advogado (a) não somente representa indivíduos, mas também a própria preservação da dignidade da pessoa humana, tecendo, com sua eloquência jurídica, os alicerces de uma sociedade que valoriza e protege o bem mais precioso: a vida.

A advocacia pública, com sua marcante incumbência na defesa da saúde, assume uma relevância incontestável como guardião dos princípios constitucionais e das políticas públicas voltadas ao bem-estar da coletividade. Atuando em nome do Estado e da sociedade, os advogados públicos engajam-se na proteção e promoção da saúde como um direito fundamental e intrínseco à dignidade humana. Através de sua atuação, esses profissionais não apenas representam os interesses governamentais, mas também se erigem como defensores da universalidade, integralidade e equidade dos serviços de saúde.

A Carta maior atribui aos advogados públicos especialização capaz de defender os preceitos do Estado. Suas atividades abarcam desde a defesa do Estado por meio de assessoramento e formulação de leis que amparam a Administração Pública, até a

fiscalização do cumprimento das normativas Constitucionais pelos órgãos estatais e particulares.

Em situações de conflito, que incluem disputas extrajudiciais, que abordam questões de profundo impacto social, a advocacia pública se destaca como um elemento fundamental na busca pela harmonia entre as decisões tomadas pelo Poder Executivo e os anseios da sociedade. Essa função primordial se deve à capacidade da advocacia pública de representar os interesses do Estado e, conseqüentemente, da população.

A atuação da advocacia pública não apenas garante a observância da legalidade, mas também assegura que os valores democráticos e os princípios de justiça social sejam preservados. É através desse equilíbrio que os conflitos podem ser resolvidos de forma transparente e justa, promovendo a confiança dos cidadãos nas instituições governamentais.

Além disso, a advocacia pública desempenha um papel essencial na elaboração de políticas públicas que visam o bem-estar coletivo, auxiliando na formulação de soluções equilibradas e sustentáveis para os desafios sociais. Sua atuação, portanto, é vital para garantir que as escolhas do Executivo estejam alinhadas com os interesses da população, fortalecendo assim a democracia e a justiça social.

Ressalta-se ainda, a advocacia pública ostenta uma função proeminente na defesa do erário. Ao empreender tais ações, não somente se recupera recursos valiosos, mas também previne-se às práticas lesivas ao bem-estar da sociedade. Esses profissionais, portanto, integram a estrutura que impede desvios de recursos destinados à saúde e assegura a alocação adequada de verbas para a manutenção e expansão dos serviços de saúde pública.

Com o poder inerente à sua atuação, a advocacia pública exerce uma influência considerável na formulação e implementação de políticas de saúde. Ao oferecer orientação jurídica aos órgãos governamentais, ela coaduna com a criação de medidas preventivas e de tratamento que atendam aos preceitos legais e éticos. Dessa forma, os advogados públicos delineiam caminhos para a efetivação de um sistema de saúde que não apenas reaja a desafios, mas que também antecipe e previna agravos à saúde pública.

Por fim, a advocacia pública desdobra-se como um escudo em defesa da Democracia. Ao representar grupos marginalizados ou desprivilegiados, os advogados públicos propugnam pela eliminação das disparidades no acesso à saúde. Em um contexto em que as escolhas da Administração Pública podem se traduzir em doenças e vidas perdidas, esses profissionais se erguem como agentes catalisadores de mudanças substanciais,

direcionando os esforços estatais para garantir que cada cidadão possa usufruir do direito fundamental à saúde, independentemente de sua posição social, econômica ou geográfica.

9.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão inicial para a realização deste presente artigo científico foi um questionamento sobre o papel da advocacia a respeito das futuras prevenções de doenças relacionadas ao acesso à água. Diante disso, a discussão ganhou nova importância após a promulgação da lei 14.026/2020. Este documento buscou identificar a natureza jurídica e as características da água. Além de compreender e analisar o gerenciamento da água a partir dos fundamentos da Lei nº 9.433/1997 e 14.026/2020.

Do ponto de vista do Direito Constitucional e Administrativo, a água (aqui entendida como recursos hídricos) no geral são bens públicos, salvo algumas exceções abordadas no desenvolvimento deste trabalho. Evidencia-se a inovação da CRFB/88 com o reconhecimento da importância da água para a humanidade, principalmente com a Lei nº 9.433/97 abordada nesta presente pesquisa, em que contribuiu para o fortalecimento do entendimento já estabelecido pela Constituição voltado ao interesse público dos recursos hídricos.

Contudo, a atuação do legislativo, que acarretou a vigência da lei 14.026 no ordenamento brasileiro, gerou grande insegurança jurídica, em especial durante o ano de 2020, em que a relação de saneamento básico e saúde são cada vez mais próximas. Em razão disso, a tradição jurídica brasileira utiliza o profissional da advocacia como um intérprete, capaz de pleitear medidas com o intuito de garantir o acesso à água e em consequência ao direito à saúde.

Pacha Mama é uma expressão que significa "Mãe Terra" em quíchua, língua indígena falada nos Andes. Essa expressão representa a concepção indígena de que a terra é um organismo vivo e sagrado, que deve ser respeitado e cuidado como um ser vivo.

A importância da Pacha Mama tem sido reconhecida em várias constituições da América Latina, que reconhecem os direitos da natureza e garantem sua proteção. A Constituição do Equador de 2008 foi a primeira do mundo a reconhecer os direitos da natureza, incluindo o direito ao respeito por sua existência, manutenção e regeneração. Essa constituição também reconhece a Pacha Mama como um ser vivo que possui direitos.

A Bolívia também incluiu o conceito de Pacha Mama em sua constituição de 2009, reconhecendo-a como um ser vivo com direitos, e afirmando a responsabilidade do Estado

e da sociedade em protegê-la. Além disso, a constituição boliviana estabelece que os direitos da natureza devem ser respeitados e protegidos, e que o uso e aproveitamento dos recursos naturais deve ser realizado de forma sustentável, considerando os limites da Pacha Mama.

Essas constituições são exemplos de como os valores e as crenças indígenas podem ser incorporados às leis e à política, reconhecendo a importância da natureza e seu papel na vida humana. A inclusão da Pacha Mama na constituição é uma forma de garantir a proteção ambiental e a sustentabilidade, e de reconhecer que a terra e seus recursos são limitados e devem ser usados de forma responsável e equilibrada para assegurar sua preservação para as gerações futuras.

REFERÊNCIAS

AMADOR, Maria Betânia Moreira; COUTINHO, Wagner de Souza. Reflexões sobre a Seca em Municípios do Agreste e Sertão Pernambucanos. Revista Científica ANAP Brasil, 2013. Disponível em: <http://www.amigosdanatureza.org.br/publicacoes/index.php/anap_brasil/article/view/707>. Acesso em: 03 de setembro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>. Acesso em 26 de Agosto de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Secretaria de Edições e Técnicas, 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 05 abril de 2023.

BRASÍLIA. **Oposição critica aprovação de novo marco do saneamento básico pelo Senado**. Agência Câmara de Notícias, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/671525-oposicao-critica-aprovacao-de-novo-marco-do-saneamento-basico-pelo-senado>>. Acesso em: 02 setembro de 2023.

CANSI, Francine; LOPES, João Luís Severo da Cunha; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Direito à água potável, saúde e enfrentamento a Covid 19**. Revista de direitos sociais, seguridade e previdência social, 2020. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/6608>>. Acesso em: 02 setembro de 2023.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006. Acesso em 02 de setembro de 2023.

GONÇALVES, Lara Sartorio; SILVA, Caroline Rodrigues. **Pandemia de Covid-19: sobre o direito de lavar as mãos e o "novo" marco regulatório de saneamento básico**. Revista Científica Foz, 2020. Disponível em: <<https://revista.ivc.br/index.php/revistafoz/article/view/170/75>>. Acesso em: 02 setembro de 2023.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 10. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2020.

HÄBERLE, P. Hermenêutica Constitucional – **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. *Direito Público*, [S. l.], v. 11, n. 60, p. 25–50, 2015. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 3 setembro de 2023.

MATOS, Eduardo Lima de. **Responsabilidade Civil pela má utilização da água**. In: Seminário Internacional “Água, bem mais precioso do milênio”. 2000, Brasília. **Anais...** Distrito Federal: CEJ, 2000. p.79-84.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direitos Administrativo**, 31° ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos da Água**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.html#:~:text=1%C2%BA%20%2D%20A%20%C3%A1gua%20faz,a%20seiva%20do%20nosso%20planeta>>. Acesso em 02 setembro de 2023.

ORSINI, José Antônio Marengo. **Água e Mudanças Climáticas**, 2008. Disponível em: http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/publicacoes/2008/Marengo_x1a.pdf. Acesso em: 05 abril de 2023.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. ed. 28. Saraiva: São Paulo, 2013.

MOREIRA, Diogo de Figueiredo. **A advocacia de Estado revisitada, essencialidade ao estado democrático de direito**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo Vitória, v. 4, n. 4, p. 21 - 64, 2. sem, 2005. Disponível em <: https://pge.es.gov.br/Media/pge/Publica%C3%A7%C3%B5es/Revista%20PGE/PGE_04_editado.pdf#page=23. Acesso em 01 de agosto de 2023.

10. UNIÃO ESTÁVEL VIRTUAL: UM NOVO MODELO DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR E SEU VAGAR JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO

Livia Sobral dos Santos

Acácia Gardênia Santos Lelis

10.1 INTRODUÇÃO

O surgimento de ferramentas tecnológicas como formas de interação social, em especial por meio das diversas redes sociais digitais, em algum momento remodelaria alguns aspectos do Direito e, conseqüentemente, as relações jurídicas gerenciadas por ele. Neste sentido, as interações sociais que antes eram estabelecidas pela proximidade física, material e palpável, passaram a ser mantidas também por meio virtual.

O que já era uma realidade presente no mundo contemporâneo se intensificou em grande proporção com o advento da pandemia do Covid-19 nos anos de 2020/2021. A necessidade de distanciamento social instituída nesse período impactou as relações sociais e normalizou a convivência por meio virtual, deixando esse de ser uma opção, tornando-se meio necessário e eficaz para manterem-se acesos os relacionamentos amorosos, preservando-se os vínculos de forma remota.

Neste ínterim, considerar o meio cibernético como uma nova forma de ser sociedade transmutou de um estado de possibilidade para uma convicção. Assim, na atualidade, a ciência jurídica percorre desafios para permitir que as suas transformações atendam às necessidades humanas no mundo informatizado.

Dentre as adversidades enfrentadas, o reconhecimento de entidades familiares construídas, mediadas e até mesmo mantidas em totalidade pelo meio virtual, tem sido atualmente objeto de discussão na seara jurídica do Brasil. Ora, se presentes os elementos da publicidade, da continuidade, da durabilidade e do objetivo de formar família, requisitos esses imprescindíveis para configurar a união estável na modalidade convencional, poderiam deixar de serem reconhecidas as relações mantidas com as mesmas características, porém através do meio virtual?

Para alguns juristas, a caracterização desta nova forma de convivência parece uma ideia distante, pois muitos permanecem a pensar que a coabitação, bem como a prática da conjugalidade sexual são fatores essenciais que existindo, qualificam a união, e estando ausentes, desqualificam-na.

Face ao exposto, a problemática desta pesquisa é analisar a imprescindibilidade da coabitação e da conjugalidade sexual para configurar a união estável, frente às novas configurações familiares, superando as exigências legais, a partir de uma interpretação hermenêutica teleológica e a partir da aplicação dos princípios da autonomia de vontade e da reserva da intervenção estatal nas relações de família.

Assim, a pesquisa desenvolverá, através de análise doutrinária e jurisprudencial, uma base científica hábil a demonstrar a prescindibilidade dos requisitos supramencionados, além de verificar os reflexos do reconhecimento da união estável virtual nos demais ramos do direito, como o sucessório e previdenciário, o que servirá de referência para estudos e decisões jurídicas futuras.

10.2 UNIÃO ESTÁVEL CONVENCIONAL: UMA ANÁLISE DE SEUS REQUISITOS

A priori, cumpre destacar que a Carta Magna, em seu art. 226, § 3º, incumbiu ao Estado a obrigação de conceder igual proteção à união estável e ao casamento, sem qualquer distinção hierárquica entre essas entidades familiares, declarando que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Apesar da omissão praticada pelo legislador no dispositivo supramencionado, em julgamento da ADI nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 pelo STF, restou reconhecida a legalidade da convivência entre pessoas do mesmo sexo, respeitando os valores constitucionais da igualdade, dignidade e liberdade.

Desta forma, sendo um instituto do Direito brasileiro, a união estável, além de legitimada constitucionalmente é regulamentada pelo Código Civil, que elenca em seu art. 1.723 os requisitos necessários para a sua configuração, *in verbis*:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Depreende-se, assim, que em conformidade com o defendido por Amaral (2018), a união estável pode ser identificada como uma espécie de negócio jurídico, decorrente da própria liberdade de autodeterminação de uma pessoa livre que opta por viver uma união livre, exercendo uma verdadeira declaração de vontade particular, destinada a produzir efeitos que os agentes, ora companheiros, pretendem e o direito reconhece.

Regrada pelo princípio da autonomia de vontade e da reserva da intervenção estatal nas relações de família, a união estável, em que pese não prevê forma e solenidades a serem praticadas, exige que alguns requisitos sejam cumpridos para a sua efetiva caracterização, sendo eles o da publicidade, continuidade, durabilidade e clara intenção de formar família.

Nessa senda, estabelecer a definição de cada um desses aspectos é medida relevante no presente artigo, pois o modo como são interpretados pela esfera jurídica afeta diretamente na possibilidade de reconhecimento ou não do vínculo *more uxorio*, inclusive da sua existência na subcultura virtual. Aliás, se os requisitos permanecem os mesmos, e apenas o meio é alterado, não há óbice para se declarar a legalidade da convivência mediada pelas mídias digitais.

À luz do que já fora dissertado, entende-se por relação pública aquela que possui notoriedade aos olhos da sociedade, coexistindo entre as partes um respeito recíproco e o reconhecimento, em qualquer situação, como entidade familiar. Quanto a este requisito, não se pode confundir a exteriorização da vida conjunta com a sua exposição desmedida, pois há companheiros que optam por uma vida reservada, sendo este um direito concedido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XII.

Ademais, a continuidade é requisito que também deve ser cumprido. Por contínuo é compreendido o vínculo não momentâneo, não eventual, mas com duração prolongada no tempo, possuindo permanência. Conforme defendem Da Rosa e Chaves (2022), a exigência da estabilidade não impede que conflitos e algumas rupturas ocorram durante o companheirismo, desde que a convivência e a vontade em continuar comprometido ao outrose mantenham presentes.

Ainda, a durabilidade da relação, apesar da legislação não determinar lastro temporal mínimo, é condição significativa para caracterização da união, sendo o período suficiente a demonstrar o objetivo moral, patrimonial e emocional do casal.

Por fim, e longe de ser o aspecto menos relevante, o intuito de constituir família é a essência da união estável, sendo o fator responsável por distanciá-la do namoro e aproximá-la do casamento. Ou seja, é o concreto objetivo de viver como se casados fossem, partilhando os propósitos, construindo patrimônios e assumindo assistência afetiva na vida um do outro. Em síntese, é o investimento temporal, financeiro e emocional que se faz.

Observa-se que em nenhum momento a legislação e a doutrina impõem a convivência sob o mesmo teto como requisito para configuração desta modalidade de relacionamento. No entanto, o corpo social e, até mesmo parcela da comunidade jurídica, instigados pelos padrões morais arcaicos, acreditam ser inimaginável a prosperidade de uma relação mantida entre pessoas que não coabitam.

Logo, faz-se imprescindível dissertar sobre essa premissa e suas nuances no subtópico apresentado posteriormente.

10.2.1 CONVIVÊNCIA X COABITAÇÃO

Conforme alhures mencionado, tanto o Código Civil brasileiro quanto a doutrina, em nenhum momento de sua elaboração, exigiram entre os companheiros a necessidade de coabitação, mas de convivência. Apesar de nomenclaturas semelhantes, possuem significados e aplicações divergentes, não sendo crucial recorrer às obras extravagantes para realizar esta diferenciação, visto que ela consta essencialmente na mera interpretação gramatical concedida às palavras.

Por coabitação, entende-se o compartilhamento da vida conjugal sob o mesmo teto, é acoexistência do casal em um mesmo espaço físico. Para alguns, é o caráter material e visível da convivência conjugal.

De outro lado, a convivência é compreendida como o compartilhamento da vida em comum, dos propósitos, da assistência emocional e patrimonial desempenhada pelos conviventes, independentemente de coabitarem ou não.

Dessa forma, o entendimento jurisprudencial pacificado é o de que a coabitação pode até ser um fator incidental, funcionando como um forte indício da existência de uma união, mas não pode ser entendida como um requisito essencial.

Em consonância com o entendimento anterior, é a Súmula 382 do STF, a qual expõe que “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

Logo, nem todas as uniões livres que apresentem aparência de uma vida de casal são reconhecidas como uma célula familiar. Prova disso é a realidade de cônjuges que apesar de separados de fato e dormirem em cômodos diferentes, permanecem domiciliados na mesma residência, colocando em descrédito a imprescindibilidade do requisito de coabitação para efetiva caracterização de uma união estável.

Ora, de nada adianta o convívio sob o mesmo teto quando não estabelecida uma convivência amorosa, familiar e pautada em sentimento de confidencialidade entre os envolvidos.

A ausência de vida em comum no sentido material do termo (coabitação), ainda sim pode ensejar o reconhecimento de duas pessoas como entidade familiar. Entender que fatores profissionais, de saúde, de estudos ou a escolha realizada pelos conviventes em não coabitarem, motivada por qualquer que seja a justificativa, não desqualifica a razão de ser do enlace convivencial.

10.2.2 CONJUGALIDADE SEXUAL

Superada a necessidade do elemento de coabitação para reconhecimento do vínculo amoroso, outros questionamentos passam a ser apontados pela sociedade jurídica, dentre eles a indagação de que “se é possível um casal manter a sua qualidade de convivente não morando juntos, como fica a sua vida conjugal sexual? E na falta desta, há que se considerar o vínculo entre as partes?”

Para muitos, diga-se para aqueles ainda envolvidos por pensamentos ultrapassados e patriarcais, tanto o casamento quanto a união estável pressupõem de forma automática a configuração da atividade sexual na vida dos que se relacionam.

Ocorre que, além de enquadrar o enlace amoroso como um objeto de satisfação carnal, os juristas que assim se posicionam, interferem diretamente na livre manifestação de vontade das partes. Inclusive, desconsiderando a existência de casais assexuados, que por não associarem o afeto ao sexo, não sentem necessidade de se envolverem sexualmente, o que não desqualifica a sua convivência ou matrimônio.

É incontroverso que a intimidade carnal em muito intensifique o vínculo físico,

emocional e afetivo daqueles que se relacionam, mas não é matéria do direito determinar taxativamente a visão de cada pessoa sobre o amor e como deseja experimentá-lo.

Assim, importa lembrar que são as regras canônicas que impõem a prática sexual como fator essencial à comunhão do casal, querendo ver realizar a máxima do "sejam férteis e multipliquem-se".

No entanto, a ciência jurídica é despida de dogmas religiosos, devendo assegurar a toda entidade familiar o direito em estabelecer a sua forma de ser, restando evidente que na lei civil a união estável se consuma com a presença de seus elementos basilares, enquanto o casamento se consuma com a sua celebração, não sendo relevante em nenhum dos institutos a intimidade sexual.

Em síntese, a dispensabilidade da coabitação e da conjugalidade afastam a necessidade do contato físico para o reconhecimento da união estável convencional, fortalecendo, portanto, a sua ocorrência na subcultura virtual. Se o óbice para admitir a legalidade dessa sociedade familiar digital é o fator distância, essa alegação não mais se sustenta.

10.3 DA EXISTÊNCIA DE RELAÇÕES HUMANAS NA SUBCULTURA VIRTUAL

Reconhecer o ambiente cibernético como um novo espaço de construção social é o primeiro passo para se validar as relações humanas nele estabelecidas. Apesar do meio não ser material e impossibilitar o contato físico entre as pessoas, ainda sim é alimentado por sentimentos e intenções humanas, fatores esses essenciais para o reconhecimento da união estável virtual.

Conforme expõe Schreiber (2020), ao passo que a tecnologia aproximou pessoas fisicamente distantes, afastou aqueles que estão lado a lado. Isso porque os aparelhos eletrônicos se tornaram a melhor companhia para grande parcela do supersistema social.

Assim, a estrutura de uma relação mantida no espaço real não diverge muito daquela estabelecida no ambiente eletrônico. Fato é que essas duas formas de conviver possuem um aspecto em comum: a ideia de vínculo. Este se manifesta quando a existência de alguém deixa de ser indiferente e passa a ter significado, criando entre as partes envolvidas sentimento de pertencimento.

É evidente, portanto, que relações humanas perduram na subcultura digital. E a essa

nova estrutura familiar Paulino (2013) atribui a denominação de "*ifamily*" - família

virtual. Dessa forma, o questionamento que aqui se faz é quando essas relações podem evoluir a estrutura de uma união estável virtual? A resposta é simples, quando possuírem os mesmos elementos indispensáveis à caracterização da união convencional.

Os desafios enfrentados por advogados e magistrados talvez não sejam os de entender que essa forma de relacionamento existe, mas em como extrair do mundo virtual as provas que ensejam a presença da publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de formar família por parte do casal.

10.4 MANIFESTAÇÃO DOS REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO MEIO DIGITAL

Exaurido o estudo sobre os requisitos fundamentais para a configuração da união estável na modalidade convencional, torna-se imprescindível analisar como esses elementos se comportam no meio digital.

Nesta discussão, socorrer-se ao uso das provas digitais é medida indispensável, visto que se o ambiente em que a vida a dois acontece é o virtual, os resquícios de assistência afetiva, patrimonial e emocional circulam por ele.

Assim, enquanto a ideia de publicidade discutida em uma união convencional é o reconhecimento social das pessoas como se casal fosse, aqui a exteriorização da relação pode ser verificada pelas fotos, declarações, comentários e postagens de *prints* de videochamadas realizadas entre as partes. Ainda se revela que a verificação de seguidores em comum, sejam familiares ou amigos das partes, também pode corroborar para publicização da convivência.

À luz da continuidade e da durabilidade do vínculo, como a legislação não exige um lastro temporal mínimo, podem ser verificados pelas postagens do casal realizadas em datas diversificadas, concluindo pelo prolongamento do vínculo e sua estabilidade.

Por último, a aferição do objetivo em constituir família pode ser extraída do teor das conversas trocadas entre os envolvidos, do contato diário mantido entre eles, das obrigações que já estão sendo partilhadas, como gerenciamento de lojas *on-line*, abertura de conta conjunta digital e, principalmente, a intenção de elevar o vínculo ao ambiente presencial.

Outro ponto a ser mencionado é que, conforme já conceituava Rosa e Farias (2022, p. 468 e 469), essas famílias virtuais podem apresentar caráter provisório ou permanente. Quanto ao primeiro, referencia aqueles casais que iniciaram a sua

união no meio físico, mas por algum fator profissional, educacional, de saúde ou por motivos de força maior, seguiram com a relação à distância. Em relação ao último, cuja discussão é mais polêmica entre os doutrinadores e aplicadores do direito, faz-se menção à vida a dois que é iniciada, mediada e mantida integralmente por meio das redes sociais, sem que haja contato físico que o anteceda.

Em síntese, é legalmente e humanamente possível reconhecer uma união estável estabelecida no espaço virtual, até mesmo porque os casais que coabitam, em decorrência da diversidade de demandas cotidianas e do trabalho, enxergam nas ferramentas tecnológicas um meio de estreitar e compensar a ausência diária.

10.5 REFLEXOS JURÍDICOS DA "IFAMILY"

Além de legitimar essa nova forma de entidade familiar, o seu reconhecimento gera reflexos jurídicos nos demais ramos do direito, principalmente na esfera patrimonial, sucessória e previdenciária, decidindo por atribuir direitos e deveres ao casal que virtualmente mantém a sua relação.

No direito de família, a matéria apresenta seus mais desafiadores questionamentos, iniciando pelo momento em que surge a possibilidade de reconhecimento da convivência virtual e a consequente partilha de bens. Ao casal que, *a priori*, estabeleceu a convivência no espaço físico e por algum fator prosseguiram com a relação através do meio digital, quando estabelecer o início e o fim dessa convivência? E as relações mantidas integralmente no meio eletrônico, qual o período em que deixa de ser um simples namoro e configura a união estável?

Indagações complexas de serem respondidas, e que exigem em sua análise um olhar cauteloso, pois as consequências das decisões proferidas afetarão diretamente o patrimônio e emocional das partes.

No direito sucessório e previdenciário, a matéria exige uma discussão ainda mais profunda, visto que, em muitos casos, lidam com situações em que uma das partes não mais está presente na vida humana, deixando questões a serem resolvidas em matérias de possível legitimidade de esse companheiro figurar como herdeiro ou ser um dependente reconhecido para recebimento de benefício de pensão por morte.

Ao decorrer do presente artigo não mais restam dúvidas quanto à necessidade de o direito

discutir e pacificar seu posicionamento sobre a virtualização das uniões estáveis, a fim

de que todos tenham assegurados os seus bônus e ônus jurídicos.

10.6 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Baseando-se na análise exploratória e teleológica do tema discutido, objetivando a sua mais ampla discussão e possíveis relações com as demais áreas do direito, a revisão bibliográfica e a análise jurisprudencial foram medidas adotadas.

A incidência do tema na doutrina jurídica brasileira é um fator notório, mas ainda discutido de maneira vaga, caminhando para que os critérios estabelecidos para o reconhecimento da união estável convencional sejam adequados às entidades familiares inseridas no meio virtual.

O olhar precavido sobre a interferência da tecnologia nas relações familiaristas já era uma preocupação apresentada por Rosa (2013), em sua obra intitulada *'iFamily: um novo conceito de família?'*, ensejando o estudo desse novo instituto pelos juristas da atualidade.

Ademais, a atuação das jurisprudências frente ao assunto se revelou escassa, sendo realizadas pesquisas jurisprudenciais nos mais diversos tribunais, concluindo pela falta de decisões seguras a nortearem os próximos passos dos aplicadores do direito face ao reconhecimento das famílias virtuais.

Apesar de insuficientes os debates jurídicos diante do novo instituto, é imprescindível destacar atual decisão proferida em matéria discutida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. **UNIÃO ESTÁVEL. "NAMORO QUALIFICADO". INOCORRÊNCIA.** PARTILHA DE BENS.

Conquanto o Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconheça o instituto do **"namoro qualificado"**, no presente caso ficou muito bem provado que as partes viveram efetiva relação de família, no molde descrito na hipótese de incidência da **união estável**, artigo 1.723 do Código Civil. Testemunhas, manuscritos à mão e correspondências, em meio virtual, que demonstram a natureza familiar (e não **namoro qualificado**), bem como a participação do apelado no imóvel adquirido no curso da relação. Caso em que é de rigor a manutenção da sentença que reconheceu a **união estável** e o direito patrimonial do autor, sobre imóvel adquirido somente em nome da apelante. NEGARAM PROVIMENTO.

(Apelação Cível, Nº 70082890690, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 10-07-2020)

Na oportunidade, tanto o juízo a quo quanto os Desembargadores integrantes da oitava câmara cível do TJ/RS negaram provimento à apelação, mantendo o reconhecimento da união

estável do casal através de provas juntada aos autos, inclusive as extraídas do meio virtual.

10.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise dos requisitos basilares para o reconhecimento da união estável convencional, fora verificado que, apesar da dispensabilidade dos elementos de coabitação e conjugalidade já ser pacificada pela doutrina e legislação, a jurisprudência se comporta de maneira divergente frente à exigência destas premissas na vida à dois.

Além de contrariar matéria já decidida no ordenamento jurídico, a imposição do contato físico é medida (infundada) que obstrui o reconhecimento da convivência virtual como nova modalidade de entidade familiar.

Assim como o trabalho, as atividades estudantis, os shows musicais e o exercício de guarda do genitor com o filho, o amor também caiu na rede. Nesta senda, não cabe ao direito exercer um juízo de valor diante da forma como os indivíduos escolhem amar e estabelecer sua base familiar, mas decidir por validar toda e qualquer modalidade de ser família como legítima.

Inclusive, não há razões para negar que a tecnologia vem sendo a nova tendência da atuação advocatícia, refletindo diretamente no estudo das relações humanas que acontecem no ambiente digital, dentre elas, a convivência virtual das partes que como casais se comportam.

Há quem mencione que o ramo familiarista seja um dos mais simplistas em níveis de discussão e atuação, em razão de ser matéria que circunda o cotidiano de todos. No entanto, dentro da capacidade humana talvez seja menos complexo mensurar um dano, o valor de um bem e até mesmo a fixação de uma punição, mas nada pode ser equiparado à complexidade que é aferir o valor e legitimidade de uma família, principalmente daquelas que se moldam por novas estruturas, rompendo os modelos convencionais já instituídos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 465.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Dever de coabitação: inadimplemento. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 117.

56-61.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito de Família na Prática - Comentado Artigo por Artigo/ Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa* - São Paulo: editora JusPodivm, 2022.

NEVES, Claudia. iFamily, a virtualização das relações familiares. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6316, 16 out. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86048>. Acesso em: 10 set. 2023.

Pontes Donnamaria, C., & Terzis, A. (2009). Sobre a evolução de vínculos conjugais originados na Internet. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, 61(3), 75-86.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. Conrado Paulino da Rosa -

1. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: editora JusPodivm, 2021.

SCHREIBER, Anderson. A chamada união estável virtual: transformações do Direito de Família à luz da pandemia. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedrosa; MARZAGÃO, Silvia Felipe (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020. p. 85-92.

Tinoco Boechat, I., Tinoco Boechat Cabral, H. L., & Medeiros de Souza, C. H. (2017). Relacionamentos Virtuais e Família: Enlaces Interculturais. *Revista Internacional de Folkcomunicação*, 15(35), 141-164. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=631768749014>. Acesso em: 09 set. 2023.

11.A MATERNIDADE E O TRABALHO: A (IN) JUSTIÇA DO BRASIL DIANTE DAS NORMAS INTERNACIONAIS

Êmily Brendah Poderoso Rezende

11.1 INTRODUÇÃO

Um estudo acerca da maternidade e o trabalho, se no Brasil ocorre uma justiça ou uma injustiça diante das normas internacionais, sendo um assunto importante, visto que, se trata de um direito humano. Assim, é necessário analisar se diante das convenções ratificadas e das normas internas, além das jurisprudências, ocorre uma efetiva proteção à maternidade.

Primeiro, será abordado o que seria o direito humano e que ele é inerente a todas as pessoas humanas, para adentrar em como surgiu a proteção à maternidade. Em seguida, entender como surgiu a Organização Internacional do Trabalho e após ela, a convenção de número 103.

Ulterior, analisar a maternidade como um direito humano e como as normas brasileiras trazem a proteção à maternidade na seara trabalhista. Após, é imprescindível abordar a efetividade dessa proteção com exemplos de instituições jurídicas.

Após, é questionado se de fato no Brasil ocorre uma justiça ou injustiça quando analisado a efetividade das normas diante do cenário internacional. Logo, o presente artigo propõe o estudo para realizar uma breve reflexão sobre a proteção à maternidade diante da relação trabalhista da mulher.

11.2 O DIREITO HUMANO E O SURGIMENTO A PROTEÇÃO DA MATERNIDADE

Os direitos humanos são inerentes a todas as pessoas e no âmbito internacional a sua proteção é considerada para implementar normas independente da condição, bastando ser uma pessoa humana (MAZZUOLI, 2020, 1174).

Mas o que seria o direito humano? Em resposta, o autor Mazzuoli declara que são os direitos previstos nos tratados e declarações, pois

Os chamados direitos humanos, por sua vez, podem ser vindicados indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em norma internacional do qual o Estado seja parte. Talvez por isso certa doutrina tenha preferido a utilização da expressão direitos humanos fundamentais, como querendo significar a união material da proteção de matiz constitucional com a salvaguarda de cunho internacional de tais direitos. (MAZZUOLI, 2020, 1177)

A internacionalização dos direitos humanos iniciou com o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, segundo autora Flávia (2021), atribuindo os direitos humanos como um assunto de legítimo interesse internacional (PIOVESAN, 2021).

Frisa-se que há características específicas dos direitos humanos que os diferenciam dos demais são eles: *"historicidade, universalidade, essencialidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, inexauribilidade, imprescritibilidade, vedação ao retrocesso"*, atualmente, a doutrina soma a *"indivisibilidade, interdependência, interrelacionariedade"*, pois, as características estão ligadas, principalmente, por serem internacionais (MAZZUOLI, 2020, 1181).

Dentro dos citados, a universalidade é o ponto chave nesse momento, pois a maternidade é um título inerente a um ser humano – a mulher -, e como bem pontua o autor Mazzuoli basta *"invocar a proteção desses mesmos direitos, tanto no plano interno como no plano internacional, independentemente de circunstâncias de sexo, raça, credo, religioso, afinidade política, status social, econômico, cultural"* (2020, MAZZUOLI, 1179).

E ao pensar em proteção à maternidade, a característica da vedação ao retrocesso é fundamental ser analisada tendo em vista que, os direitos humanos precisam garantir um mínimo agregador, e como esses direitos são positivados nos Tratados Internacionais, a maioria dispõe do exemplo da seguinte cláusula da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no artigo 29, alínea b, *"pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados"* (1969).

No entanto, foi a Organização Internacional do Trabalho-OIT quem mais somou para que se formasse o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e assim contribuir para que a proteção se desse a todos os seres humanos de forma igualitária (PIOVESAN, 2021).

11.2.1 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT

Antes, de adentrar ao tema central do presente artigo, é importante ressaltar que a Organização Internacional do Trabalho foi criada após a Primeira Guerra Mundial com o objetivo de promover “*padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar*” e os países que ratifica as convenções definidas pela organização se tornam obrigados “*a assegurar um padrão justo e digno*”, e assim garantir um padrão global mínimo de trabalho (PIOVESAN, 2021, 175).

Segundo a doutrina de Mazzuoli, a origem da Organização foi a partir do Tratado de Versailles, que a instituiu e que juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dispõe de princípios jurídicos-sociais com o objetivo comum de promover a proteção aos direitos trabalhistas de dignificação do trabalhador (MAZZUOLI, 2020, 1453).

No preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, tem o seguinte propósito:

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios. AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e

pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho (CONSTITUIÇÃO, 1948).

À vista disso, é destinada a promover oportunidades tanto para homens como mulheres no ambiente de trabalho, cabe ressaltar que *"a OIT é atualmente, nos termos do art. 57 da Carta das Nações Unidas, um organismo especializado da ONU (...), conservando sua independência jurídica e autonomia"*, e conforme o artigo 1º, parágrafos 2º, 3º e 4º da Constituição da OIT (1948):

2. Serão Membros da Organização Internacional do Trabalho os Estados que já o eram a 1º de novembro de 1945, assim como quaisquer outros que o venham a ser, de acordo com os dispositivos dos parágrafos 3º e 4º do presente artigo.

3. Todo Estado-Membro das Nações Unidas, desde a criação desta instituição e todo Estado que for a ela admitido, na qualidade de Membro, de acordo com as disposições da Carta, por decisão da Assembleia Geral, podem tornar-se Membros da Organização Internacional do Trabalho, comunicando ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho que aceitou, integralmente as obrigações decorrentes da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

4. A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho tem igualmente poderes para conferir a qualidade de Membro da Organização, por maioria de dois terços do conjunto dos votos presentes, se a mesma maioria prevalecer entre os votos dos delegados governamentais. A admissão do novo Estado-Membro tornar-se-á efetiva quando ele houver comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho que aceita integralmente as obrigações decorrentes da Constituição da Organização (CONSTITUIÇÃO, 1948).

No Brasil, até o ano de 2023, conta com quase duzentas (200) Convenções Internacionais promulgadas e que tem como obrigação cumprir e respeitar (CONVENÇÕES, 2023).

Mas, interessando-se ao tema do presente artigo, foi na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho a aprovação da Convenção de número 103 sobre o amparo à maternidade que, após uma análise é perceptível ser um exemplo de tentativa internacional de tutelar o direito ao trabalho juntamente com natureza feminina em gerar.

11.2.2 A CONVENÇÃO 103 PROMULGADA PELO BRASIL

No ano de 1952, em Genebra, ocorreu a 35ª Conferência Internacional do Trabalho que aprovou a convenção de número 103, ratificada pelo Brasil em 1965 e promulgada por meio do decreto número 58.820/1966, o objetivo da convenção é aplicar medidas

relativas ao amparo à maternidade para todas as mulheres empregadas, independente de idade, nacionalidade, crenças ou raças e que os países adotantes implementassem legislações pertinentes utilizando a convenção como mínimo a ser seguido pelos países que assinassem (CONVENÇÃO 103, 1958).

Sendo importante trazer alguns dos seus artigos:

Art. I- 1. A presente convenção aplica-se às mulheres empregadas em empresas industriais bem como às mulheres empregadas em trabalhos não industriais e agrícolas, inclusive às mulheres assalariadas que trabalham em domicílio.

[...]

Art. II — Para os fins da presente convenção, o termo ‘mulher’ designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja sua idade ou nacionalidade, raça ou crenças religiosas, casada ou não, e o termo ‘filho’ designa toda criança nascida de matrimônio ou não.

Art. III — 1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.

[...]

Art. IV — 1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica. [...]

Art. V — 1. Se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional.

[...]

Art. VI — Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada.

Art. VII — 1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifica a presente convenção pode, por meio de uma declaração que acompanha sua ratificação, prever derrogações no que diz respeito:

[...]

Art. VIII — As ratificações formais da presente convenção serão comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Art. IX — 1. A presente convenção não obrigará senão aos Membros da Organização Internacional do Trabalho cuja ratificação tenha sido registrada pelo Diretor-Geral.

Art. X — 1. As declarações que forem comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, de conformidade com o § 2 do art. 35 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, deverão indicar:

[...]

Art. XI — 1. As declarações comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, de conformidade com os §§ 4 e 5 do art. 35 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, devem indicar se as disposições da convenção serão aplicadas no território, com ou sem modificações; quando a declaração indicar que as disposições da convenção serão aplicadas sob reserva de modificações, ela deve especificar em que consistem as ditas modificações.

Art. XII — 1. Todo Membro que tiver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos depois da data da entrada em vigor inicial da convenção, por ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição

Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia não terá efeito senão um ano depois de ter sido registrada. [...] (CONVENÇÃO 103, 1958)

Logo, é perceptível a busca no âmbito internacional, por meio das normas, em minimizar a ausência de regulamentação e proteção nos países internamente quanto a maternidade, pois sabe-se que ainda existe uma limitação patronal à contratação de mulheres e que essa proteção reflete diretamente em toda a cadeia social.

Diante disso, surge o questionamento: a proteção à maternidade é um direito humano?

11.3 MATERNIDADE, UM DIREITO HUMANO

A resposta é positiva quanto a proteção à maternidade ser um direito humano, pois são diversas as normas internacionais à relacionando com a dignidade humana. É um mínimo protecionista que garante a família uma vida digna, com a efetivação dos princípios basilares dos direitos humanos, já mencionados.

E na esfera trabalhista, a OIT reconhece a sua importância, pois há três convenções, sendo citada uma delas, já ratificada pelo Brasil, como citada anteriormente, que tutela direitos à maternidade como humano. O principal objetivo delas é evitar um prejuízo à saúde da mulher ou do bebê no labor, além de buscar garantir uma segurança jurídica que não haverá retaliação moral ou econômica pela maternidade

Adiante, é importante analisar como ocorre essa proteção no Brasil.

11.3.1 AS NORMAS BRASILEIRAS PROTECIONISTAS

O artigo 226, *caput*, da Constituição Brasileira dispõe que a família é a base da sociedade e o Estado tem obrigação de proteger. Assim, é interpretativo que as relações familiares devem ter amparo por meio de políticas públicas e normas protecionistas, e em todas as esferas devem haver tutela. Na relação trabalhista essa proteção é prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas, como exemplo o artigo 391-A:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Parágrafo único: O disposto no caput deste artigo aplica-se ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção (BRASIL, 1943)

E por meio dessa, o Estado intervém garantindo o apoio, principalmente, pelo nascituro para ter um tempo mínimo de suporte econômico para o seu desenvolvimento.

Os dispositivos constitucionais assumem um caráter superior e é a Constituição quem reconhece e positiva os direitos humanos e fundamentais. A proteção à maternidade está como direito fundamental social no artigo 6º do texto, sendo que esses estão ligados à dignidade da pessoa humana, devendo ser tutelado, observa-se o dispositivo:

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 (BRASIL, 1988).

Na seara trabalhista, a proteção à maternidade deve ter ainda mais atenção por ser dois direitos humanos cruciais à vida humana. E mais, deve-se levar em conta a conquista pelas mulheres em estar no círculo do trabalho, posto que, abordar essa tutela é olhar até mesmo para a perspectiva histórica que foi a trajetória da mulher ao trabalho.

Em síntese, a normatização amplia uma valorização do trabalho da mulher, principalmente quando a Constituição prever a igualdade de direitos e obrigações, proibindo diferenças salariais, tratamento diferente, funções e critérios. Ainda, dispôs sobre uma licença maternidade de 120 dias, a estabilidade gestacional, direito ao salário-maternidade (BRASIL, 1988).

De forma específica, mesmo com a normatização, há discursões tanto no âmbito nacional como internacional que precisam ser analisadas referentes a proteção à maternidade.

11.4 A EFETIVIDADE NO BRASIL DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Diante de entendimentos firmados em Convenções Internacionais e jurisprudências internas do Brasil são diversos os pontos que envolve esse assunto, mas há dois que demonstram uma proteção especial a maternidade que é eivado de

discursões devido a sua relevância: a estabilidade gestacional e a licença-maternidade que são a base para a ocorrência de uma efetiva proteção.

Destarte, merece uma atenção para que assim, analise se há efetividade no Brasil da proteção à Maternidade por meio dos seguintes institutos.

11.4.1 A ESTABILIDADE GESTACIONAL

A proteção legal conferida na Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT sobre a garantia à estabilidade da gestante ao emprego compõe como um alicerce e é um exemplo aos outros países essa iniciativa.

A estabilidade não é assegurada somente pela CLT, a Constituição no artigo 10, inciso II e alínea b das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, dispõe que:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II - Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) - do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) - da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (BRASIL, 1988).

Essa norma deixa visível como o Estado busca por proteger a mulher gestante e a criança, mas realmente é aplicada? O problema está nesse ponto, pois mesmo previsto como norma, há empregadores que não cumprem, sendo necessário a busca pela judicialização e o desgaste emocional da mulher que litiga para ter uma efetivação dos seus direitos humanos.

Mas o foco do presente estudo está em demonstrar se os dispositivos que o Brasil tem auxiliam efetivamente em proteger à maternidade e cumpre com as normas internacionais.

11.4.2 A LICENÇA-MATERNIDADE E A PATERNIDADE

Outro ponto bastante discutido e de valor no Brasil são as licenças remuneradas cuja adoção é uma medida de superação da estrutura social patriarcal quando se refere à paternidade, e uma mudança no foco da relação trabalhista com a licença-maternidade.

Segundo o autor Blanch (2020),

O contrato de trabalho não perde a natureza sinalagmática que tem a maior parte dos negócios jurídicos. Ele comporta obrigações recíprocas para as partes envolvidas na relação de trabalho, competindo ao empregador pagar a remuneração e ao empregado, por sua vez, prestar a atividade laborativa. Todavia, o caráter sinalagmático do contrato de trabalho não possui uma característica pura de Direito Privado, sendo inegavelmente amenizado pelo princípio da proteção, que informa a aplicação de todo o Direito do Trabalho (BLANCH, 2020, 350).

Logo, ao estudar, percebe-se que o objetivo que o dispositivo legal mencionado causa é a tentativa em cumprir com um dever de assistência "*imaterial*" (BLANCH, 2020).

De acordo com o Código Civil brasileiro, no artigo 1.566, inciso III, diz sobre a assistência que tem "*o dever de proteger e respeitar os direitos da personalidade à vida, integridade física e psíquica, à honra, à liberdade, ao segredo, à imagem e ao nome do cônjuge*" (BRASIL, 2002).

Destarte, mesmo com a previsão normativa, muitas mulheres sofrem com a resistência à maternidade quando se trata de afastamento das atividades, e mais ainda, o pai, cuja sociedade patriarcal acredita que a obrigação é somente da mulher a responsabilidade dos primeiros cuidados do filho.

Assim, diante desses dois exemplos é perceptível que o Brasil desenvolveu políticas que buscam a proteção à maternidade por meio das normativas.

Mas, considerando o objeto de estudo específico deste trabalho reside em saber se diante do cenário internacional, o Brasil atua efetivamente através das normativas com justiça ou injustiça na tutela à maternidade?

11.5 UMA JUSTIÇA OU INJUSTIÇA QUANDO ANALISADO A EFETIVIDADE DAS NORMAS NO CENÁRIO INTERNACIONAL

É possível constatar que, em geral, "*a efetivação do direito constitucional de proteção à maternidade e a ampliação de seu escopo, em especial por meio de mudanças na legislação infraconstitucional*", é importante pontuar que tem reflexo positivo em melhorar as condições das mulheres (PRONI, 2012).

À primeira vista, em uma interpretação limitada, pode entender ser apenas uma extensão as normas internacionais, mas não é adequada esse entendimento. Pois, a Constituição Federal tem o dever especial de proteger o núcleo familiar e o trabalho.

Segundo a Autora Flávia do título Direitos humanos e o direito constitucional internacional, o Brasil adota sim medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.

Ora, conforme a mesma:

O marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

A partir dessa ratificação, inúmeros outros relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988, que, como já visto, situa-se como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País.

[...]

Enfatize-se que a reinserção do Brasil na sistemática da proteção internacional dos direitos humanos vem a redimensionar o próprio alcance do termo “cidadania”. Isto porque, além dos direitos constitucionalmente previstos no âmbito nacional, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais. Vale dizer, os indivíduos passam a ter direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional. Assim, o universo de direitos fundamentais se expande e se completa, a partir da conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2021, 334/337).

Mas após a interação internacional, o Brasil tem como obrigação em manter e desenvolver os conteúdos acordados, não basta promulgar as convenções, sendo que o amparo à maternidade é constante devido a evolução da sociedade em transformar todos os ambientes como o trabalhista.

Diante desse quadro, todas as medidas apontadas mostram-se essenciais para a institucionalização da proteção internacional dos direitos humanos no âmbito interno brasileiro. Vale dizer, para que o Brasil se alinhe efetivamente à sistemática internacional de proteção dos direitos humanos em relação aos tratados ratificados, é emergencial a revisão de reservas e declarações restritivas, a reavaliação da posição do Estado brasileiro quanto a cláusulas e procedimentos facultativos, bem como a adoção de medidas que assegurem eficácia aos direitos constantes nos instrumentos internacionais de proteção. A essas providências se adicione a urgência de incorporar relevantes tratados internacionais ainda pendentes de ratificação (PIOVESAN, 2021, 346).

Em suma, os dispositivos que protege à maternidade é um importante passo à proteção do futuro da sociedade, pois quando a mulher está a espera de um filho é um momento único e intenso que não só ela vive, mas toda a família, pois

Protegendo a criança em formação, que é missão da família e da sociedade, mas principalmente do Estado, a prerrogativa de acompanhante da gestante no pré-natal deve ser estendida à pessoa que se apresenta socialmente como futuro pai

ou mãe da criança. Isso não por uma questão biológica, mas por uma conduta de boa-fé baseada no afeto e na responsabilidade, que muito provavelmente gerarão um reconhecimento e um vínculo registral, protegendo a criança e aumentando suas garantias de sustento, educação e proteção de direitos (BLANCH, 2020, 356).

Quando se amplia e valoriza o trabalho da mulher no Brasil cuidando do íntimo dela é um rompimento do modelo patriarcal que predominou na sociedade e com isso, os discursos em como ampliar essa proteção à maternidade é importante para buscar a efetividade das normas e assim, o Brasil atuar com justiça para com as mulheres.

Assim, o meio ambiente do trabalho para a mulher precisa ser equilibrado e seguro, por ser considerado um direito humano e ganha ainda mais força no envolvimento materno. Logo, cabe a questão, no Brasil ocorre a justiça ou injustiça diante das normas internacionais?

11.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção à maternidade é um direito humano tutelado pela Organização Internacional do Trabalho e amplamente regulamentada por meio de convenções e normas internas dos países que ratifica.

O presente estudo demonstrou a importância da proteção à maternidade diante do trabalho da mulher. Assim, no primeiro momento verificou a importância do direito humano e o surgimento da necessidade de proteger a maternidade. E de ressaltar o que é a Organização Internacional do Trabalho, além de exemplificar com a convenção de número 103 a busca de regulamentar esse direito.

Adiante, no terceiro momento, traz como a maternidade é um direito humano e demonstra por meio das normas brasileiras que a maternidade está amplamente positivada, mas surge o questionamento, diante das normas e entendimentos jurisprudenciais, há efetividade em proteger a maternidade?

De fato, encontra um espaço de destaque nas legislações brasileiras, mas são pelos institutos da estabilidade gestacional e licença-maternidade que demonstram ser efetivas essa proteção.

É certo que, a maternidade exige diversas competências em todas as esferas sejam pessoais, profissionais, mas também uma prioridade governamental. Na relação do

trabalho, é imperioso um equilíbrio, pois diante da aplicação das normas internacionais nos Estados, estas precisam se adequar à realidade de cada sociedade.

Porém, conclui-se que diante do cenário internacional, o Brasil atua com injustiças à tutela à maternidade, pois, mesmo com a ratificação das convenções pertinentes, decisões e entendimentos, é necessário reconhecer que há lacunas que se tornam visíveis com a necessidade de judicialização para efetivar esses direitos.

Logo, convém a todos o dever de zelar a mulher no seu estado gravídico, por transcendência à proteção trabalhista. Por sua vez, cabe ao Estado implementar meios de integrar essa proteção utilizando as normas existentes, como a licença-paternidade, que em caso de uma ampliação minimizaria o peso da responsabilidade da maternidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15 de mar. de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 29 de jul 2023.

BRASIL. Lei nº 15.452, de 01 de maio de 1943. Dispõe sobre a Consolidação das Leis Trabalhistas e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 29 de jul 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Dispõe da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [recurso eletrônico]. Brasília: DF: Congresso Nacional. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969. Acesso em 29 de jul 2023.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E SEU ANEXO. 1948. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/--ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 28 jul 2023.

CONVENÇÕES. Organização Internacional do Trabalho. Brasília. 2023. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em 28 jul 2023.

Maternidade e direito [livro eletrônico]. Organizadora Ezilda Melo. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. Valerio de Oliveira Mazzuoli. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. Flávia Piovesan. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PRONI, Thaíssa T. 2012. Teses USP. 19 jan. "Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal".

[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-30102012-](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-30102012-101834/publico/Dissertacao_THAISSA_TAMARINDO_DA_ROCHA_WEISHAUPT_PRONI.pdf)

[101834/publico/Dissertacao_THAISSA_TAMARINDO_DA_ROCHA_WEISHAUPT_PRONI.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-30102012-101834/publico/Dissertacao_THAISSA_TAMARINDO_DA_ROCHA_WEISHAUPT_PRONI.pdf).

Último acesso em 27 jul. 2023.

12.PRIVACIDADE E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: O DUPLO PAPEL DA ADVOCACIA

Daniel Martins Lima

Jefferson Michel Nunes Soares

12.1 INTRODUÇÃO

Quando a ideia de direito à privacidade foi introduzida no direito americano, *right to be left alone*, objetivava-se impedir que os avanços tecnológicos, representados pelas máquinas fotográficas, invadissem a esfera pessoal dos cidadãos. O direito à privacidade possui um aspecto elástico, e é capaz de expandir-se e adequar-se às diversas mudanças sociotécnicas, de forma que o conceito de privacidade adquire um novo sentido conforme a capacidade das tecnologias de intrusão desenvolvidas a época (SILVEIRA; AVELINO; SOUZA, 2016).

Nessa perspectiva, para deter a melhor interpretação da norma no caso concreto, é essencial se ater a teleologia de quando ela foi criada, atualizando o seu sentido conforme a evolução social apresenta um novo catálogo de situações possíveis. Com o advento dos avanços tecnológicos e com a virtualização do social, o contato nas redes através da internet reduziu distâncias e aumentou o acesso ao contato virtual entre diferentes povos, idades, localidades e interesses. Contato esse sem grandes restrições, em uma terra sem lei onde se esconder ou se tornar público é uma opção. Essa virtualização das relações em que o contato, o bloqueio, o acesso, a compra, o arrependimento advêm de um simples “clique” parece ter banalizado alguns setores e modificado alguns problemas sociais.

Um dos setores com grande impacto foi o jurídico. O aumento crescente da complexidade na sociedade global, incluindo mudanças econômicas, políticas, filosóficas, além das tecnológicas influíram para uma drástica modificação dos problemas sociais e das soluções legais. Essa revolução digital, alterou o mercado jurídico, modificou o cotidiano e dinamizou informações e entendimentos. Uma das grandes dificuldades dessa sociedade é lidar com a privacidade de dados, em um mundo de *cookies*, cadastros, e termos de condições são vinculados ao uso de plataformas e

sites hoje considerados básicos.

Nessa ótica, atualmente, a nova ameaça advinda da evolução tecnológica, impensável em tempos remotos, mas que precisa ser enxergada como uma questão fática importante e impossível de ser ignorada pelo direito, é o surgimento dos *mercados de banco de dados*. A compra e venda de dados, principalmente obtidos de forma online, já acontecia de forma velada em redes sociais, que utilizavam os dados fornecidos pelos usuários para otimizar os anúncios patrocinados. Porém, atualmente, observa-se um aumento desse movimento, que não está mais se limitando ao ambiente das plataformas digitais.

Assim, é evidente que os dados pessoais são como uma senha de acesso e tudo se vincula de modo interdependente, sua digital e face podem ser utilizados em diversos aplicativos, assim

como o cadastro de pessoa física e nome completo. Todos esses dados hoje são mercantilizados e funcionam como produto em publicidade e prospecção de clientes, diversas empresas compram e vendem de forma banal.

Considerando isso, onde a advocacia se encontra nesta faceta? Poderia o advogado também se utilizar desses dados para prospectar clientes, da mesma forma que vários outros ramos atuam? Seria um favor ao reconhecer e oferecer o trabalho a um potencial cliente e desnudar para ele o possível direito? Ou seria uma exploração direta a Lei Geral de Proteção de dados, ao perturbar o cidadão e vender um serviço?

Este artigo foi dividido em dois capítulos. Na primeira parte buscou-se compreender essa nova espécie de negócio jurídico representado pela mercantilização de dados pessoais, analisando, principalmente, como ocorre o processo de coleta desses dados, em sua maioria em redes sociais. No segundo capítulo, buscou-se analisar a inserção dessa nova modalidade de negócio jurídico dentro da advocacia, com a mercantilização de banco de dados de clientes em escritórios jurídicos, avaliando a legalidade e a eticidade da medida com base na nova Lei Geral de Proteção de Dados e no Estatuto de Ética da OAB. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dialético. Assim, considerando que a sociedade está em constantes mudanças, optou-se por contrapor as diversas realidades que se apresentam ao direito e eleger aquela que melhor traduz os valores sociais da atualidade.

12.2 O DIREITO A PRIVACIDADE NO TRATAMENTO DE DADOS E A MERCANTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A salvaguarda da privacidade é proveniente do interesse individual e social de proteção, ao vislumbrar o abrigo não somente um indivíduo específico, mas sim, toda uma sociedade, por meio de delimitações de onde começa e onde termina o direito de cada indivíduo em relação a sua intimidade. A Carta Magna, ao abordar a intimidade e a vida privada, fez distinguindo-as como direitos distintos e acabou ainda por prever a reparação da violação destes direitos mediante o caráter reparador da indenização por danos morais ou materiais, porém delimitar o conteúdo e a extensão do direito à vida privada e à intimidade não é tarefa facilitada, na medida em que é de caráter eminentemente subjetivo, por conseguinte, varia de pessoa a pessoa.

São várias as hipóteses de restrições possíveis à privacidade. Muitas restrições serão válidas perante a Constituição, porque esta confere a outros bens igual relevância do ponto de vista dos direitos fundamentais – tais como a liberdade de expressão, o direito à informação, segurança etc –, permite ao operador que realize uma ponderação entre os bens conflitantes e admita que a privacidade cede a outro bem ou direito de maior relevância diante do caso concreto.

Sobre a privacidade, atualmente sua caracterização deve compreender o controle sobre suas informações e a exibição delas de maneira autodeterminada, como edição, tratamento, restrição, cancelamento e correção de forma livre (TEFFÉ, 2017; SOUZA, SILVA, 2019, p. 9). Isso, ocorre de forma recorrente quando do acesso a sites, aplicativos e redes sociais o indivíduo cede os seus dados em troca do acesso, do uso, da informação ou da interação virtual.

O Marco Civil da Internet - Lei n.º 12.965/2014, criado em 2014, apesar de, como o próprio nome diz, ter marcado a legislação sobre os crimes virtuais, também trata da garantia a privacidade e proteção de dados pessoais, e estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Esta legislação apesar de demarcar um ponto de regulamentação importante, ainda pouco aplicada.

Recentemente, com a Lei Geral Proteção de Dados (LGPD) que passou a vigorar em 2020, a proteção dos dados pessoais se tornou um tema popular e impôs ajustes. No seu artigo 1º, estabelece que esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Aponta ainda, a inteligência legal em seu artigo 5º que os dados podem ser divididos entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis, o primeiro seria uma “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (LGPD,2018). Já aquele, seria um dado pessoal sensível ao tratar sobre “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (LGPD,2018).

Consequente, a LGPD foi recolocada de modo sensível e mais efetivo frente a virtualização do mundo, já que há certa amplitude no posicionamento do tema. Segundo Souza e Silva (2019, p.10), a proteção efetiva dos dados sensíveis se deu pelo “encadeamento – eminentemente dialético – de valores, com diversos graus de especificidade, [e] é fundamental para que se possa aferir o merecimento de tutela do exercício dos remédios previstos pela LGPD”.

A LGPD inicia com a reiteração dos direitos da personalidade, já citados na Constituição, e que são a base de proteção dos dados privados. Segundo o Conselho Europeu (2016), para casos em que o consentimento e a divulgação é a aceitação dos termos do aplicativo e/ou site, a validação do tratamento dos dados pessoais e a aceitação do contrato de adesão, que não se faz de forma tácita, já seria um meio lícito de autorização. Todavia, apesar de ser um contrato “tudo ou nada” é garantido a finalidade da sua utilização, como escolha do próprio indivíduo (SOUZA, SILVA, 2019, p.10).

Verifica-se assim uma concatenação de princípios que amparam o direito à privacidade, afinal, seus danos refletem diretamente a dignidade da pessoa humana. O tratamento e os mecanismos de proteção são fartos para além da pecúnia que o dano pode gerar. Cita-se, a título de exemplo, a tutela inibitória e a tutela reparatória, que

preservam a personalidade e a dignidade, como também nos direitos patrimoniais, que garantem os danos efetivos do indivíduo afetado (TEFFÉ, 2017, p.187).

Seguidamente, parte para a possibilidade de revogação do consentimento em seu inciso IX do art. 18. Tal possibilidade regulamentou o que antes era pautado no âmbito da doutrina, mas sem resposta legal positivada. Dessa forma, o indivíduo reafirma seu direito de privacidade sobre os dados com a delimitação legal que o Estatuto propiciou ao regular a exposição e a revogação dos dados.

Por conseguinte, a LGPD não inovou na base de direitos protegidos, mas inovou em trazer parâmetros de regulamentação sobre o uso e o arrependimento, fundamentos que antes inexistiam na legislação. Como cita Souza e Silva (2019), há um maior poder de controle sobre as informações, mesmo que não haja, abusos, o indivíduo tem direito de acesso e manipulação dos dados que o concernem. Nessa linha, Rodotà (2008), afirma que,

o exercício concreto do “direito” de acesso (inclusive da prerrogativa de obter a correção, integração ou eliminação dos dados coletados) “pressupõe a violação de outro princípio, por exemplo, o da correção, da exatidão ou da finalidade: o princípio do acesso coloca-se, portanto, em um plano diferente e surge como um instrumento para a atuação direta de um interesse individual e para garantir a efetividade de um (outro) princípio geral [no caso a finalidade] (RODOTÀ, 2008, p. 60).

Ou seja, a finalidade do uso dos dados pessoais é controlada pelo seu detentor, mesmo que esses sejam para finalidade comercial. A eventual dispensa do consentimento poderá ocorrer para as restrições importadas na lei. Segundo o texto legal, o consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 da LGPD.

Levando em consideração a preocupação e o cuidado do legislador em preservar a privacidade do indivíduo, estabelecendo o correto modo de tratamento dos dados pessoais do seu titular, o surgimento de um *mercado de banco de dados* vem gerando preocupação aos profissionais do direito, tendo em vista que, durante esse processo, a

coleta e a utilização dos dados pessoais, nem sempre ocorrem do modo prescrito pela LGPD. Nesse contexto, mercado de banco de dados consiste em empresas que realizam a monetização de informações, disponibilizadas na internet, relativas a pessoais naturais principalmente em redes sociais, com a finalidade de fomentar seus modelos de negócio. Um exemplo rotineiro da utilidade do mercado de banco de dados é a publicidade direcionada (CARVALHO; GUIMARÃES; OLIVEIRA, 2018).

A publicidade direcionada se traduz no envio de propagandas e anúncios *online* para determinado cliente, baseados no perfil representado pelo seu comportamento enquanto consumidor. A sociedade da informação trouxe a necessidade de manter-se conectados constantemente, seja por meio de portais de notícias, redes sociais ou lojas virtuais. Todos esses hábitos online ficam registrados por meio de rastros deixados em cada um desses sítios, seja por meio de filtros de preferências, seja por meio de inserção de dados em cadastros de contas

digitais. A publicidade direcionada utiliza-se desses dados para centralizar campanhas de *marketing* voltados para o perfil representado pelo público-alvo almejado pelo fornecedor (CARVALHO; GUIMARÃES; OLIVEIRA, 2018). O conjunto de informações do consumidor obtidas por meio do monitoramento desse *rastro* digital, e capaz de traçar o seu perfil consumerista, é denominado *big data* (CARNEIRO, 2018).

De acordo com Silveira *et al*, atualmente, os dados pessoais tomaram o caráter de bem econômico. A expansão do mercado de dados pessoais é uma consequência direta da sociedade de informação, e serve para suprir a demanda da base de conhecimento de empresas, instituições públicas e usuários finais. Para as grandes corporações, que utilizam-se desse mercado, ele é importante para melhorar a qualidade dos produtos, personalizar a experiência dos clientes e para analisar as inclinações de importantes setores sociais, como transporte, saúde e segurança (SILVEIRA; AVELINO; SOUZA, 2016).

Segundo a ótica liberal de mercado, o mercado de dados pessoais traz benefícios tanto às empresas, que teriam o seu *marketing* mais eficiente e otimizado, quanto aos consumidores, que teriam mais acesso a oportunidades econômicas individualizadas, de acordo com o seu interesse. Além do mais, ele corrigiria uma grande perda financeira representado pela digitalização de produtos e serviços e a conseqüente obsolescência

dos meios tradicionais. O

problema dessa visão *romantizada* do mercado de dados é que ela ignora os impactos sociais que essa prática pode causar (SILVEIRA; AVELINO; SOUZA, 2016).

Primeiramente, é importante reafirmar que nem todo o processo de obtenção de informações é transparente e consentido pelo titular do direito à privacidade – o que seria vedado pelo Marco Civil da Internet. Além do mais, a finalidade de uso dessas informações, por vezes, ultrapassa o limite da legalidade, e são utilizadas para constranger o seu detentor. Nos chamados “ataques cibernéticos”, utilizam-se de falhas no sistema de proteção de dados para chantagear políticos, pessoas públicas a fim de obter vantagens (SANTOS; PEREIRA, 2023).

A fim de conter esse tipo de política, foram tipificadas várias novas condutas dentro do direito penal. Dentre as previsões legais, destaca-se os seguintes acréscimos ao Código Penal: *Estelionato qualificado por fraude eletrônica* (art. 171 § 2º-A. do Código Penal); a invasão de dispositivo eletrônico para adulterar ou destruir informações, ou para obter vantagem ilícita (Art. 154-A do Código Penal) e, por fim, o crime de interrupção do processo eleitoral, introduzido pela lei nº 14.197, de 2021 (art. 359-N ao Código Penal). Esse último artigo merece destaque, pois dispõe sobre a preocupação do legislador brasileiro de que a evolução tecnológica possa interferir *até mesmo* no processo democrático do país, e dispõe ser crime o ato de *impedir* ou *perturbar* as eleições por meio de transgressão de mecanismos de segurança eletrônico estabelecido pela Justiça Eleitoral.

No caso da internet, embora muito dados possam ser obtidos por meio de rastreamento não consentido do comportamento dos clientes, muitos dados são fornecidos pelos próprios consumidores, como forma de *moeda de troca* para o uso de ferramentas disponibilizadas pelo fornecedor, sem que haja o pagamento de taxas de consumo. Redes sociais, aparentemente de caráter gratuito, como *facebook* e *instagram*, são financiadas pela utilização dos dados fornecidos por seus usuários como objeto para seus negócios (CARVALHO; GUIMARÃES; OLIVEIRA, 2018).

Assim, a obtenção dos dados pelo fornecedor pode se dar tanto pelas informações inseridas no momento no cadastro na plataforma, como também pela utilização de demais recursos possibilitados pela rede social, como localização

geoespacial, mensagens entre usuários, fotos, entre outros. Em geral, os responsáveis pelo arquivamento desses dados, alegam que os sistemas são protegidos de forma que toda informação coletada circule apenas dentro da própria plataforma, porém, de fato, muitos dados são obtidos sem ser oportunizado ao consumidor anuir com essa coleta ou controlar a sua destinação (CARVALHO; GUIMARÃES; OLIVEIRA, 2018).

No caso de dados obtidos por meio de redes sociais, por exemplo, o modo de tratamento dos dados dos consumidores é especificado e acordado por meio de cláusulas estabelecidas em um termo de uso, em que todos os usuários que realizam o cadastro devem aceitar antes de poderem utilizar a plataforma. Estudos demonstram que, em geral, o conteúdo desses termos, apresentam um padrão, ostentando similitudes em, pelo menos, vinte cláusulas. Porém, apesar de o consumidor ser informado sobre a obtenção de seus dados por meio dos Termos de Uso, verifica-se uma grande quantidade de cláusulas inaplicáveis ao direito brasileiro.

A título de exemplo verifica-se a previsão de termo de eleição de foro internacional, apontando códigos legais estrangeiros como referência, como o caso do LinkedIn que aponta o foro da Califórnia, Estados Unidos, para dirimir conflitos, e a legislação de Dublin, Irlanda, para regular a relação jurídica entre a plataforma e os consumidores (CARNEIRO, 2018). Entretanto, essa previsão, entretanto, é contrária a previsão do artigo 8º, parágrafo único, inciso II do Marco Civil da Internet, que dispõe ser nulas de plano direito cláusulas de contratos de adesão, como é o caso dos Termos de Uso, que não tragam a alternativa da adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no país.

Nessa perspectiva, outra cláusula comum aos Termos de Uso de plataformas digitais é a possibilidade de controle de conteúdo pela plataforma. O problema é que as hipóteses em que esse controle pode ser exercido são nebulosas, e de ampla interpretação, de modo a sujeitar o usuário a uma espécie de arbitrariedade por parte da plataforma. Esse fato intensifica ainda mais a possibilidade de controle dos temas que poderão ser veiculados por parte dessas mídias, que detém o poder de determinar que fatos poderão ser objeto de discussão pública, e o que ser removido por considerar que violam os termos de uso do sítio eletrônico (CARNEIRO, 2018).

No caso do *Facebook*, os Termos de Uso também elegem uma série de permissões

concedidas automaticamente pelo usuário ao aceitar as condições de utilização da plataforma. Dentre as permissões concedidas, destaca-se: a licença para o uso, cópia, transmissão, e modificação do conteúdo veiculado no perfil do cliente, com isenção de *royalties* e a permissão para a utilização de dados pessoais, como nome, foto de perfil e as interações do usuário com as publicidades dentro da plataforma junto aos anúncios patrocinados (FERREIRA; PINHEIRO, 2021).

Em geral, no caso dos Termos de Uso, os usuários confirmam a leitura e a compreensão do termo, marcando uma caixa de confirmação, porém estudos demonstram que a maioria dos usuários não leem os termos antes de concordar. No caso do *Facebook*, sequer há a necessidade de confirmação expressa, o simples cadastramento na plataforma pressupõe a leitura e compreensão do usuário das cláusulas constantes no termo. De acordo com o artigo 9º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), os sites online devem ser transparentes quanto a finalidade específica da utilização dos dados pessoais do usuário, além de possibilitar o acesso fácil, claro e adequado a essa informação (FERREIRA; PINHEIRO, 2021).

12.3 A LEGALIDADE E ETICIDADE DA MERCANTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS DENTRO DA ADVOCACIA

Segundo Bauman (2001), a pós-modernidade possibilitou a liquidez dos laços ao romper e refazer conexões com agilidade. A rapidez das interações, a intensidade de informações se impõe em uma velocidade crescente, nas palavras do autor: “O tempo instantâneo e sem substância do mundo do *software* é também um tempo sem consequências” (BAUMAN, 2001, p.138). De tal forma, o enfraquecimento dos laços sociais, possibilitado pela internet, e fluidez das novas demandas alterou também os modos de se relacionar, especialmente no mercado de trabalho.

Assim, até as mais tradicionais profissões se rendem ao virtual, ao mercado de dados e ao *marketing* digital como forma de atingir um maior público de pessoas e alavancar seu trabalho. São médicos fazendo “*tele-aula*”, e mostrando cirurgias para seu público, arquitetos explicando sobre o *design*, dentistas expondo tratamentos e “*trends*” de antes e depois, advogados respondendo caixinhas de perguntas nas redes sociais.

Tudo isso, demonstra que a clássica figura do trabalhador mudou. No mundo jurídico, a figura do advogado não é mais o mesmo, há hoje uma verdadeira banalização do mercado jurídico dado o número grande de profissionais, de cursos, e a extrema concorrência. Tais fatores, contribuem para uma verdadeira *guerra* por clientela, e se sobressair no mercado demanda novos esforços.

Com a sociedade da informação, e a democratização dos meios de acesso à informação, criou-se a chamada economia da atenção. O excesso de informação ao qual o consumidor está exposto todos os dias criou uma enorme escassez de atenção, na qual há mais oferta de informação do que o consumidor é capaz de digerir. Dessa forma, a atenção se tornou um produto extremamente valioso, e objeto de disputa pelos diferentes ramos do meio corporativo. O *marketing* passou a ter o papel primordial de ser capaz de fixar a atenção e despertar o interesse do seu espectador. Assim, quando bem orientado, os serviços de *marketing* são capazes de vender uma ideia de estilo de vida, e fazer o consumidor acreditar que é o que ele precisa (ARAUJO, 2021).

Para Feferbaum e Lima (2020, p.147), os advogados que não sabem lidar com as demandas que envolvem *software*, inteligência artificial e automação de serviços, ou mesmo oferecer esses produtos diretamente, estão perdendo espaço no mercado de trabalho, pois

algumas de suas atividades, como gerenciar grandes volumes de processos, são executados por outras áreas e profissionais.

Segundo Goes Filho (2019, p.21), os softwares jurídicos são como organizadores de informações, e facilitam o cotidiano jurídico. Já a IA (Inteligência Artificial) vem sendo implantada no judiciário, inclusive nos Tribunais Superiores, como meio facilitar do julgamento de demandas repetitivas. Em Minas Gerais, no ano de 2018 “foi realizada uma sessão inédita em que, com apenas um clique no computador, foi julgado um total de 280 processos”

(FEFERBAUM, LIMA, 2020, p.149). E não só o TJMG está à frente do uso da IA, o STF utiliza o sistema Victor para decodificar, dividir e agregar recursos de temas análogos e já fixados (FEFERBAUM, LIMA, 2020, p.149).

Porém, nem todas as ferramentas digitais são de fácil adaptação à legislação da categoria ou mesmo a burocracia de um setor tradicionalista e enraizado no papel. Um

grande avanço foi a virtualização dos processos, todavia ainda hoje há dificuldade quanto aos dados expostos e a facilidade de obtenção desses.

O impacto da inserção da tecnologia na área de Direito pode ser interpretado de duas formas distintas: de um lado, o uso ostensivo das tecnologias traz questões nunca antes enfrentadas pelos profissionais de Direito, que necessitam desenvolver respostas rápidas e soluções criativas para problemas antes inexistentes; e, de outro, o uso de tecnologia para a prestação de serviços jurídicos modifica a forma como se deve capacitar os profissionais para sua atuação integral no mercado contemporâneo (FEFERBAUM, LIMA, 2020, p.149). Nesse mesmo sentido, haveria uma “necessidade de treinamento e capacitação dos advogados, a proteção de dados e privacidade, e a necessidade de equilibrar a tecnologia com a ética e as normas jurídicas” (SANTOS, CARNEIRO, 2023, p.3).

Por isso, o meio digital foi buscado como caminho de ascensão de diversas formas, tanto com a ajuda e oferecimento de proposta de serviços temporárias ou permanentes em sites como LinkedIn e DOC9, quanto no melhoramento do desempenho do serviço por softwares, ou mesmo pela busca por clientes através da demonstração de conhecimento público propiciada pelas redes sociais e pelo mercado de banco de dados. Desta forma, abriu-se o leque para a prospecção de clientes, mas até que ponto essa abertura é permitida? Para além dos anúncios e publicidade informativa, a captação de clientes pode ser feita de forma ativa?

Segundo o Regulamento n.º 205/2021 em seu artigo 2º, inciso VIII, a prospecção de clientes, poderia ser classificada como método indutivo de estímulo a contratação e poderia ser aplicada de forma direta pelo *marketing* (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2021). Conquanto, essa regra ainda é aberta e deixa brechas, seria possível utilizar meios de outros setores, como a comercialização de banco de dados e a prospecção ativa, sem ferir o direito à privacidade e o código de ética?

No caso do mercado de dados pessoais, para que o profissional da advocacia adentre nesse meio, e cogite realizar a compra ou o comércio de cartelas de clientes, por exemplo, é fundamental que ele conheça todo o processo de obtenção desses dados, pois a licitude do uso desse banco de dados vai depender, em muitos aspectos,

da forma como a informação foi obtida.

Antes de mais nada, necessário ainda diferenciar banco de dados e cadastro de consumidores. Apesar de ambos se tratarem de arquivamento de informações sobre o cliente, com a finalidade de serem utilizados em operações de consumo, nos bancos de dados as informações ali presentes são de organização permanente, ou seja, ficam à disposição para utilização futura, são colhidas de forma aleatória e sem considerar uma finalidade específica, é direcionada a terceiros – e não ao próprio arquivista e, principalmente, não há autorização ou sequer conhecimento do consumidor acerca do registro, que é colhido sem que ele tenha dado seu consentimento (CALEGARIO, 2016).

Por outro lado, o cadastro de consumidores possui uma finalidade direta e específica do responsável pela coleta das informações (arquivista). Dessa forma, ao contrário do banco de dados, caso o cliente permaneça um determinado tempo sem utilizar-se dos serviços a qual se propõe, a tendência é seu perfil sejam retirados dos cadastros. Além do mais, no cadastro, o arquivista e o fornecedor se confundem na mesma pessoa, ou seja, ao contrário dos bancos de dados em que os dados se destinam a terceiros, no cadastro de consumidores, as informações obtidas são utilizadas pelo próprio responsável pela coleta dos dados. Por fim, as informações obtidas por meio dos cadastros de consumidores são, por vezes, disponibilizadas pelo próprio consumidor, que intenta celebrar determinada relação jurídica com o fornecedor, ou obtida por meio de pesquisas realizados pelo próprio fornecedor, com o intuito de identificar e analisar o perfil de seus clientes (CALEGARIO, 2016).

Essa distinção é importante, pois, quando se fala sobre direito à privacidade, é essencial o consentimento do cliente na coleta, arquivamento e destinação das informações ao seu respeito. Nesse contexto, o artigo 7º inciso VIII do mesmo diploma legal, traz em *numerus clausus*, os casos em que é possível a utilização dos dados coletados dos consumidores, dispondo que:

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

Considerando a distinção elaborada a cima, essa previsão, por si só, já veda o uso de qualquer informação obtida por meio de *banco de dados*, tendo em vista que o seu modo de obtenção é feito sem o consentimento expresso do consumidor sobre a sua obtenção ou sobre a finalidade da sua utilização. Assim, para que o dado possa ser coletado e utilizado é imprescindível que esteja previsto, de forma clara e específica, no contrato de prestação de serviço ou nos termos de uso. O art. 7º e 8º da Lei Geral de Proteção de Dados também traz a necessidade de consentimento por *escrito* do titular para tratamento de dados pessoais, ou por outro meio idôneo que torne *inequívoca* a sua manifestação de vontade. O § 5º do mesmo dispositivo ainda prevê que, caso o arquivador pretenda compartilhar a informação obtida com terceiros, necessitará, ainda, obter o consentimento *específico* do titular para esse fim.

Assim, no momento de obtenção dos dados pessoais de um cliente, é essencial que o profissional do direito elabore um Termo de Uso que deixe claro todas as informações aos quais o profissional terá acesso e qual a finalidade específica de todos os dados coletados. Caso algum dado vá ser transferido a terceiros, por exemplo, por meio da venda de cartela de clientes, é essencial que, antes, o cliente seja comunicado sobre essa possibilidade, e seja notificado – posteriormente – sobre a pessoa que teve acesso a esses dados e o uso que tal pessoa fará dos dados transferidos.

Além do mais, e tendo em vista a vulnerabilidade do cliente em face ao profissional jurídico, é necessário que os Termos de Uso também sigam as disposições do diploma consumerista, que prevê que devem ser escritos em linguagem clara, cuja fonte não seja inferior a doze, com caracteres legíveis e ostensivos, e devendo as cláusulas que limitem direito do consumidor ser escrita em destaque, possibilitando sua rápida identificação. Somado a isso, é necessário ainda que os Termos de Uso cumpram todos as exigências atinentes a cláusulas abusivas, de modo a ser vedado o estabelecimento de obrigações iníquas, que o coloquem em desvantagem exagerada, e incompatíveis com a boa-fé ou a equidade e estabeleça a obrigatoriedade da utilização

de arbitragem na resolução dos conflitos.

Nesse último sentido, não basta a elaboração dos Termos de Uso, é necessário que esse termo seja elaborado em linguagem simples, clara, e compreensível ao cliente-destinatário. Além do mais, ainda é preciso que o cliente seja influenciado a ler e compreender o termo, seja pela indicação precisa e adequada das cláusulas, seja pela elaboração de um *design* didático que possibilite a compreensão dos termos por um usuário médio, isso é, sem conhecimentos específicos de conteúdo legal. Quando se tratar de qualquer cláusula que possibilite a intervenção direta do fornecedor em um direito individual do cliente é necessário que essa cláusula encontre destaque dentro dos Termos de Uso, principalmente quando se tratar da possibilidade de tratamento e comercialização de dados do consumidor. Além do mais, é necessário que a finalidade da coleta dos dados do consumidor seja indicada, preferencialmente no momento em que a informação é colhida, a finalidade específica da sua utilização pelo profissional jurídico.

Apenas a título de exemplo, uma alternativa viável nesses casos, são as opções oferecidas pela nova tendência do *legal design*. O *legal design* surgiu da necessidade de alguns profissionais do direito de fazerem a linguagem jurídica mais acessível e clara ao público ao qual se destina, para isso utiliza-se de ferramentas e *design* que facilitam a experiência do usuário, seja tornando o conteúdo mais didático, seja facilitando a sua leitura e compreensão. Longe de esgotar a temática, o *legal design* aplicado no mercado digital, considera o uso de recursos estéticos e a adaptação do conteúdo baseado no comportamento do indivíduo, para criar uma atmosfera mais possibilitar uma compreensão leiga do que está sendo apresentado ao usuário (NYBO, 2023).

Nessa perspectiva, para que o advogado utilize do mercado de banco de dados na advocacia, é imprescindível que lhe seja imposto mais do que a mera obtenção de ciência ficta dos Termos de Uso pelo cliente, mas sim que seja dado conhecimento ao consumidor, em tempo real, dos dados que estão sendo coletados e de todas as formas de sua utilização. Somado a isso, é imprescindível que o cliente também seja notificado sobre todos os acessos de terceiros a esses dados, ainda que dentro do escritório, e a finalidade do acesso desse terceiro a essas informações.

Ademais, é notório para a classe jurídica, os dados dos clientes sempre foram

tratados de forma especial pela legislação da classe, inclusive o advogado está sujeito ao sigilo profissional e a respectiva confidencialidade dos dados pessoais de seus clientes, conforme se depreende dos artigos 25 do Estatuto da OAB, *in verbis*,

Art. 25 O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa (ESTATUTO DA OAB, 1994)

Dessa forma, ainda é necessário profissional da advocacia também se atenha às vedações impostas pela própria teleologia do exercício profissional. Assim, não podem ser comercializados dados de clientes que possam afetar o próprio andamento da causa, ou que sujeite o cliente a qualquer tipo de constrangimento. Assim, a mercantilização de dados, desde que autorizada, só pode ocorrer em relação a dados genéricos, como nome e meios de contato, não podendo adentrar em assuntos específicos sobre a matéria das causas às quais o advogado atuou, ou conteúdo que possa ofender a honra ou a imagem do cliente.

Já no que tange ao *marketing digital* na advocacia, sabe-se que tal questão envolve polêmicas em todo o setor. O Código de Ética permite aos advogados a divulgação seus serviços, ou seja, publicidade, mas apenas como forma de transmitir o conhecimento e não de prospectar clientes. É certo que, ao divulgar conhecimento, também é divulgado o serviço, todavia não de forma explícita. Essa publicidade, conforme artigo 39 do Código, deve ser discreta e sóbria, meramente informativas com o fim de evitar comercializar a profissão (GOES FILHO, 2019, p.17).

Para Goes Filho (2019, p.20) “o Código não veda a publicidade, mas apenas a propaganda”, tal entendimento é claro ao se analisar outras decisões dentro deste cenário. Segundo o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB do Estado de Goiás, a divulgação de perfil comercial através dos chamados *links* patrocinados seria desleal com a classe ao atirar propaganda de serviços a um público indiscriminado como forma de

prospecção (GOES FILHO, 2019, p.19). Para a Seccional de São Paulo essa mesma conduta não poderia ser assim interpretada.

Foi com base na discrepância de entendimentos que Regulamento n.º 205/2021 veio disciplinar os limites digital na advocacia. O artigo 4.º desse Regulamento não permite a utilização excessiva de recursos financeiros em ferramentas virtuais como *Google Ads* e outros, podendo de forma controlada e orgânica utilizar das redes sociais como marketing ativo ou passivo (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2021). Nesse mesmo artigo no § 5º, o Conselho de Ética, aponta o entendimento sobre o tráfego pago e os *links* patrocinados e veda a publicidade que usa de meios ou ferramentas que influam de forma fraudulenta no seu impulsionamento ou alcance (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2021).

O referido regulamento, desenhou alguns limites básicos sobre a divulgação e a prospecção de clientes ao conceituar alguns pontos que antes eram obscuros. Para o Regulamento n.º 205/2021, no artigo 2º, o *Marketing* jurídico consiste na utilização de estratégias planejadas para alcançar objetivos do exercício da advocacia por meio da Publicidade profissional; já o *Marketing* de conteúdos jurídicos poderia ser conceituado como estratégia de *marketing* que se utiliza da criação e da divulgação de conteúdos jurídicos, disponibilizados por meio de ferramentas de comunicação, voltada para informar o público e para a consolidação profissional do advogado ou escritório de advocacia (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2021).

Ainda segundo o artigo 2º do Regulamento n.º 205/2021, a publicidade de conteúdos jurídicos que pode ser por publicidade ativa, divulgação capaz de atingir número indeterminado de pessoas, mesmo que elas não tenham buscado informações acerca do anunciante ou dos temas anunciados; ou por publicidade passiva, divulgação capaz de atingir somente público certo que tenha buscado informações acerca do anunciante ou dos temas anunciados, bem como por aqueles que concordem previamente com o recebimento do anúncio (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2021).

12.4 CONCLUSÃO

Com a evolução da sociedade e a liquidez das relações humanas, e o advento da internet, a forma como o ser humano passou a se relacionar mudou drasticamente em todos os campos. Nas relações de trabalho, o *marketing digital* e os aplicativos e redes sociais foram os principais personagens dessa mudança. No campo jurídico, os problemas sociais se alteraram, com isso a aplicação das leis, a dinâmica do cotidiano e o próprio mercado.

Em relação ao direito à privacidade, é considerado um bem inviolável e um direito da personalidade, necessitando de autorização expressa do seu titular para sua utilização. Desse modo, a autonomia privada do sujeito, junto a relativa disponibilidade do interesse em causa, é fundamental para que o indivíduo possa se utilizar desse direito como forma de desenvolvimento da sua personalidade.

Acresce-se a esse pensamento a recente positivação da LGPD que reafirma o caráter inabsoluto dos direitos e possibilita o arrependimento de divulgação de dados sensíveis, não necessitando para isso de efetivo dano, mas tão somente a vontade do titular do direito. Dessa forma, a LGPD colocou o titular do direito no controle de todas as informações a seu respeito, o colocando como principal exigência no tratamento de dados o *consentimento* do titular sua a sua disponibilização e sobre a destinação da informação.

E evolução tecnológica, em especial trazidas pela internet, faz com que o direito tenha que se atualizar e inovar a todo instante. Com a sociedade da informação, atenção tornou-se escassa, e conseqüentemente os diferentes meios de obtenção de atenção passaram a ser estudados pelos profissionais de *marketing*. Assim surgiu o mercado de dados pessoais, como forma de personalizar a experiência do cliente, e fomentar o comércio com oferta de produtos que o fornecedor sabe que é do interesse do consumidor.

Entretanto, esse processo um tanto quanto *invasivo* de coleta de informações para comercialização, muitas vezes sem a ciência do consumidor sobre a finalidade utilização desses dados, fez com o direito sentisse a necessidade de intensificar a transparência nos negócios jurídicos realizados por meio *online*. A exigência de um termo de uso para o acesso a plataformas digitais, por exemplo, serve para informar e obter o consentimento do titular do direito sobre o tratamento de seus dados. Embora,

muitas vezes, não sejam elaboradas de forma acessível ao seu destinatário.

No que tange ao universo da advocacia, a mercantilização de dados pessoais dos clientes, por exemplo, por meio de compra e venda de carteira de clientes pode ocorrer desde que o profissional se atende ao modo de obtenção dos dados aos quais estará lidando. Dessa forma, assim como no mercado de banco de dados em geral, também é essencial que o profissional elabore um Termos de Autorização, informando o cliente sobre todos os dados que serão arquivados pelo profissional, e todas as finalidades específicas de uso.

Caso o advogado tenha que transferir os dados a terceiros, é necessário que essa transferência esteja prevista no Termo de Autorização, e que o cliente seja informado posteriormente sobre o nome e a finalidade do terceiro na obtenção dos dados. Para além disso, é necessário que os aspectos éticos do exercício da profissão também sejam cumpridos, de forma que não seja transferido dados que possa afetar a honra ou a imagem do cliente.

Por fim, no que tange as inovações a título de *marketing digital*, verifica-se que o seu uso pela advocacia deve ser visto com cautela. Apesar de ainda não haver legislações específicas sobre a matéria, vários tribunais têm entendido que, pelo fato de haver restrição no Estatuto de Ética sobre a publicidade de serviços advocatícios, a utilização de recursos como *Google Ads*, publicidade direcionada e utilização de tráfego pago. Para o Conselho Federal da OAB, o marketing jurídico deve ocorrer de maneira sutil, de modo a não atingir um grupo de pessoas indiscriminada, mas apenas por meio de utilização de estratégias leais de divulgação controlada.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vinícius Pinto. **A Exploração de Dados como Instrumento de Soft Power à Luz das Novas Leis de Proteção de Dados: Um estudo do caso Facebook e Cambridge Analytica**. 2021. 39 f. TCC (Graduação) - Curso de Curso de Relações Internacionais, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 21 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de defesa do consumidor**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 29 agosto 2023.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário

Oficial da União, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 23 de agosto de 2023.

CALEGARIO, Fernando Zanelato. **Tutela De Dados E A (I)Legalidade Da Venda De Dados Pessoais Por Parte Do Serviço De Proteção Ao Crédito (SPC)**. 2016. 63 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense - Unesc, Criciúma, 2016.

CARVALHO, Victor Miguel Barros de; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de. MONETIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET: COMPETÊNCIA REGULATÓRIA A PARTIR DO DECRETO Nº 8.771/2016. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 377-416, 2018.

CARNEIRO, Ramon Mariano. **LI E ACEITO: Violações a Direitos Fundamentais nos Termos de Uso do Facebook**. 2018. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, v. 01, 21ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento Nº. 205/2021**. Brasília, DF. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/provimento2052021.pdf>>. Acesso em 06 de setembro de 2023.

CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB, **Vade Mecum**, Editora Rideel, 10ª edição, 2010, São Paulo.

FEFERBAUM, Marina; LIMA, Stephane H. B. Formação Jurídica E Novas Tecnologias: Relato De Uma Aprendizagem Experiencial Em Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Centro Universitário Christus, vol. 18, núm. 28, 2020, pp. 145-162 .

FERREIRA, Daniela Assis Alves; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. Análise Da Adequação Dos Termos De Uso Do Facebook À Lgpd. In: Encontro Nacional De Pesquisa Em Ciência Da Informação (ENANCIB), Não use números Romanos ou letras, use somente números Arábicos., 2021, Rio de Janeiro. **Análise Da Adequação Dos Termos De Uso Do Facebook À Lgpd.** Rio de Janeiro: Enancib, 2021. p. 1-16.

GOES FILHO, Paulo Sérgio. **A Tecnologia A Serviço Da Advocacia.** Centro Universitário Fametro (Unifametro) Curso De Direito. Fortaleza 2019.

MADRIGAL, Alexis C. What Facebook did to American democracy. **The Atlantic**, v. 12, 2017.

NYBO, Erik Fontenele. A aplicação de recursos de design na elaboração de documentos jurídicos. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales (org.). **Legal Design: teoria e prática.** 2. ed. Indaiatuba-Sp: Editora Foco, 2023. p. 23-50.

TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB/GO. Resolução Nº 06/2022-TED em Goiânia, aos 22 dias do mês de Julho de 2022. Disponível em: <
<https://www.oabgo.org.br/arquivos/downloads/resolucao-n-06-191312717.pdf>>.
Acesso em 10 de setembro de 2023.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Chalean Florencio dos; PEREIRA, Gabriella Cristina Silva. **A Violação Nos Direitos Da Personalidade A Partir Da Venda De Dados No Mercado.** 2023. 35 f. TCC (Graduação) - Curso de Curso de Direito, Universidade Potiguar, Natal, 2023.

SILVEIRA, Sergio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado

de dados pessoais | Privacy and the market of personal data. **Liinc em Revista**, [S.L.], v. 12, n. 2, p. 217-230, 30 nov. 2016. LIINC em Revista. Disponível; <http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v12i2.902>.

STF. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Disponível em: Acesso em 10 de setembro de 2023.

SOUZA, Eduardo Nunes de. SILVA, Rodrigo da Guia. **Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios**. Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. **Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan./ mar. 2017.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. análise a partir do marco civil da internet. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [S.L.], v. 22, n. 1, p. 108-146, 14 jun. 2017. Fundacao Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2017.6272>.

Título: Direito em Transformação e o Papel da Advocacia

Organizadores: Lucas Gonçalves da Silva & Reginaldo Felix Nascimento

Editoração: ESA/OAB-SE

Formato: Ebook

Número de Páginas: 250

1ª Edição: Outubro de 2023