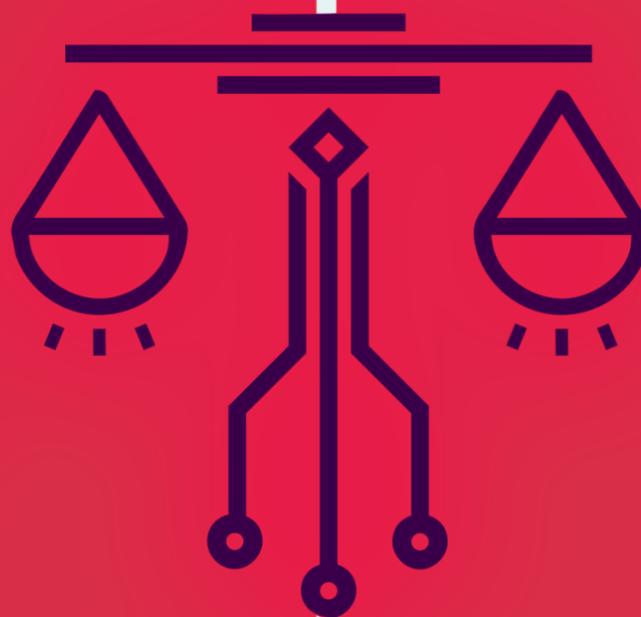


EDIÇÃO

04

REVISTA DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

UNIDEP | Afya



V. 2, N. 02 - JULHO/DEZEMBRO 2023

REVISTA DE DIREITO CONTEMPORÂNEO UNIDEP

Editor

Prof. Me. Murilo Henrique Garbin, Centro Universitário de Pato Branco, Pato Branco
– PR, Brasil.

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Alejandro González-Varas Ibáñez, Universidade de Zagarzoa, Espanha.
Prof^a. Ma. Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, Fundação Universidade de Itaúna, Brasil.
Prof^a. Dr^a. Joana de Moraes Souza Machado, Centro Universitário Uninovafapi, Brasil.
Prof. Me. Lucas Bossoni Saikali, Universidade Federal do Paraná, Brasil.
Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.
Prof^a. Dr^a. María Ángeles Guervós Maíllo, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof^a. Dr^a. María Micaela Alarcón Gambarte, Universidad Mayor de San Andres, Bolívia.
Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães, Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Prof. Dr. Sílvio de Sá Batista, Faculdade Santo Agostinho, Brasil.
Prof. Dr. Thiago Penido Martins, Universidade do Estado de Minas Gerais e Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, Brasil.
Prof^a. Ma. Vega Cortés Pérez, Universidad de Salamanca, Espanha.

Corpo de Pareceristas que atuaram nesta edição

- Prof. Me. Alexander Vêras Vieira, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof^a. Ma. Angelica Socca Cesar Recuero, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof^a. Ma. Camila Rocha, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof^a. Dra. Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, Fundação Universidade de Itaúna, Brasil.
Prof. Me. Eduardo Ernesto Obrzut Neto, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof^a. Dr^a. Eucleia Gonçalves Santos, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof. Me. Guilherme Martelli Moreira, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Centro
Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof. Me. Isaac Maynard Carvalho Moyses Souza, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
Prof^a. Ma. Isabela Maria Stoco, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil.

Prof. Me. Ivonaldo da Silva Mesquita, Faculdade De Ciências Aplicadas Do Piauí, Brasil.
Prof. Me. Jorge Heleno Costa, Universidade de Buenos Aires, Argentina, e Centro Universitário
Presidente Tancredo de Almeida Neves, Brasil.
Profª. Ma. Paola Pagote Dall’Omo, Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Brasil.
Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães, Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Thiago Penido Martins, Universidade do Estado de Minas Gerais e Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, Brasil.

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.

Capa e projeto gráfico: Agência de Comunicação UNIDEP



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-
NãoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

ISSN-e: 2764-7587

R454 Revista de direito contemporâneo UNIDEP. – RDC-U -- v. 2, n. 2
(jul. / dez. 2023) -- Pato Branco: UNIDEP, 2023.

Semestral: Publicação eletrônica.
ISSN: 2764 -7587

1. Direito. 2. Direito – Inovações tecnológicas. 3. Direito –
Atualidades jurídicas. 4. Direito contemporâneo. I. Título.

CDD – 340

Ficha Catalográfica elaborada por: Maria Juçara Vieira da Silveira CRB – 9/1359

Centro Universitário de Pato Branco – UNIDEP.

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
O IMPACTO DAS REDES SOCIAIS NO PROCESSO DE DIVÓRCIO E GUARDA FAMILIAR	10
(Elisama Lopes Silva, Suzane Lopes e Oliveira e Joana de Moraes Souza Machado)	
A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: a teoria finalista mitigada em contratos bancários para capital de giro	23
(Auricélia do Nascimento Melo e Rafaela Kelly Silva Sousa)	
A BUSCA PELO ACORDO JUDICIAL: analisando os índices do relatório Justiça em Números 2016-2023	42
(Camila Silveira Stangherlin)	
A CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS	58
(Diego Turbino Dutra)	
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GARANTIA DE DIREITOS INDÍGENAS DURANTE OS ESTUDOS PRÉVIOS E CONSTRUÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE TABAJARA EM MACHADINHO D'OESTE - RONDÔNIA	89
(Isabel Cristina Silva Cristo e Rafael Ademir Oliveira de Andrade)	
REFLEXÕES SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO E NECESSIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS E A EFICÁCIA DE SUAS NORMAS REGULAMENTADORAS NO COMBATE À DESIGUALDADE RACIAL	106
(Gabriel Maranoski Neto)	
A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO: uma análise acerca da (in) aplicabilidade da exceção de Romeu e Julieta nos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil (2018-2022)	127
(Maria Eduarda Pagnoncelli e Julia Dambrós Marçal)	
FALSAS MEMÓRIAS, RACISMO ESTRUTURAL E A UTILIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO PROCESSO PENAL.....	153
(Wellynton Pizato e Vithoria Simões Manfron Barros Pires)	

EDITORIAL

A quarta edição da Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP (RDC-U) singra pelo conhecimento com a mesma harmonia e ritmo das edições anteriores, características que se tornaram sua marca indelével, como se tatuagem fosse. Tais desejados atributos só se tornam possíveis graças ao incansável trabalho de seu Editor e do seu Conselho Editorial.

O número 2 do 2º volume da RDC-U conta com artigos somente em português, sendo um deles com autor afiliado a universidade estrangeira. Ainda, 62,5% deles são exógenos ao Estado do Paraná e 50% deles possuem ao menos um coautor com título de Doutorado.

Os autores dos artigos deste número são vinculados a 10 (dez) universidades diferentes, de 2 países distintos (Portugal e Brasil), com representação de 5 unidades da federação de 3 regiões do país: Sul (Rio Grande do Sul e Paraná), Nordeste (Piauí e Paraíba) e Norte (Rondônia), que demonstra a vocação plural da Revista.

O primeiro artigo, de autoria de Elisama Lopes Silva, Suzane Lopes e Oliveira e Joana de Moraes Souza Machado, investiga como o Direito das Famílias se relaciona com as tecnologias e como elas influenciam as relações familiares, em especial o impacto das redes sociais no processo de divórcio e de guarda familiar.

Auricélia do Nascimento Melo e Rafaela Kelly Silva Sousa nos brindam com um trabalho sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários de empréstimos para capital de giro adquiridos por pessoas jurídicas. A partir de uma pesquisa pautada em artigos científicos e casos concretos, busca-se analisar a vulnerabilidade da pessoa jurídica num contexto científico, jurídico, socioeconômico e informacional.

Camila Silveira Stangherlin, no terceiro trabalho da RDC-U, analisa como a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, implementada pela Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) seria um progresso em prol da concretização do direito de acesso à justiça, sobretudo ao promover a disseminação de métodos consensuais para resolver conflitos. A partir deste documento, a autora se questiona qual seria a leitura possível ser feita acerca do panorama da autocomposição judicial no país.

O quarto artigo selecionado para a composição da obra, de Diego Turbino Dutra, examina não apenas a Convenção Internacional para a proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, como também os direitos nela inseridos. Destaca-se, ainda, a investigação de julgados

selecionados da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Direitos Migratórios dos Trabalhadores para aprofundar o tema.

Ao analisar os processos de estudo e de construção da Usina Hidrelétrica de Tabajara e a atuação do Ministério Público na fiscalização dos direitos das populações indígenas residentes em regiões próximas à obra, Isabel Cristina Silva Cristo e Rafael Ademir Oliveira de Andrade se deparam com a tensão entre os prejuízos causados às populações tradicionais decorrentes da obra, os direitos fundamentais e a atuação do Ministério Público Federal.

Os últimos três artigos selecionados são oriundos de trabalhos e estudos de alunos egressos do curso de Direito do UNIDEP, a revelar a efervescente e atividade científica dentre os discentes da faculdade.

Gabriel Maranoski Neto, sexto autor, analisa as cotas raciais em concursos públicos, a sua fundamentação e a sua eficácia para a redução de desigualdades raciais. Conclui que o Estado deve atuar de maneira mais atuante nesta pauta social e que a referida política pública mitiga os efeitos do racismo estrutural da sociedade brasileira.

Julia Dambrós Marçal e Maria Eduarda Pagnoncelli assinam o sétimo artigo desta edição. Abordam as autoras o crime de estupro de vulnerável, juntamente com as potenciais reduções dos efeitos penais em situações em que existe uma pequena diferença de idade entre os envolvidos na prática sexual. Destaca-se, nesse estudo, a busca de jurisprudências dos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil entre 2018 e 2022 para melhor compreensão das decisões e dos argumentos neles suscitados

Wellynton Pizato e Vithoria Simões Manfron Barros Pires analisam de forma primorosa o tema das falsas memórias e a sua correlação com o racismo estrutural e a identificação de pessoas em reconhecimentos fotográficos durante o inquérito policial.

Em nome da RDC-U, agradeço a todas e todos pareceristas *ad hoc* da Revista, com o propósito de manter em alto nível a avaliação e seleção dos originais que são submetidos à revista. Agradeço o editor Prof. Me. Murilo Henrique Garbin pelo convite para escrever este Editorial, assim como todo o trabalho de revisão e diagramação que realiza.

Desejamos ao nosso público-leitor uma excelente leitura.

Guilherme Martelli Moreira

Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Professor de Direito no Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP)

EDITORIAL

The fourth edition of the Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP (RDC-U) sails through knowledge with the same quality as its previous editions, a feature that have become its indelible mark, akin to a tattoo. These desired attributes are only made possible through the tireless work of its Editor and Editorial Board.

Number 2 of the 2nd volume of RDC-U features articles exclusively in Portuguese, one of which authored by an affiliate of a foreign university. Furthermore, 62.5% of them originate outside the state of Paraná, and 50% of them have at least one co-author with a Ph.D. title.

The authors of the articles in this issue are affiliated with 10 different universities from 2 different countries (Portugal and Brazil), representing 5 federal units from 3 regions of the country: South (Rio Grande do Sul and Paraná), Northeast (Piauí and Paraíba), and North (Rondônia), demonstrating the plural vocation of the Journal.

The first article, authored by Elisama Lopes Silva, Suzane Lopes e Oliveira, and Joana de Moraes Souza Machado, investigates how Family Law relates to technologies and how they influence family relationships, particularly the impact of social media on divorce and family custody processes.

Auricélia do Nascimento Melo and Rafaela Kelly Silva Sousa present a study on the applicability of the Consumer Defense Code to loan agreements for working capital acquired by legal entities. They aim to analyze the vulnerability of legal entities in a scientific, legal, socio-economic, and informational context based on scientific articles and specific cases.

Camila Silveira Stangherlin, in the third paper of RDC-U, examines how the National Judiciary Policy for Adequate Treatment of Conflicts of Interest, implemented by Resolution No. 125, of November 29, 2010, by the National Council of Justice (CNJ), could be a step towards the realization of access to justice, especially by promoting the dissemination of consensual methods for conflict resolution. From this document, the author questions what possible interpretation can be made regarding the panorama of judicial self-composition in the country.

The fourth article selected for this issue, authored by Diego Turbino Dutra, examines not only the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families but also the rights included therein. It highlights an investigation of selected judgments from the Inter-American Court of Human Rights on Migrant Workers' Rights to delve deeper into the topic.

In analyzing the study processes and constraints of the Tabajara Hydroelectric Power Plant and the Public Prosecutor's Office's role in overseeing the rights of indigenous populations residing near the project, Isabel Cristina Silva Cristo and Rafael Ademir Oliveira de Andrade encounter the tension between the damages caused to traditional populations resulting from the project, fundamental rights, and the actions of the Federal Public Prosecutor's Office.

The last three selected articles originate from works and studies of alumni from the UNIDEP Law course, revealing the effervescent scientific activity among the college's students.

Gabriel Maranoski Neto, as the sixth author, analyzes racial quotas in public contests, their foundation, and their effectiveness in reducing racial inequalities. He concludes that the State should act more actively in this social agenda and that said public policy mitigates the effects of structural racism in Brazilian society.

Julia Dambrós Marçal and Maria Eduarda Pagnoncelli sign the seventh article of this edition. The authors approach the crime of statutory rape, along with potential reductions in penal effects in situations where there is a small age difference between those involved in the sexual practice. This study highlights the search for jurisprudence from the Courts of Justice in the southern region of Brazil between 2018 and 2022 to better understand the decisions and arguments raised therein.

Wellynton Pizato and Vithoria Simões Manfron Barros Pires masterfully analyze the topic of false memories and their correlation with structural racism and the identification of individuals in photographic identifications during police investigations.

On behalf of RDC-U, I would like to thank all the ad hoc reviewers of the Journal, aiming to maintain a high level of evaluation and selection of the originals submitted to the Journal. I thank the editor Prof. Me. Murilo Henrique Garbin for inviting me to write this Editorial, as well as all the work of review and layout that he performs.

We wish our readers an excellent reading.

Ph.D. candidate and Master in Economic Law and Development at the Pontifical Catholic University of Paraná Law Professor at Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP)

Guilherme Martelli Moreira

Ph.D. candidate and Master in Economic Law and Development at the Pontifical Catholic University of Paraná Law Assistant Professor at Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP)

O IMPACTO DAS REDES SOCIAIS NO PROCESSO DE DIVÓRCIO E GUARDA FAMILIAR

THE IMPACT OF SOCIAL NETWORKS IN THE PROCESS OF DIVORCE AND FAMILY CUSTODY

Elisama Lopes Silva¹

Suzane Lopes e Oliveira²

Joana de Moraes Souza Machado³

Recebido/Received: 17.09.2023/Sep 17th, 2023

Aprovado/Approved: 19.10.2023/Oct 19th, 2023

RESUMO: No âmbito da Família, as novas tecnologias têm gerado desafios acerca de questões legais complexas, assim, sendo necessário analisar como o Direito de Família se relaciona com as tecnologias e como elas influenciam as relações familiares. A presente pesquisa possui o fito de analisar os impactos das redes sociais no processo de divórcio e de guarda familiar. Para tanto, será utilizado como referenciais teóricos, legislação, pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se também de recursos da web e estudos de caso. Será dada ênfase no Direito de Família sempre pautado na dignidade dos membros e nos princípios de afetividade. Procurar-se-á expor os impactos e as influências que as redes sociais trouxeram nessas relações, bem como trazendo soluções legais e regulatórias para lidar com essa questão, acerca da regulamentação dos usos das informações pessoais disponibilizadas nas redes sociais em processos judiciais e qual o papel dos tribunais na interpretação das leis diante desse contexto.

PALAVRAS-CHAVE: redes sociais; impactos; divórcio; guarda; soluções legais.

ABSTRACT: In the field of Family, new technologies have generated challenges regarding complex legal issues, therefore, it is necessary to analyze how Family Law relates to technologies and how they influence family relationships. This research aims to analyze the impacts of social networks on the divorce and family custody process. To this end, theoretical references, legislation, bibliographic and documentary research will be used, also using web resources and case studies. Emphasis will be placed on Family Law, always based on the dignity of the members and the principles of affection. We will seek to expose the impacts and influences that social networks have brought on these relationships, as well as bringing legal

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5847417561966085>. E-mail: lisdireito2020@ufpi.edu.br

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4355585144827027>. E-mail: suzanelopes@ufpi.edu.br

³ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professora Adjunta da Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi. Editora Chefe da Revista de Direito do Uninovafapi. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2812687215413187>. E-mail: joana.souza17@hotmail.com

and regulatory solutions to deal with this issue, regarding the regulation of the uses of personal information made available on social networks in legal proceedings and what the role of the courts in interpreting laws in this context.

KEYWORDS: social networks; impacts; legal separation; guard; legal solutions.

INTRODUÇÃO

A família brasileira passou por um processo de transformação, que ao final do século XX já apresentava uma nova feição, mais democrática e mais plural, dando espaço para o reconhecimento de novos modelos de família, dissolvendo a ideia de autoridade patriarcal e priorizando a realização plena da vida privada no âmbito familiar. Diante disso, a instituição familiar priorizou a solidariedade entre os membros, o respeito entre os entes, o cultivo da dignidade e a promoção do desenvolvimento dos integrantes. Dessa forma, é perceptível que o Direito de Família vem evoluindo ao lado das transformações sociais.

Por outro lado, houve também uma transformação nas áreas da tecnologia da informação e comunicação, o que facilitou a comunicação e conseqüentemente as relações entre pessoas, especialmente aquelas que estejam mais distantes. No entanto, faz-se necessário analisar a evolução das tecnologias digitais e os seus impactos em diversos aspectos da vida, especialmente nas relações familiares.

No âmbito da Família, as novas tecnologias têm gerado desafios acerca de questões legais complexas, assim, sendo necessário analisar como o Direito de Família se relaciona com as tecnologias e como elas influenciam as relações familiares.

O Direito de Família é uma área que trata das relações jurídicas entre os membros de uma família e as suas relações, como o divórcio, a filiação, a adoção, a guarda dos filhos e outros aspectos relacionados, mas especificamente, sempre pautado na afetividade familiar. Entretanto, com o avanço das tecnologias e o advento de novas formas de interação e comunicação, alterou-se a dinâmica familiar tradicional, pois ao mesmo tempo em que as redes sociais proporcionaram novos meios de conexão e interação entre os membros da família, por outro lado, afetou profundamente os laços físicos, a comunicação presencial, a privacidade e até mesmo a segurança das crianças diante da exposição excessiva.

Nesse contexto de transformações, o Direito da Família precisa se adaptar e desenvolver novas normas e regulamentações para lidar com as complexidades

trazidas pelas novas tecnologias. É essencial garantir a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e promover relações familiares saudáveis e seguras, sempre objetivando a conexão entre os entes e fortalecendo os laços familiares. Diante disso, o presente trabalho visa apontar os impactos das redes sociais no âmbito de um processo de divórcio e guarda dos filhos, bem como trazendo soluções legais e regulatórias para lidar com essa questão, sobre como é a regulamentação dos usos das informações pessoais disponibilizadas nas redes sociais em processos judiciais e qual o papel dos tribunais na interpretação das leis diante desse contexto. Para tanto, será utilizado referenciais teóricos, legislação, jurisprudências, pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se também de recursos da web e estudos de caso.

1 A PRIVACIDADE COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O conceito de privacidade, dentre todos os direitos da personalidade, foi o que mais sofreu transformações, desde o tradicional conceito elaborado por Warren e Brandeis como o “direito a ser deixado só”, até a concepção atual, caracterizada pela liberdade de autodeterminação informativa, isto é, a capacidade de controlar as informações pessoais pelo seu titular (RODOTÀ, 2008, p. 24).

Quanto a origem do direito à privacidade, considera-se marco inaugural da formulação do direito à intimidade e à vida privada o artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, publicado na Harvard Law Review, em 15 de dezembro de 1890.

O trabalho de Warren e Brandeis teve como finalidade estabelecer limites para intromissão na vida privada, tendo em vista que Warren foi vítima de escândalo sobre sua vida conjugal, já que havia se casado com a filha de um senador, de origem bastante tradicional em Boston, levando uma vida dispendiosa e desordenada (NOJIRI, 2005, p. 100). Nesse sentido, no célebre trabalho de Warren e Brandeis, os autores definiram apenas estritamente o *right to privacy*, limitando-se, tão somente a definir como um “direito a ser deixado só”.

No entanto, esta definição da “*privacy*” analisa apenas um dos aspectos da privacidade e, por isso se torna muito perigosa a sua utilização nos dias de hoje, haja vista a complexa multiplicidade de situações existenciais, especialmente ocasionadas revolução tecnológica. Assim, pode-se afirmar que a privacidade só

passou a ser objeto de reflexão em razão das transformações sociais e tecnológicas, considerando-se que a afronta a este direito tem sido proporcional aos avanços tecnológicos e ao desenvolvimento cada vez mais assustador dos meios de comunicação. Nesse sentido, vale mencionar os danos causados à privacidade e intimidade da pessoa, quando as suas informações pessoais são transmitidas a terceiros sem o conhecimento e autorização do seu titular.

O debate acerca da privacidade não se restringe mais ao tema clássico da defesa da esfera privada contra as invasões externas, isto porque tal discussão evoluiu qualitativamente, o que nos faz considerar que os problemas da privacidade no âmbito da infraestrutura da informação representam um dos componentes mais importantes atualmente. Assim, parece cada vez mais insuficiente a definição de privacidade como “o direito a ser deixado só”, que abriu espaço para uma noção cujo centro de gravidade é a possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito. Essa noção moderna de privacidade deve ser o fio condutor para a proteção das relações familiares no âmbito das redes sociais.

Dessa forma, pode-se afirmar que com a evolução nas tecnologias da informação e comunicação, a esfera da vida privada, bastante utilizada como escudo de proteção nas relações familiares, passou a ser relativizada com o surgimento das redes sociais e exposição de fatos e acontecimentos que outrora não eram socializados, mas que nos dias atuais passaram a ser expostos, muitas vezes sem qualquer cuidado com os membros da família, como por exemplo crianças e adolescentes.

2 O IMPACTO DAS REDES SOCIAIS NOS RELACIONAMENTOS FAMILIARES

A família brasileira passou por um processo de transformação, tornando-se mais pluralizada, mais democrática, foram surgindo novos modelos, mas sempre voltados para a realização plena da vida privada no espaço doméstico. Nesse contexto, a família moderna cumpre seu papel de instituição intermediária, com o fito de promover o valor da personalidade. Seu principal objetivo passa a ser a promoção do desenvolvimento da pessoa de seus integrantes, destacando o dever de promover e respeitar a autonomia e a vida privada dos membros integrantes.

No entanto, o ambiente familiar continua sofrendo transformações, sobretudo com o advento das novas tecnologias, uma vez que trouxeram diversos impactos na

sociedade, impactos esses positivos e negativos, mas que modificaram profundamente o estilo, o dia a dia, os valores e as relações interpessoais.

De um lado, a tecnologia facilitou e oportunizou inúmeros avanços sociais, políticos, econômicos, morais e culturais, oportunizando novas relações de emprego, comodidade, praticidade. Todavia, por outro lado, o grande e rápido avanço tecnológico, fez com que as relações sociais, principalmente as relações familiares, ficassem mais fluídas, mais dispersas.

Diante disso, é possível traçar um paralelo com o pensamento do filósofo Byung-Chul Han e a sua teoria sobre a “Sociedade do Cansaço”, a qual reflete os dias atuais, haja vista que os indivíduos cada vez mais estão se sobrecarregando de tarefas no cotidiano e esquecendo de manter os laços socioafetivos, pois estão focados no autocontrole excessivo, sentindo-se sobrecarregados, tornando-se pessoas esgotadas e apáticas, e que menosprezam e subsidiam o tempo de qualidade com os outros indivíduos, tornando assim, as relações líquidas (HAN, 2015).

Dessa forma, o surgimento das novas tecnologias, mais especificadamente, das redes sociais, afetaram diretamente as relações humanas, pois apesar de promoverem uma maior facilidade e praticidade para se comunicar com as demais pessoas que estão longe, em contrapartida, provocou o afastamento das pessoas que estão próximas, uma vez que os familiares não interagem mais como antigamente, todos os membros estão focados nas telas dos celulares e vivendo na sua bolha específica, afastando os laços socioafetivos e a comunicação, conseqüentemente, acarretando uma série de doenças, como ansiedade e depressão, por exemplo.

Outro fator preponderante que pode ser mencionado acerca das redes sociais e seus impactos no âmbito familiar, é a exposição excessiva da vida privada. Essa alta exposição na internet acarreta riscos inimagináveis, pois as informações ali compartilhadas e expostas contribuem para a prática de diversos crimes e golpes, como, por exemplo, quando há muita exposição de crianças, tornando-as vulneráveis a possíveis assédios, sequestros e até mesmo pedofilia.

Dessa maneira, resta demonstrado o quanto as redes sociais impactaram nas relações familiares, pois afastaram os laços e a comunicação, tendo em vista que a família é uma instituição para que os entes comunguem dos mesmos interesses, respeitem e garantam a liberdade e a igualdade, baseando-se sempre nos princípios

democráticos e respeitando a autodeterminação das pessoas em fazer as suas escolhas.

Nesse contexto, o princípio da afetividade tem sido bastante afetado, já que o afeto, atualmente, é considerado princípio fundamental das relações familiares, mesmo não constando expressamente na Constituição Federal como um direito fundamental. Diante do avanço das redes sociais, esse princípio está cada vez mais em risco, pois o afeto não deriva necessariamente do amor, mas sim da interação entre as pessoas, a qual está cada dia mais tornando-se escassa. Sendo assim, é preciso que haja uma autoavaliação de cada membro em prol da instituição familiar, com o fito de reestabelecerem a conexão entre eles e fortalecerem os laços familiares, através do diálogo e respeito mútuo.

3 INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS E A SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO DE DIVÓRCIO E DE GUARDA

As redes sociais têm exercido uma influência significativa no contexto dos divórcios e processos de guarda. Apesar delas conectarem as pessoas e compartilharem informações, também desempenham um papel complexo nas dinâmicas de relacionamentos, inclusive na decisão de se divorciar.

Pode-se afirmar que as redes sociais fornecem evidências digitais que possuem grande relevância, como, por exemplo, publicações, fotos, mensagens ou quaisquer tipos de interações que possam ser utilizadas para comprovar ou refutar alegações feitas durante o processo de divórcio e de guarda, seja um comportamento inadequado, uma infidelidade, ou até mesmo uma negligência parental.

É certo que as redes interferem no impacto emocional dos envolvidos, pois ao visualizar fotos, postagens do (a) ex-parceiro (a) nas redes sociais podem gerar um sentimento de frustração, raiva, tristeza, retardando o processo de recuperação emocional, podendo inclusive acarretar uma discussão pública, expondo as relações familiares que devem ser tratadas no íntimo e no privado.

Por outro lado, as redes sociais podem facilitar a comunicação dos ex-cônjuges no processo de divórcio, seja para discutir questões sobre a partilha de bens ou sobre a guarda dos filhos. Frisa-se que as postagens e exposições virtuais possuem um papel relevante na determinação da guarda dos filhos durante o

divórcio, haja vista que postagens inadequadas ou comprometedoras podem ser consideradas como evidências de um ambiente inadequado para os filhos, influenciando a decisão judicial sobre a guarda e a visitação.

Em suma, a influência das redes sociais no divórcio pode variar conforme cada caso concreto, pois dependem de vários fatores, principalmente de como as informações são compartilhadas, uma vez que podem ser utilizadas até mesmo como suporte emocional e social, fornecendo apoio para aqueles que estão necessitando, seja através de grupos online ou comunidades virtuais que possam compartilhar as experiências vividas e assim, auxiliar quem está na mesma situação.

Relativo a isso, Maria Helena Diniz assevera que casamento é “a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade” (DINIZ, 2010). Tendo como base tal afirmativa, é mister que aqueles que tiveram suas expectativas frustradas, culminando em divórcio tenham a mentalidade de que atitudes rancorosas, vingativas nesse momento delicado podem tornar esse processo ainda mais doloroso, afetando também aqueles que estão presentes dentro do seio familiar, como os filhos.

Portanto, é fundamental que as partes envolvidas no divórcio tenham a consciência do impacto das novas tecnologias e ajam de forma responsável e consciente ao utilizá-las durante esse processo, especialmente no que tange à imagem dos filhos e como isso os afetam, sempre visando a dignidade de todos os membros familiares.

4 SOLUÇÕES LEGAIS E REGULATÓRIAS

O contexto do direito de família é distinto de outros ramos do direito, uma vez que se desconecta da estrita subsunção do fato à norma, isto é, enquanto outras vertentes focam em verificar qual instrumento normativo é o mais adequado à situação que se pretende solucionar, no direito de família existem aspectos que por sua agudeza e singularidade, não foram previstos pelo legislador; em contrapartida, em obediência ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, frisa-se que o juiz não pode se esquivar de apreciar algum litígio com argumentos que se baseiem na originalidade de tal contexto em face da legislação ou Direito vigente.

Não obstante a complexidade ínsita a determinadas questões familiares que desembocam no judiciário, salienta-se que existem algumas alternativas que devem ser concretizadas, impulsionadas, fomentadas pelo Estado, aplicando recursos monetários, capacitando profissionais, criando plataformas.

Os cenários enfocados nesta pesquisa é o do divórcio e da guarda familiar; assim, menciona-se como ferramentas para a redução dos conflitos decorrentes das mídias sociais dentro do processo: as políticas de privacidade, a regulamentação do uso de informações íntimas em processos judiciais e a função dos magistrados na interpretação da lei.

Pelo viés histórico, destaca-se a evolução da dissolução do vínculo conjugal, de maneira que durante muito tempo esse assunto era estigmatizado haja vista que o casamento era vislumbrado como um pacto divino, logo, inquebrável; no entanto, a *práxis* diária era contraposta a essa crença, pois muitos matrimônios se mantinham por conta do status social, gerando uma situação de infelicidade no seio familiar, sem contar os demasiados casos de continuidade de violência doméstica, fato que é atual, demonstrado pela alta taxa de feminicídio.

Nesse contexto, se promoveu o “desquite”, por meio do qual se mantinha o vínculo conjugal e a impossibilidade de se contrair novas núpcias, esse cenário era profícuo à existência de “famílias clandestinas”. Ainda no plano histórico, menciona-se que posteriormente houve a possibilidade jurídica do divórcio, com a inevitabilidade da separação judicial como requisito prévio; nesse sentido, a Lei 6.515 assentou que existia a necessidade de separação judicial pelo período de 3 anos previamente ao divórcio.

Ademais, como terceira etapa da evolução do Direito ao divórcio no Brasil, cita-se a promulgação da Constituição de 1988, cuja característica é seu garantismo; desse modo, por meio dela, o divórcio direto tornou-se possível, sendo a separação de fato por 2 (dois) anos seu único critério.

Por fim, com a promulgação da “PEC do amor”, em 2010, o direito ao divórcio começou a ter as configurações contemporâneas; desaparecendo a separação judicial, na opinião da maioria dos

Com relação às estratégias supracitadas para o enfrentamento dos problemas causados pelas mídias sociais quando de litígios no ambiente familiar, primordialmente no divórcio e guarda familiar, é importante retomar o tema da

privacidade para se encontrar soluções para mitigar os conflitos que possam existir em decorrência das redes sociais.

O direito à privacidade é constitucionalmente tutelado na nossa CF/88 (BRASIL, art. 5º, X), aparecendo no rol dos direitos fundamentais individuais. Fora da seara constitucional, pode-se citar o Marco Civil da Internet – Lei 12.695/2014, que tem como objetivo regular o uso da internet no Brasil.

Pode-se mencionar ainda a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709/18, que entrou em vigor em 2020, sendo normativo de extrema importância para a proteção dos dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

O legislador brasileiro quis evidenciar que os dados pessoais refletem a personalidade das pessoas, portanto, violar informações presentes em nuvem cibernéticas, por exemplo, implica violar a privacidade, um direito da personalidade e fundamental.

Sob esse viés, a Lei apresenta três pontos fulcrais: i) dado pessoal como uma definição genérica; ii) necessidade de que os dados sejam lidados tendo parâmetros legais, promovendo maior segurança jurídica; e iii) legítimo interesse como alternativa autorizativa e necessidade de realização de um teste de ponderação de desígnios (PINHEIRO, 2020).

Embora tenham ocorrido inegáveis avanços, a desatenção aos termos de uso de determinada plataforma, devido ao desconhecimento dos impactos que o mau uso de determinadas informações pode acarretar, bem como a proximidade dos textos, utilizando jargões jurídicos, além da confiabilidade que a marca ou companhia transmite ao indivíduo, o faz acreditar que é um ambiente seguro (MENDES, 2018).

Correlacionando a questão da privacidade e às conjunturas do divórcio e da guarda familiar, entende-se que a utilização desses dados pelo judiciário em virtude de demandas judiciais deve ser feita de modo cauteloso, haja vista que os fins não devem justificar os meios; portanto, mesmo que determinado num processo judicial a apresentação de provas obtidas das redes sociais, deve-se garantir que os direitos fundamentais estão sendo protegidos, e que as provas foram obtidas por meios lícitos, pois a internet não pode ser considerada um universo paralelo em que tudo é permitido, até o vazamento ilegal de informações íntimas.

Destaca-se ainda, nesse contexto, o princípio do devido processo legal, o qual demanda que o caminho percorrido para a coleta de provas seja idôneo. A jurisdição estatal tem como um de seus aspectos a presença do terceiro imparcial, o juiz. Dentro dessa perspectiva, ao se deparar com uma conjuntura fática, o magistrado precisa, utilizando-se dos postulados presentes no ordenamento jurídico, fazer um empenho para descobrir e fixar o sentido do texto legal; e, em seguida, o respectivo alcance, a sua extensão.

Nessa senda, em virtude das minúcias que tanto importam os conflitos familiares que chegam ao judiciário, a função do juiz torna-se ainda mais hercúlia, pois trata-se de vínculos cheios de sentimentos, rancores, mazelas, interesses típicos ao gênero familiar. Não se trata apenas do aspecto patrimonial, mas de situações existenciais, como o afeto, o cuidado, aspectos de certa maneira intangíveis, os quais exigem certa empatia, alteridade por parte do julgador.

Nos processos que envolvem crianças e adolescentes não basta apenas que haja uma recompensa material, é preciso que ela se sinta assistida emocionalmente, que suas aspirações estejam sendo consideradas quando de decisões que afetarão a sua vida.

Paralelamente, é sabido que o divórcio é um direito potestativo, mas nada impede que seja questionado eventuais danos morais quando da ocorrência de certos fatos, como por exemplo o adultério, quando há comprovação da existência de um dano, conforme entendimento de alguns julgados.

Em suma, o que se constata é que o Estado deve agir de modo que a Legislação esteja em conformidade com a evolução da sociedade e das relações familiares. A Legislação Civil brasileira precisa ser atualizada de forma urgente. Assim, o presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, assinou no dia 24/08/2023 o ato de criação da comissão de juristas que vai propor atualização do Código Civil, de 2002. A comissão será presidida pelo ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e terá 34 membros, incluindo o presidente, um vice-presidente e dois relatores¹.

Em 2023 o Código Civil completou 20 anos de vigência, necessitando ser adaptado às novas relações sociais forjadas pela era digital. Em razão de tantas coisas que aconteceram nos últimos anos, notadamente a evolução das relações a

¹ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/24/comissao-de-juristas-vai-atualizar-codigo-civil-para-revolucao-digital>

partir do ambiente digital, do advento da internet, das redes sociais, da inteligência artificial, há uma série de coisas que precisam ser revistas.

Por fim, o executivo deve promover políticas públicas e incentivos ao convívio familiar, priorizando não apenas a produção econômica dos indivíduos, mas que seus sentimentos, emocional esteja sendo lapidado em suas relações, mormente as familiares, que tanto afetam as pessoas.

CONCLUSÕES

O Direito de Família é um ramo que tem como cerne as relações jurídicas entre os membros de uma família e as suas implicações, como o divórcio, a filiação, a adoção, a guarda dos filhos e outros aspectos relacionados, nesse sentido, apesar de alguns dissensos decorrentes desse tipo de elo, salienta-se que a afetividade familiar deve ser vislumbrada como alicerce dessas ligações.

Com o avanço das tecnologias e o advento de novas formas de interação e comunicação, alterou-se a dinâmica familiar tradicional, pois ao mesmo tempo em que as redes sociais proporcionaram novos meios de conexão e interação entre os membros da família, por outro lado, afetou profundamente os laços físicos, a comunicação presencial, a privacidade e até mesmo a segurança das crianças diante da exposição excessiva.

Nessa senda, o princípio da afetividade familiar sofreu grandes transformações, já que o afeto, no contexto atual, é entendido como princípio fundamental das relações familiares, embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal como um direito fundamental. Diante do avanço das redes sociais, esse princípio está sendo cada vez mais violado, haja vista que o afeto não é uma derivação do amor, mas sim da interação entre as pessoas, a qual está cada em um processo constante de escassez, devido ao contínuo processo de exposição às mídias.

Dentro do panorama que foi focado nessa pesquisa, a saber, divórcio e guarda familiar, a exposição nas redes sociais tem sido considerada para determinação da guarda dos filhos durante o divórcio, haja vista que postagens inadequadas ou comprometedoras podem ser consideradas como evidências de um ambiente inadequado para os filhos, afetando a decisão judicial sobre a guarda e a visitação. Tal exposição também tem sido considerada para majorar a pensão

alimentícia, se demonstrado que as condições financeiras reais da parte evidenciadas nas mídias, em contradição ao apresentado pela defesa e constado nos autos.

Ao buscar medidas que mitiguem os impactos causados pela internet, achou-se como mecanismos para a diminuição de percalços decorrentes das mídias sociais, dentro do processo: as políticas de privacidade, a regulamentação do uso de informações íntimas em processos judiciais e a função dos magistrados na interpretação da lei.

Em termos conclusivos, a partir dos dados levantados, verificou-se que o Estado, sob a forma de seus três poderes, precisa dialogar com a sociedade. Desse modo, o Legislativo, concernente ao direito de família, incumbe a esse legislar atentando-se aos paradigmas contemporâneos, as transformações vislumbradas principalmente em virtude da nova dimensão de vivência, a internet, de modo que suas produções estejam em conformidade ao que tem acontecido dentro do seio familiar.

O executivo, por sua vez, deve promover políticas públicas e incentivos ao convívio familiar, priorizando a boa vivência do indivíduo, bem como que seus sentimentos estejam sendo lapidados em suas relações, principalmente as que envolvem vínculos regados pelo afeto, que tanto importam às pessoas.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **LGPD**. Lei de Proteção de Dados – LEI 13.709/18. Brasília, 2018.

BRASIL. **MARCO CIVIL DA INTERNET**. LEI 12.965. Brasília, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: 5. Direito de Família . 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.37.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis – RJ: Vozes, 2015. 80 p. ISBN: 978-85-326-4996-6 (Brasil).

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Comentários à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018)**, o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. Revista de Direito do Consumidor, v. 120, p. 555, 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais**: Comentários à lei n. 13.709/2018-Igpd. Saraiva Educação SA, 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: a teoria finalista mitigada em contratos bancários para capital de giro

THE APPLICABILITY OF THE CONSUMER PROTECTION CODE IN BANKING CONTRACTS: the finalist theory mitigated in banking contracts for working capital

Auricélia do Nascimento Melo¹

Rafaela Kelly Silva Sousa²

Recebido/Received: 05.09.2023/Sep 5th, 2023

Aprovado/Approved: 23.10.2023/Oct 23th, 2023

RESUMO: O trabalho teve como objetivo analisar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, aos contratos bancários de empréstimos para capital de giro adquiridos por pessoas jurídicas diante da sua vulnerabilidade. A problemática envolvida tratou da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo quando pessoas jurídicas contraem empréstimo bancário para fomentar sua atividade, isto é, seu negócio. Serão apresentados e discutidos os conceitos de capital de giro, consumidor, fornecedor, as espécies de vulnerabilidade, quais sejam tecnológicas, científicas, jurídicas, socioeconômicas e informacionais, além das teorias utilizadas para a definição acerca da aplicabilidade do CDC no caso concreto. A metodologia empregada compreendeu a análise de artigos, bem como o exame de casos concretos, além de uma pesquisa documental e exploratória sobre o tema. E como resultado, verificou-se que a Teoria Finalista Mitigada possui bastante importância para a análise da vulnerabilidade do consumidor no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: vulnerabilidade; consumidor; capital de giro; teoria finalista mitigada.

ABSTRACT: The objective of the work was to analyze the applicability of the Consumer Protection Code, in Law No. 8,078, of September 11, 1990, to bank contracts for loans for working capital acquired by legal entities in view of their vulnerability. The issue involved dealt with the application of the Consumer Protection Code in consumer relations when legal entities take out a bank loan to promote their activity, that is, their business. The concepts of working capital, consumer, supplier, types of vulnerability, whether technological, scientific, legal,

¹ Pós-Doutoranda em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Advogada. Mediadora Judicial. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3103087700737723>. E-mail: auricelianascimento@ccsa.uespi.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2641580920918807>. E-mail: rafaelakelly24@gmail.com

socioeconomic and informational, will be presented and discussed, in addition to the theories used to define the applicability of the CDC in the specific case. The methodology used comprised the analysis of articles, as well as the examination of concrete cases, in addition to documentary and exploratory research on the topic. And as a result, it was found that the Mitigated Finalist Theory is very important for analyzing consumer vulnerability in the specific case.

KEYWORDS: vulnerability; consumer; working capital; mitigated finalist theory.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, define políticas nacionais de relações de consumo buscando harmonia e equilíbrio nas relações consumeristas para a proteção do consumidor. É nele que encontramos as definições dos componentes de uma relação de consumo, o consumidor e o fornecedor.

Os elementos constitutivos da relação jurídica de consumo, bem como suas conexões na relação consumerista, são importantes para que se possa entender essa relação. Também serão discutidos os tipos de vulnerabilidades associadas ao sujeito passivo da relação, o consumidor. Será abordada a importância dos serviços bancários para os consumidores de seus produtos e serviços. Ainda sobre o mesmo tema, será discutida a finalidade do capital de giro e a aplicabilidade da teoria finalista e do CDC ao capital de giro nos serviços de empréstimos bancários. Por fim, serão apresentadas as considerações finais sobre os temas discutidos.

O objetivo deste artigo é associar a Teoria finalista mitigada que já se encontra em uso no ordenamento jurídico, com os contratos bancários adquiridos para capital de giro. Para isso, a metodologia empregada compreendeu a análise de artigos, bem como o exame de casos concretos, além de uma pesquisa documental e exploratória sobre o tema, além de pesquisa a análise de julgados.

Reconhece-se que a relevância jurídica deste estudo é zelar pela aplicação de tal teoria, pois, ainda que, o empréstimo bancário seja adquirido para finalidade distinta definida no CDC, não poderá deixar de analisar a vulnerabilidade do consumidor deste serviço/produto no caso concreto.

Para demonstrar a pesquisa, o trabalho será desenvolvido em cinco tópicos. O primeiro abordará a temática dos empréstimos bancários e as definições de Capital de Giro, a seguir será tratado sobre a relação de consumo da pessoa jurídica, o terceiro abrangerá a Teoria Finalista mitigada e a pessoa jurídica como

destinatário final, o próximo irá abordar a aplicação do CDC aos contratos bancários para capital de giro sob a visão da Teoria Finalista Mitigada, e por fim serão analisadas algumas decisões e posicionamento do STJ acerca do tema.

1 EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS E CAPITAL DE GIRO

Os empréstimos bancários podem ser definidos como contratos realizados entre uma pessoa física ou jurídica com uma instituição financeira ou banco. Nesse caso, o cliente recebe um valor ou quantia para determinada finalidade, que em determinado período, normalmente estipulado no contrato, deverá ser devolvido à instituição financeira que o emprestou, na forma em que o contrato estipular. Assim, na data estipulada, o banco receberá o valor que emprestou e obterá seu lucro por meio das taxas aplicadas sobre aquele capital que disponibilizou no empréstimo.

De modo geral, os contratos firmados são contratos de adesão, previstos no CDC em seu art. 54º, em que afirmam que os contrato de adesão são aqueles cujas cláusulas foram aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, e além disso, o consumidor não poderá discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Assim, nesse modelo de contrato, normalmente, é utilizado um contrato com cláusulas padronizadas, não existindo qualquer tipo de negociação em relação às condições do contrato, entre o consumidor contratante e a contratada. Assim, a parte contratante assina o contrato aderindo ao que foi designado e estabelecido no documento.

Etimologicamente a palavra “banco” possui origem germânica, de acordo com Ghiorzi (2023), se referindo às instituições bancárias. Tal nomenclatura se deu por conta da atividade dos “banqueiros”. Os banqueiros eram pessoas que praticavam algumas atividades que envolviam dinheiro/moeda e que depois se tornaram atividades próprias dos Bancos ou Instituições Financeiras. A palavra surgiu devido ao uso das mesas, cadeiras e bancos que eram utilizadas por esses banqueiros para a realização dos negócios, como troca de moedas, empréstimos, pagamentos, entre outras atividades.

Com o crescimento das citadas atividades, além do surgimento das moedas e com a demanda maior de transações, percebeu-se a necessidade da criação das instituições bancárias, para que essas instituições guardassem e emprestassem tais

recursos. Esse método se tornou mais seguro e eficiente para as pessoas, para os proprietários dessas instituições, e principalmente para aqueles que precisavam guardar grandes quantidades de dinheiro e, no fim, para os bancos, pois conseguiam suportar uma demanda maior.

Historicamente, em 1157 surgiu a primeira instituição financeira, que era chamada de “Banco de Veneza”, localizada em Veneza, na Itália. O Banco de Veneza surgiu para capitalizar e movimentar os recursos que os clientes aplicavam, isto é, financiar os principais monarcas em suas guerras. Em 1406, o primeiro banco moderno, a Casa di San Giorgio, foi fundado em Génova, na Itália, e tornou-se um agente comercial de extrema importância para a capitalização de empreendimentos comerciais. Dessa forma, ao longo dos anos, surgiram cada vez mais instituições bancárias em todo o mundo, cada país criou e ainda cria suas próprias instituições.

Desse modo, na prática, as pessoas deixavam o dinheiro depositado com os banqueiros e não retiravam de volta por bastante tempo. Assim, surgiu a ideia da multiplicação do dinheiro com a concepção do empréstimo, pois essas moedas guardadas seriam utilizadas para financiar pessoas que estivessem precisando de capital. Assim, os bancos cresceram e enriqueceram com a ideia de empréstimos, mediante o pagamento de juros e encargos.

Após esse histórico, observa-se a grande importância dos Bancos e Instituições bancárias para a economia. Mas o que os bancos fazem? Inicialmente, os bancos são instituições financeiras que podem ser classificadas como instituições privadas ou públicas, e sua principal função é fornecer serviços financeiros à sociedade. São organizações que operam com dinheiro de depósitos que estão em contas, e possuem a função de intermediar os serviços ofertados pelo mercado financeiro e os clientes.

Os Bancos possuem vários tipos de serviços para serem ofertados aos seus clientes, como opções de investimentos, modalidades de seguro, consórcios, empréstimos, vários tipos de contas, planos de previdência, entre outros. Os clientes (pessoas físicas, empresas, indústrias e/ou governo) se dirigem até a instituição, ou por meio da utilização de aplicativos nos dispositivos celulares, conseguem realizar determinadas operações. Com o dinheiro localizado em seus cofres, dinheiro este que foi aplicado pelos clientes, os bancos então, utilizam desses depósitos para conceder empréstimos a outras pessoas, desta forma eles cobram juros e encargos

sobre os valores emprestados e assim obtêm seus lucros e propagam a circulação da moeda no mercado.

Por outro lado, o capital de giro pode ser definido como alguns recursos financeiros que a empresa utiliza para sustentar seus custos operacionais, isto é, manter o negócio em pleno funcionamento. Para Sebrae (2023), “o capital de giro é a diferença entre os recursos disponíveis em caixa e a soma das despesas e contas a pagar.” Esse ativo circulante se concentra não apenas no caixa, mas podem ser aplicados em outros investimentos realizados por essas empresas, como contas bancárias, e assim executam as obrigações da empresa, além do pagamento de salários, pagamento de internet, energia, água, reabastecimento de estoque, entre outras atividades.

De acordo com dados do Sebrae, no Brasil, no ano de 2020, o número total de CNPJ ativos no Brasil era de 20 milhões no final de 2022, destes, 73,4 % do total de empresas, isto é, mais de 14 milhões estavam cadastrados como MEI no país. O MEI - Micro Empreendedor Individual surgiu por meio da Lei Complementar nº. 128/2008, com o objetivo de ajudar os milhões de trabalhadores informais brasileiros estabelecendo regras, benefícios e a formalidade, beneficiando o empreendedor que trabalhava por conta própria. Grande parte dessas empresas fazem empréstimos solicitando capital de giro junto às instituições financeiras, objetivando a compra de maquinários, pagamento de funcionários, reformas na empresa, pagamento de contas, entre outros.

Os contratos de empréstimos e financiamento bancário, geralmente, são a principal fonte de capital de giro na atividade do pequeno e médio empresário, pois é com esse capital que o empreendedor vai desenvolver e buscar melhoras para sua empresa. Com isso, é importante frisar que existem algumas modalidades de Capital de giro, são elas o Capital de Giro Negativo; Capital de Giro Positivo; Capital de Giro Líquido; e o Capital de Giro Associado a Investimentos.

O primeiro, o Capital de Giro Negativo, acontece quando a empresa possui mais gastos que receitas. Isso é um indicador de que o financeiro da empresa está negativo, isto é, há uma deficiência de ativos circulantes para cobrir os gastos e despesas, efetuar os pagamentos de seus credores e manter a operação em funcionamento. No início das atividades das empresas, normalmente isso costuma acontecer, pois no início há mais gastos e custos para o crescimento da empresa.

No segundo, o Capital de Giro Positivo, a empresa possui menos gastos e uma receita maior. Isso mostra que a empresa está pagando todas as suas contas facilmente, isso mostra uma alta nos resultados da empresa. Dessa forma, esse Capital está levando as finanças da empresa a um equilíbrio, e assim poderá ter um capital reservado para os casos de imprevistos e garantirá a continuidade das atividades da empresa.

O terceiro, o Capital de Giro Líquido, se trata de um capital, que nesse caso, é o total de recursos, com exceção dos ativos não circulantes. Isto é, seus ativos não circulantes, que são imóveis e outros bens não se transformam em dinheiro a curto prazo. Por fim, o último, o capital de giro Associado a Investimentos, se trata do capital usado quando existem despesas com algum tipo de investimento e o capital de giro irá cobrir essas despesas, dessa forma esse capital pode ser considerado como um investimento misto.

Por fim, nota-se a real importância do capital de giro para os empresários e suas empresas. Com esse capital a empresa precisa ter um bom e presente planejamento financeiro e que esteja ligado a um bom fluxo de caixa para manter o estoque, efetuar a compra de materiais, pagar dívidas, pagar funcionários, fazer contratos com fornecedores e diversas outras atividades.

2 A RELAÇÃO DE CONSUMO: ANÁLISE DA HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE

No Código de Defesa do Consumidor, a relação de consumo é definida por elementos. De início os elementos subjetivos, quais sejam, o consumidor e o fornecedor; já os elementos objetivos, são aqueles produtos e serviços oferecidos ao consumidor; e, por último, o elemento final, isto é, o destinatário final. Assim, para cada um desses elementos, o CDC possui conceitos bem definidos.

Nesse contexto, os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor se tornam fundamentais para todo o sistema consumerista. Esse sistema busca identificar a parte mais frágil e vulnerável da relação de consumo, para assim obter um equilíbrio contratual entre as partes. Assim, em alguns casos, a vulnerabilidade da pessoa física consumidora é presumida, porém quando se trata de pessoas jurídicas, deve ser analisada vulnerabilidade no caso concreto.

O CDC entende que o consumidor, em geral, é o lado vulnerável na relação de consumo, isto é, na aquisição de um produto ou serviço. O artigo 4º inc. I da lei 8.078/1990 estabelece o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Assim, para Marques, Benjamin e Miragem (2010, p. 833):

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Ripert, *Le règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (FIECHTER-BOULVARD, RAPPORT, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a 'explicação' destas regras ou da atuação do legislador (FIECHTER-BOULVARD, RAPPORT, p. 324), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.

Assim sendo, é de grande importância a confirmação da vulnerabilidade do consumidor, por isso o CDC buscou proteger os direitos e as necessidades dos consumidores. Além disso, o CDC também faz ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição, nas relações consumeristas. Assim, nas palavras de Belache (2015), "a vulnerabilidade sendo um regulador do campo de aplicação da legislação consumerista, desenvolveu 04 (quatro) espécies: técnica, jurídica, fática e informacional".

2.1 Vulnerabilidade técnica

A Vulnerabilidade Técnica é aquela em que o consumidor não tem conhecimento sobre o produto ou serviço na relação de consumo. Nesse caso, há uma vantagem nessa relação para um dos lados, o lado do fornecedor. Ele possui vantagem em relação ao consumidor, pois nessa relação, o consumidor não possui conhecimento técnico sobre aquele produto que adquiriu. Então, entende-se que o fornecedor possui o conhecimento especializado daquele produto ou serviço. Um exemplo da vulnerabilidade técnica é quando o consumidor não sabe da descrição técnica do produto e das nomenclaturas técnicas.

Com isso, Bolzan (2017, p. 210), na sua leitura assegura o seguinte: "a vulnerabilidade técnica está ligada aos meios de produção, cujo conhecimento é de monopólio do fornecedor". Com essa afirmação, fica claro que o consumidor ficará refém do que o fornecedor quer apresentar e vender, sem ter conhecimento de como aquele produto foi produzido e distribuído. Logo, o consumidor se torna

vulnerável tecnicamente por não possuir conhecimento técnico suficiente a respeito do produto ou serviço adquirido.

2.2 Vulnerabilidade jurídica

A vulnerabilidade Jurídica consiste na ausência de conhecimentos jurídicos por parte do consumidor em relação do produto ou serviço que adquiriu do fornecedor. Para Marques (2010, p.87), “a vulnerabilidade jurídica ou científica consiste na falta de conhecimento jurídico, de contabilidade ou econômica”.

Essa vulnerabilidade, no contexto geral, é entendida para o consumidor pessoa física, pois se caracteriza pelo desconhecimento, ou dificuldade de acesso à justiça. Já em relação à pessoa jurídica, a presunção de vulnerabilidade não é esperada, pois a PJ deverá comprovar sua posição de vulnerabilidade.

2.3 Vulnerabilidade fática ou socioeconômica

Com relação à vulnerabilidade fática ou socioeconômica, se compreende quando há uma situação de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor. É claro que o consumidor não possui poder econômico semelhante ao do fornecedor, assim se torna claro que o consumidor está em condição financeira menor, o que se faz necessário um suporte profissional.

Como ensina Miragem (2013, p.116), “a vulnerabilidade fática ou socioeconômica é espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor”. Logo, a vulnerabilidade fática não se resume apenas a menor capacidade econômica do consumidor, mas sim, de modo geral, a aquilo relacionado que o torne vulnerável.

2.4 Vulnerabilidade informacional

Na vulnerabilidade informacional, faltam informações suficientes e claras para a compreensão do consumidor. Vale lembrar, que nesse caso, a condição do consumidor está ligada à informação. O consumidor, por não deter as informações, fica sujeito ao fornecedor, visto que ele é detentor do conhecimento em relação ao produto/serviço.

Nesse contexto, cabe atenção, pois a vulnerabilidade pode ser confundida com a vulnerabilidade técnica, por isso, para Benjamin (2013, p.106), “o fato é que esta vulnerabilidade se difere da técnica, visto que nesta não há falta de informações, mas sim informações manipuladas, controladas e, por muitas vezes, desnecessárias”. Sendo assim, o fornecedor acaba ficando em condição de superioridade por possuir mais conhecimento a respeito do produto ou serviço ofertado. Por isso, a informação é de extrema importância para o consumidor, que precisa do conhecimento real do produto o qual pretende adquirir.

Dessa maneira, para Tartuce (2021, p.49), “não há como afastar, como principal justificativa para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a proteção da dignidade da pessoa humana, que entre nós está consagrada no art. 1º, inc. III, da Constituição da República.”

Em relação a hipossuficiência, é hipossuficiente aquela pessoa física ou jurídica que não possui condições de arcar com as custas e taxas de uma ação judicial. É um critério utilizado para que haja a inversão do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil. A hipossuficiência possui um caráter mais subjetivo, pois o juiz poderá solicitar comprovação de ausência de recursos, que será analisada no caso concreto. Após essa análise, se reconhecida a hipossuficiência, a parte terá direito a gratuidade da justiça, bem como terá acesso a uma assistência judiciária gratuita, isto é, um Defensor Público ou advogado dativo, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXXIV da CF.

3 TEORIA FINALISTA MITIGADA E A PESSOA JURÍDICA COMO DESTINATÁRIO FINAL

Inicialmente existem três teorias acerca das relações de consumo, são elas: a Teoria Maximalista, a Teoria Finalista e a Teoria Finalista Mitigada. A primeira teoria, a Teoria Maximalista afirma que o destinatário final é todo e qualquer tipo de consumidor, é aquele que adquire produto ou serviço. Essa teoria abrange de forma geral o disposto no art. 2º do CDC, assim podendo ser consumidor a pessoa física que adquire um perfume para uso pessoal, como uma grande empresa na compra de maquinários para utilizar na sua atividade produtiva.

Já a Teoria Finalista é restritiva quanto a figura do consumidor, para tal teoria, consumidor é apenas aquele que precisa de proteção e que seja destinatário final,

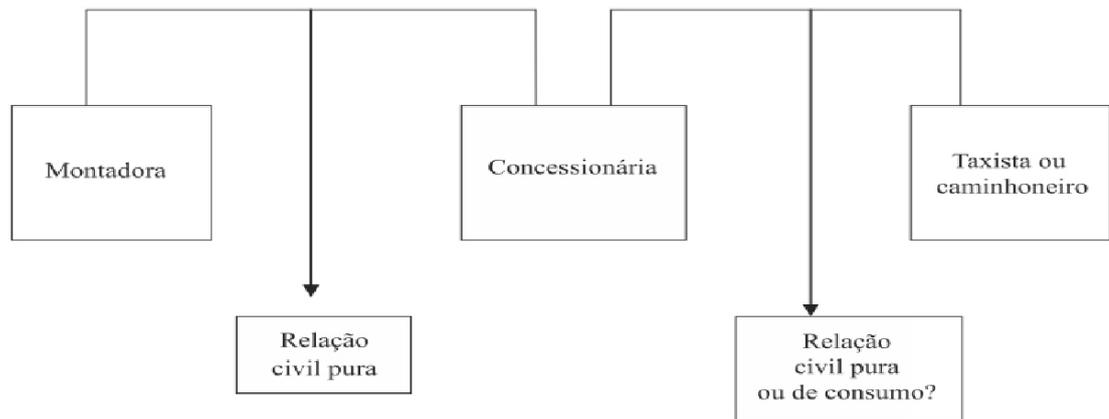
econômico e fático, de um bem ou serviço. Assim, seria retirado da proteção do CDC, o consumidor que adquire produto ou serviço com a finalidade de dinamizar, instrumentalizar ou fomentar o seu próprio negócio, o qual seria considerado Consumidor Intermediário. Contudo, em determinados casos, tal definição tem sido ampliada, para que possa alcançar pessoas físicas ou jurídicas que mesmo não sendo destinatários finais, estejam em situação de vulnerabilidade técnica, econômica, jurídica ou informacional, esta é a teoria finalista mitigada.

Marques (2010, p.87), acerca do tema, ensina:

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova da jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endverbraucher), e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área de serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Essa nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.

Nesse sentido, em algumas situações que envolvem pessoas jurídicas hipersuficientes, é possível que, pela ampliação do conceito da vulnerabilidade, em algumas situações, a vulnerabilidade se torne um elemento pressuposto da relação jurídica de consumo. Para tanto, Rizzatto Nunes (2007, p.103), exemplifica com uma imagem de uma relação de consumo entre uma montadora de veículos e uma concessionária, e entre a mesma concessionária e uma pessoa que adquire veículo para uso pessoal:

Figura 1 – Exemplo



Fonte: Rizzatto Nunes (2007, p.103)

No caso em questão, pela visão da Teoria Finalista, ambos, concessionária e taxista ou caminhoneiro, não seriam consumidores, pois utilizam do bem para atividade lucrativa. A primeira relação está clara, se trata de uma relação cível de natureza pura, pois a concessionária não se encaixa como destinatária final do produto, já que utiliza o veículo para sua atividade lucrativa primordial. Porém, no segundo caso, diante da análise do caso concreto, o STJ passa a utilizar a Teoria Finalista Mitigada incidir o Código de Defesa do Consumidor em tais situações, tendo em vista que, mesmo a parte não se caracterizando como destinatária final a sob a definição literal do artigo 2º do CDC, a parte se encontra em situação de vulnerabilidade.

Outro exemplo de Rizzatto Nunes (2007, p.102), é a respeito das canetas adquiridas pelo aluno e pelo professor que ministrará uma aula:

Se o aluno tiver um problema com a caneta (v.g., a caneta estourou e manchou sua camisa), poderá fazer uso do CDC em face do comerciante e do fabricante, por ser destinatário final fático e econômico do bem adquirido. Por outra via, o professor não poderia fazer uso do CDC, por ser destinatário final do objeto, mas não destinatário final econômico, uma vez que utiliza a caneta em sua atividade profissional direta. Como bem observa o jurista, “isso não só seria ilógico como feriria o princípio da isonomia constitucional; além do mais, não está de acordo com o sistema do CDC”.

Nesse sentido, é clara a necessidade da condição de vulnerabilidade para que seja aplicado o CDC na relação de consumo entre pessoa jurídica consumidora e fornecedor. A Teoria Finalista Mitigada se trata de uma teoria intermediária, que não observa apenas a destinação do produto ou serviço adquirido, mas analisa a vulnerabilidade, em todos os seus aspectos, do consumidor. Essa vulnerabilidade,

pode se encontrar de maneira técnica, jurídica, financeira, ou informacional, como citado. Assim, percebe-se a necessidade da análise do caso concreto, de forma individualizada, para que seja reconhecida a vulnerabilidade do consumidor e a aplicação da norma.

4 O EMPRÉSTIMO BANCÁRIO: aplicação do CDC nos contratos de empréstimos para capital de giro sob a visão da teoria finalista mitigada

O CDC - Código de Defesa do Consumidor, lei n. 8078/90, estabelece direitos e deveres para os consumidores, visando equilibrar as relações de consumo e proteger os interesses dos cidadãos. Assim, para as lições de Rizzatto Nunes (2007, p.91):

A Lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas, pelos motivos que apresentamos no início deste trabalho ao demonstrar o valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores.

Nesse sentido, embora o CDC não seja específico para contratos de empréstimos bancários, ele pode ser aplicado em determinadas situações envolvendo tais serviços. Ao solicitar um empréstimo para capital de giro, é importante observar que a aplicação do CDC pode variar dependendo do perfil das partes envolvidas no contrato. Se a empresa que solicita o benefício for considerada uma consumidora nos termos da lei, ela terá direitos garantidos pela legislação.

Nos serviços previstos no § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, os serviços oferecidos por instituições bancárias se encontram em meio a algumas polêmicas. Se discutiu muito acerca da inclusão dos serviços bancários como objeto de relações de consumo, e até nos dias atuais, há ainda algumas discussões acerca do tema. Acontece que após muitos debates, se consagrou a Súmula n. 297 do STJ, que em seu enunciado diz: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

Diante disso, analisando as relações contratuais, ao verificar a relação contratual entre uma pessoa (física ou jurídica) vulnerável ou hipossuficiente, e um fornecedor do serviço ou produtos, que em geral detém algum conhecimento acerca do produto que fornece, percebe-se, nessa relação, uma desigualdade que o CDC

objetiva eliminar. Sendo assim, o CDC visa administrar de forma mais concisa essas relações de desigualdade, mantendo um equilíbrio entre as partes.

Quando se trata das pessoas jurídicas que visam um capital para abrir ou fomentar o seu empreendimento, a doutrina e a grande parte dos tribunais, entende que essa pessoa deixa de ser consumidor, pois não se encaixa no disposto do Art. 2º do CDC, que dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, ou seja, deixa de ser consumidor final.

Assim, para essa situação, se uma Pessoa Jurídica celebrar contrato de empréstimo bancário, visando capital de giro para fomentar a atividade da empresa, não seria possível a aplicação do CDC, por não se tratar de destinatário final do serviço, e assim se desconsidera a possibilidade de situação de vulnerabilidade e/ou hipossuficiência do tomador do empréstimo.

Em entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 476428 SC 2002/0145624-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/04/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.05.2005 p. 390RSTJ vol. 193 p. 336).

Em análise ao julgado, nota-se que o STJ pretende estabelecer uma nova definição diante de tal situação, levando a Teoria Finalista Mitigada como interpretação no caso concreto. Dessa forma, considera o destinatário final, não somente aquele restrito, definido pela Teoria Finalista, mas também aquele que se encontra em situação de vulnerabilidade. Essa inovação traz, para a relação jurídica, uma maior igualdade e equidade para as partes vulneráveis.

Em vista disso, em se tratando dos contratos bancários de empréstimo financeiro para capital de giro, não possuem diferenças em uma relação consumerista à luz do CDC. Pois nessa relação, de um lado se encontra o banco ou instituição bancária que ofertam seus serviços de objetivando o lucro, que será percebido por meio da cobrança de juros, multas, taxas, entre outras operações, e do outro lado, se encontra o consumidor, que visa o recebimento de um capital para incrementar e fomentar o seu negócio.

Por conseguinte, a Lei Consumerista, em seu artigo 3º, caput, dispõe acerca do conceito de fornecedor, vejamos:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Ocorre que, nesse sentido, o tomador de serviço não se enquadra na definição de consumidor, pois estaria utilizando da moeda contratada no serviço de empréstimo em outras atividades, na incrementação do seu negócio. Porém, para Molino (2020):

[...] a ideia é completamente equivocada por duas razões: a) a quantia recebida não é transformada em outros bens porque é devolvida ao banco e; b) a empresa que toma o crédito assume um ônus - o risco do negócio - o qual a coloca em posição de vulnerabilidade em relação às instituições financeiras. Conforme já visto, o valor recebido retorna ao banco e, por essa razão, não é possível dizer que há uma cadeia de fornecimento de serviços de crédito e que a empresa tomadora do empréstimo faria parte dela.

Portanto, nota-se que a aplicação do CDC é possível, diante do caso concreto, aos casos objeto deste estudo. Mesmo se o STJ não decidisse por não aplicar a Teoria Finalista Mitigada, os doutrinadores, há tempos, já discutem e se consagram a favor da aplicação.

Ainda nesse sentido, é importante tratar sobre os efeitos da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que cabe sua égide. A não aplicação do CDC viola os próprios princípios fundamentais tanto do Código de Defesa do Consumidor, quanto da própria Constituição Federal. O CDC tem como missão garantir ao consumidor um tratamento igualitário na relação de consumo.

No caso objeto deste estudo, percebe-se que há mais de 20 milhões de empresas que se utilizam do capital de giro para conseguir manter seus negócios funcionando, tais empresas não possuem conhecimento técnico, jurídico, científico e até informacional. Dessa maneira, a não aplicação do código consumerista

prejudicará o consumidor e se tornará um litígio mais demorado exaustivo para a parte mais vulnerável.

No mesmo sentido, ainda para Molino, acerca da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor e como isso pode implicar negativamente para o lado mais vulnerável da relação:

Desta maneira, não há motivo plausível para a exclusão de incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor das relações contratuais de empréstimo formalizadas entre pessoas jurídicas e instituições financeiras, ainda que para incrementar ou fomentar o capital de giro dessas últimas. Tais normas, ao contrário, devem incidir nessas hipóteses, sob pena de ser ainda mais penoso o crescimento econômico do país.

Por isso, é fundamental reconhecer a importância de implementar o CDC nos casos em que couber sua aplicação, pois a falta de implementação pode resultar em situações em que o consumidor como uma parte vulnerável seja prejudicado, e com base na vulnerabilidade real, podem afetar significativamente a viabilidade financeira da empresa.

5 ANÁLISE DE JULGADOS E JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS

Dessa maneira, tendo em vista a grande importância de estabelecer a igualdade nas relações de consumo, o STJ e os Tribunais passaram a utilizar a Teoria Finalista Mitigada para amparar os consumidores que adquirem empréstimos para capital de giro, comprovada sua vulnerabilidade, e aplicar o conceito de consumidor.

Tem-se por entendimento, o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – CAPITAL DE GIRO. PRETENSÃO DE DISCUSSÃO DO DÉBITO DESDE A SUA ORIGEM (SÚMULA 286 DO STJ). APLICABILIDADE DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA PESSOA JURÍDICA. TEORIA FINALISTA MITIGADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PARTE TECNICAMENTE HIPOSSUFICIENTE. MEDIDA QUE SE IMPÕE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (TJPR - 16ª Câmara Cível - 0038980-34.2019.8.16.0000 - Londrina - Rel.: JUÍZA DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU VANIA MARIA DA SILVA KRAMER - J. 03.02.2020).

Como destaca a eminente Ministra Nancy Andrighi em seu voto, a doutrina fala da existência de três espécies de vulnerabilidade: técnica, que é a ausência de conhecimento específico do produto ou serviço, a jurídica, que se define pela falta

de conhecimentos jurídico, e fática que se demonstra nas situações de insuficiência econômica diante do fornecedor, por isso, no caso em questão, a discussão das cláusulas do contrato são passíveis de revisão, pois a parte demonstrou sua vulnerabilidade técnica. Ainda no mesmo sentido, o recurso interposto ante o Tribunal de Justiça do Paraná dispõe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. APLICABILIDADE. DESTINATÁRIA FINAL DO CRÉDITO. TEORIA FINALISTA MITIGADA. VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE. DESNECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. - O empréstimo bancário de capital de giro, por não possuir destinação específica à atividade fim da pessoa jurídica, permite a invocação da teoria finalista mitigada para sua sujeição ao Código de Defesa do Consumidor. - Estando os fatos controversos demonstrados pela prova documental presente nos autos, faz-se desnecessária a inversão do ônus da produção da prova. TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DO PARANÁ (TJ-PR – Ação Civil de Improbidade Administrativa: 11215402 PR 1121540-2 (Acórdão), Relator: Rafael Vieira de Vasconcellos Pedrosa, 13a Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1352 05/06/2014).

Logo, os contratos bancários de empréstimos para capital de giro não se diferenciam de uma relação de consumo nos termos da legislação consumerista. Por outro lado, existem muitas instituições bancárias, que visando a obtenção de lucro, se aproveitam de determinadas situações, principalmente de pessoas vulneráveis, para obter lucro mediante uma cobrança exacerbada de juros e/ou multas provenientes do contrato. E, do outro lado, se encontra o consumidor do produto ou serviço visando promover seu negócio, buscando fomento diante dessas instituições que procuram promover o seu negócio contraindo um crédito à habitação.

Assim, percebe-se que os julgados seguem entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de determinar a qualidade de consumidor em situações excepcionais, adotando a teoria finalista mitigada, que defende a aplicação do CDC nas situações em que a parte, pessoa física ou jurídica, não sendo destinatária final do produto ou serviço, se encontra em situação de vulnerabilidade.

CONCLUSÕES

O Código de Defesa do Consumidor é um microsistema jurídico muito importante e cuja existência tornou-se imprescindível na defesa do consumidor e é

um diploma fundamental no direito brasileiro. Por conseguinte, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é um princípio imutável no Código de Consumo, assim há limitações na aplicação do Código em determinadas situações até que seja aplicado o finalismo ou a teoria finalista mitigada. Nesse sentido, as inovações do STJ nessa teoria foram vistas como essenciais, a partir das quais se construiu uma teoria de aprofundamento final que ampliou e aplicou a ordem consumerista de forma mais coerente aos próprios preceitos legais, a Teoria Finalista Mitigada.

A súmula 297 do STJ afirma que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Dessa forma, a legislação deixa claro que o CDC incidirá na relação de consumo de serviços e/ou produtos decorrente de contrato bancário. Assim, quando se trata de contrato para adquirir serviços bancários, financeiros, e empréstimos para o capital de giro, o CDC também se aplicará, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, depreende-se que a criação da Teoria Finalista Mitigada pelo STJ é um marco importantíssimo para as relações de consumo. Conclui-se, então, que a aplicação da Teoria Finalista Mitigada aos contratos bancários para Capital de Giro, não só é possível, como necessária, por tudo que verificou-se da atuação e aplicação do STJ na análise de relações jurídicas de consumo, quando da aplicação do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BELACHE, Francisco Drulha. **Pessoa jurídica consumidora: teoria finalista mitigada**. Jus.com.br, Paraná, mar. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37591/pessoa-juridica-consumidora-teoria-finalista-mitigada>. Acesso em: 27 de maio de 2023.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 106, 2013.

BOLZAN, Fabricio; LENZA, Pedro. **Direito do Consumidor esquematizado: parte material e administrativa**. São Paulo: Saraiva, p. 210, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 476428/SC /2002 01455624-5**. Recorrente: Agipliquigás S/A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 19 de abril de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/103241/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Acesso em 10 jun. 2023.

CONTA AZUL, Equipe da. **Capital de giro**. Disponível em <https://blog.contaazul.com/tipos-de-capital-de-giro>. Acesso em 05 de junho de 2023.

GHIORZI, Leila. **Para que servem os bancos**. Disponível em: <<https://servicoop.com.br/voce-sabe-para-o-que-realmente-servem-os-bancos/>>. Acesso em 26 de maio de 2023.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT. p. 833, 2010

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. RT, São Paulo, 3. ed. p. 87, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 6. Ed. p. 327, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 4. ed. p 116, 2013.

MOLINO, Marco Antônio Belmonte. **Aplicação do CDC nos empréstimos para fomentar capital de giro**. Jusbrasil, São Paulo, ago. 2020. Disponível em: <https://marcoabm80.jusbrasil.com.br/artigos/919373278/aplicacao-do-cdc-nos-emprestimos-para-fomentar-capital-de-giro>. Acesso em: 12 de junho de 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 0038980-34.2019.8.16.0000**. Apelante: BANCO BRADESCO S.A. Apelado: CAMPEÃO DISTRIBUIDORA DE MANUFATURADOS EIREL, Relator: Des. LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM. Curitiba, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000018747451/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0053139-11.2021.8.16.0000>. Acesso em: 18 de junho de 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Ação Civil de Improbidade Administrativa 11215402 PR 1121540-2 (Acórdão)**. Agravante: Itaú Unibanco S/A. Agravados: Drogaria Gomenol LTDA e outros. Relator: Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, 05 de junho de 2014. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25111527/acao-civil-de-improbidade-administrativa-11215402-pr-1121540-2-acordao-tjpr>. Acesso em: 19 de junho de 2023.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva, São Paulo. 3. ed. p. 91-103, 2007.

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Como funciona o capital de giro**. Disponível em <

<https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/artigosFinancas/o-que-e-e-como-funciona-o-capital-de-giro,a4c8e8da69133410VgnVCM1000003b74010aRCRD>>. Acesso em: 03 de junho de 2023.

_____. **Brasil tem quase 15 milhões de empreendedores.** Disponível em <[https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/brasil-tem-quase-15-milhoes-de-microempreendedores-individuais,e538151eea156810VgnVCM1000001b00320aRCRD#:~:text=Os%20Microempreendedores%20Individuais%20\(MEIs\)%20comp%C3%B5em,de%20empresas%20formais%20do%20pa%C3%ADs.](https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/brasil-tem-quase-15-milhoes-de-microempreendedores-individuais,e538151eea156810VgnVCM1000001b00320aRCRD#:~:text=Os%20Microempreendedores%20Individuais%20(MEIs)%20comp%C3%B5em,de%20empresas%20formais%20do%20pa%C3%ADs.)>. Acesso em: 04 de junho de 2023.

SOUZA, Liana dos Santos Gonçalves de, Souza, Luiz Eduardo Simões de. **A casa di San Giorgio (1407 – 1805) e o ciclo sistêmico genovês.** História econômica & história de empresas, vol. 23, n° 2, p. 256, 2020. Disponível em: <<https://www.hehe.org.br/index.php/rabphe/article/view/701/465/>>. Acesso em 26 de maio de 2023.

TARTUCE, Flávio, NEVES Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual.** Forense, Rio de Janeiro, 10. ed. Volume Único, Método, p. 49, 2021.

A BUSCA PELO ACORDO JUDICIAL: analisando os índices do relatório Justiça em Números 2016-2023

THE SEARCH FOR A JUDICIAL SETTLEMENT: analyzing the indexes of the Justice in Numbers 2016-2023 report

Camila Silveira Stangherlin¹

Recebido/Received: 13.11.2023/Nov 13th, 2023

Aprovado/Approved: 23.11.2023/Nov 23th, 2023

RESUMO: A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, implementada pela Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), representou um avanço rumo à efetivação do direito de acesso à justiça, sobretudo, na disseminação de formas consensuais de solução dos conflitos. A mensuração dos resultados do alcance das inovações nesse campo pode ser coletada por meio dos indicadores contidos no relatório oficial do Poder Judiciário, Justiça em Números, publicado anualmente. Sendo assim, o presente estudo tem por objetivo principal analisar os dados estatísticos disponibilizados no relatório Justiça em Números, entre os anos 2016 a 2023, referentes aos acordos concretizados, sob a perspectiva da efetividade da política judiciária de tratamento adequado de conflitos. O problema de pesquisa visa responder: qual leitura é possível ser feita acerca do panorama da autocomposição judicial no país, tendo por base os índices oficiais de acordos homologados no âmbito judicial de 2016 a 2023, disponibilizados pelo CNJ, no Relatório Justiça em Números? Enquanto procedimento técnico, o estudo utiliza a pesquisa bibliográfica e a análise documental, examinando os indicadores contidos no Relatório Justiça em Números, entre os anos 2016 a 2022. Como método de abordagem, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, tendo por hipótese principal a percepção de índices relativamente baixos diante do conjunto de alterações e inovações efetuadas. A hipótese é confirmada na conclusão, indicando que a potencialidade das práticas autocompositivas, como a mediação e a conciliação, não está sendo alcançada por distintos fatores, relacionados ao ambiente jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: acordo judicial; índice de conciliação; Relatório Justiça em Números; Resolução CNJ nº 125/2010.

ABSTRACT: The National Judicial Policy for the Adequate Treatment of Conflicts of Interest, implemented by Resolution No. 125, of November 29, 2010, of the National Council of Justice (CNJ), represented an advance towards the realization of the right of access to justice, especially in dissemination of consensual ways of resolving

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Professora de Direito na Uri Santiago. Professora Substituta de Direito no Instituto Federal Farroupilha (IFFar). Procuradora Adjunta na Prefeitura Municipal de Cacequi/RS. Oficial Técnico Temporário – Assessora de Apoio a Assuntos Jurídicos no Exército Brasileiro. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6684390089442616>. E-mail: camilastangherlin@hotmail.com

conflicts. Measuring the results of the scope of innovations in this field can be collected through the indicators contained in the official report of the Judiciary, Justice in Numbers, published annually. Therefore, the main objective of this study is to analyze the statistical data made available in the Justice in Numbers report, between the years 2016 and 2023, referring to the agreements concluded, from the perspective of the effectiveness of the judicial policy for the adequate treatment of conflicts. The research problem aims to answer: what reading can be done about the panorama of judicial self-composition in the country, based on the official indexes of agreements approved in the judicial sphere from 2016 to 2023, made available by the CNJ, in the Justice in Numbers Report? As a technical procedure, the study uses bibliographic research and documentary analysis, examining the indicators contained in the Justice in Numbers Report, between the years 2016 and 2022. As an approach method, the hypothetical-deductive method was used, with the main hypothesis the perception of relatively low rates given the set of changes and innovations made. The hypothesis is confirmed in the conclusion, indicating that the potential of self-compositional practices, such as mediation and conciliation, is not being achieved due to different factors related to the jurisdictional environment.

KEYWORDS: judicial agreement; conciliation index; Justice in Numbers Report; CNJ Resolution No. 125/2010.

INTRODUÇÃO

A política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses representou uma conquista significativa na obtenção de um acesso qualitativo à justiça. Por intermédio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, novas portas se abriram para que a conciliação e a mediação pudessem ser desenvolvidas em demandas judiciais, de forma regulamentada, impulsionando as atividades voltadas à pacificação de conflitos, ou, pelo menos, à construção de uma resolução consensual, no revés da decisão adjudicada tradicional.

Recentes normativas deram um contorno mais enfático à prática autocompositiva, prevendo sua efetuação como regra nos processos judiciais, como visto no art. 334, do Código de Processo Civil. No campo educacional, também se vislumbrou notável alteração, com a obrigatoriedade de disciplina com conteúdos abrangendo as Formas Consensuais de Solução de Conflitos, no eixo de formação técnico-jurídica, instituída pela Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, do Conselho Nacional de Educação/CNE, por meio da Câmara de Educação Superior/CES.

Nesse viés, a perspectiva de que se colha resultados positivos na esfera da autocomposição judicial é notória, uma vez que, enquanto política pública, seus

resultados precisam ser avaliados como parte de um ciclo, ensejando desdobramentos necessários e ajustes pertinentes, se assim requerer. Justamente, sob tal análise provém a essencialidade de observação do cenário atual que se desenvolve entorno dos métodos de solução consensual de conflitos, notadamente, ao que tange o grau de acordos alcançados frente a totalidade de demandas que tramitam/tramitaram nos tribunais do país.

Sendo assim, o presente estudo tem por objetivo principal analisar os dados estatísticos disponibilizados no relatório Justiça em Números, entre os anos 2016 a 2022, referentes aos acordos concretizados, sob a perspectiva da efetividade da política judiciária de tratamento adequado de conflitos. O problema de pesquisa visa responder: qual leitura é possível ser feita acerca do panorama da autocomposição judicial no país, tendo por base os índices oficiais de acordos homologados no âmbito judicial de 2016 a 2022, disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, no Relatório Justiça em Números?

A metodologia utilizada está classificada, enquanto procedimento técnico, como pesquisa bibliográfica, estando fundamentada em livros e periódicos, e, na análise documental, por meio do exame dos indicadores contidos no Relatório Justiça em Números, entre os anos 2016 a 2022. Como método de abordagem, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, tendo por hipótese principal a percepção de índices relativamente baixos diante do conjunto de alterações e inovações efetuadas.

Inicialmente, o artigo se voltará à análise dos principais aspectos da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, por meio da qual o Conselho Nacional de Justiça – CNJ inaugurou a política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, com destaque à disseminação e ao estímulo da sistematização e aprimoramento dos mecanismos de autocomposição. Em seguida, será estudado o significado de acordo para o contexto jurisdicional, bem como sua compreensão como prática de resolução de conflito na esfera judiciária, e, seu alinhamento às diretrizes da Resolução CNJ nº 125/2010.

Por fim, o estudo examinará os dados contidos nos documentos oficiais de divulgação estatística do Poder Judiciário, o relatório anual Justiça em Números, verificando os índices de acordo na justiça comum e suas variações entre os anos de 2016 a 2022. Frisa-se que o índice de conciliação, que reflete a homologação de

acordos, passou a ser parte dos demonstrativos do relatório no ano de 2016, ano-base 2015, cumprindo, de lá para cá, papel importante na percepção dos reflexos obtidos pela implementação da política judiciária de tratamento adequado de conflitos de interesses.

1 A RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: INTRODUZINDO A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

A extensão dos aspectos intrínsecos ao acesso à justiça, enquanto direito fundamental, não condiz com o mero acesso aos serviços disponibilizados pelo Poder Judiciário. Uma gama de estudos já se ocupou de conceituar e repisar essa importante diferença. Um dos mais célebres e reconhecidos trabalhos está na clássica obra *Acesso à Justiça*, de Cappelletti e Garth (2002), em que os autores apontam que, ao passo que o sistema de justiça deve ser igualmente acessível a todos, também deve produzir resultados justos (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 8).

As relações conflitivas labirínticas, bem como seus desdobramentos e implicações passaram a traduzir-se em demandas judiciais corriqueiras, fazendo parte dos altos números de ações processuais que compõem o sistema jurisdicional brasileiro. A carência da celeridade almejada, somada às respostas pouco eficientes e/ou eficazes, propeliram o Poder Judiciário a buscar a inserção de ferramentas mais contundentes, em prol da efetividade do acesso à justiça em seu sentido lato.

Na visão de Paulo Eduardo Alves da Silva (2019, p. 444):

A legítima sensação de que a máquina judiciária demora em demasia para produzir respostas concretas, somada à constatação de que isso provavelmente se deva à deficiente gestão e funcionamento, fomentaram uma nova onda de reformas do sistema judicial destinadas a lhe proporcionar maior agilidade, eficiência, previsibilidade, segurança e uniformidade.

Nessa esteira, o advento de uma política pública de tratamento adequado de conflitos de interesses, inaugurada a partir da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, configurou um marco na regulamentação das formas consensuais de tratamento de conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Mecanismos como a mediação, a conciliação e demais métodos

consensuais de resolução de litígios passaram a ser guarnecidos, legitimados e reconhecidos pelo Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição.

Na visão de Cezar Peluso (2011, p. 17), os objetivos primordiais da Resolução nº 125/2010, do CNJ, são:

[...] em primeiro lugar, firmar entre os profissionais do direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios, do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplica-se, senão a frustrar expectativas legítimas. Em segundo lugar, oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes.

Trata-se, pois, de um ressaltado das vertentes atingidas no campo da celeridade, seja por via da prevenção, seja por implementações similares a um sistema multiportas¹ nos tribunais.

Por outro lado, para Fabiana Marion Spengler (2019, p. 79), a instituição da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos representou “[...] uma mudança de paradigma, com redução do enfoque ganhador x perdedor, e o crescimento da participação e da cooperação, fundamentadas na satisfação dos interesses e fortalecimento dos vínculos interpessoais”. Ou seja, além de vivificar a celeridade dos conflitos judicializados, tem-se a oportunidade de ofertar um serviço judicial que assegure o acesso qualitativo à justiça.

Outrossim, importante destacar que a normativa, que conta com uma sequência de alterações (Emenda nº 1, de 31 de janeiro de 2013; Emenda nº 2, de 8 de março de 2016; Resolução nº 70, de 18 de março de 2009; Resolução nº 290, de 13 de agosto de 2019; Resolução nº 326, de 26 de junho de 2020; e Resolução nº 390, de 6 de maio de 2021), possui em seu texto a previsão de segmentos específicos para a disseminação das práticas autocompositivas, como os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos); os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs); o cadastramento das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação ou órgãos semelhante; e a criação do Portal da Conciliação.

¹ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: DIDIER JR., F.; FERNANDEZ, L. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS. **Revista da AJURIS - QUALIS A2**, [S. l.], v. 50, n. 154, p. 145–184, 2023. Disponível em: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1407>. Acesso em: 26 set. 2023.

Todas essas frentes de fomento às práticas não adversariais têm tornado mais significativa a presença da conciliação e da mediação não só nos tribunais do país, mas também na fonte de formação dos principais profissionais que atuam na área: os cursos de bacharelado em Direito. A Resolução CNE/CES nº 05, de 17 de dezembro de 2018, que institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito e dá outras providências, é um grande avanço nessa esfera, já que prevê, dentre os conteúdos essenciais a serem ministrados no curso, o conhecimento e a aplicação de formas consensuais de resolução de conflitos (art. 5º).

Ademais, não se trata apenas de um ponto isolado, posicionado a esmo dentro da normativa, já que, como afirmam Stangherlin e Spengler (2021, p. 54) a Resolução CNE/CES nº 05/2018 “[...] introduziu, no decorrer do seu texto, expressões atinentes à diversidade sociocultural, à interdisciplinaridade, ao pluralismo contemporâneo e à importante preparação acadêmica para a solução de conflitos arrimada no diálogo e na autonomia dos envolvidos”. Sendo assim, figura como um salutar reflexo da política judiciária de tratamento adequado de conflitos, o que, igualmente, se percebe nas legislações recentes que abarcaram os institutos da mediação e da conciliação, como a Lei nº 13.105/2015 – o atual Código de Processo Civil, e Lei 13.140/2015 – que versa sobre a mediação entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Com efeito, tal política judiciária deu azo ao fortalecimento das práticas autocompositivas, especialmente, ao oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, além da convencional solução adjudicada mediante sentença. A verificação qualitativa das práticas vivenciadas nos tribunais é de suma importância, porém, não é o objeto da presente pesquisa. Os resultados até agora alcançados pelas inovações principiadas pela Resolução nº 125/2010, tendo por base os índices oficiais de acordos homologados no âmbito judicial, é o que se pretende analisar.

Dessa maneira, o próximo tópico estudará o acordo judicial e sua propensão à resolução do conflito (do litígio), para que, então, sequencialmente, sejam verificados os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça que expõem os índices sobre o tema.

2 A BUSCA PELO ACORDO JUDICIAL COMO PRÁTICA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO

O enfoque recrudesciente nas ferramentas voltadas à autocomposição de conflitos oportunizou o avanço de estudos no campo do conflito. Visto, por vezes, tão somente pela ótica negativa, as desavenças por interesses incompatíveis é parte intrínseca da condição humana, sendo utópico uma tentativa de extingui-las da sociedade. Justamente, “o conflito se insere na lógica do inevitável, pois surge naturalmente do convívio, da interação entre indivíduos, colocando-se perante eles como obstáculos a serem superados.” (GORETTI, 2021, p. 276).

A percepção de que, o modo como o conflito é gerido, conduzido e tratado tende a tornar as relações sociais mais pacíficas faz enaltecer a importância da disponibilização do tratamento adequado a cada modalidade conflitiva. Nesse aspecto, os resultados positivos podem trazer efeitos apaziguadores no presente, e, preventivos no futuro, evitando que o mesmo conflito desdobre-se em tantas outras disputas de interesses, que, possivelmente, desaguarão nos tribunais.

Essa compreensão de um viés profícuo faz avultar a ideia de que “[...] los obstáculos e intereses confrontados (conflicto) no son ajenos a la presencia de la vida en el universo, son una realidad constante en ella y por tanto su superación (gestión) será vital para su subsistencia” (SUÁREZ; CASTILLO, 2016, p. 38). Todavia, em que pese a necessidade de um olhar atento à abordagem dada ao tratamento do conflito, a visão central de mensuração dos resultados do alcance das inovações nesse campo, coletadas por meio dos indicadores contidos nos relatórios oficiais do Poder Judiciário - o Justiça em Números, está no alcance do acordo.

Nesse sentido, o Judiciário compreende, na consecução do consenso, a obtenção da finalidade maior, que é dar encerramento às demandas judicializadas a partir do choque de posições que divergem entre si. Sobre o tema, afirma a autora Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari (2012, p.67):

A jurisdição estatal é o meio ordinário para a solução do conflito, cabendo aos envolvidos optarem por buscar a solução amigável (através de métodos autocompositivos) ou provocar a jurisdição (e o poder que lhe é inerente), pois ambos coexistem e possuem um escopo maior, que é a restauração da paz social.

Justamente, o acordo é o limiar para a instituição da pacificação social, e, sendo assim, a efetividade de seu cumprimento, pelo menos em um primeiro

momento, não é verificada no relatório de estatísticas oficiais, disponibilizado anualmente.

Outrossim, cabe mencionar que, de forma geral, a alta demanda judicial tende a utilizar os mecanismos adversariais para a resolução da conflituosidade existente. Essa aparente “resistência” à autocomposição torna a cultura do litígio perpetuante, ao passo que as ferramentas de justiça consensual, como a mediação e a conciliação, são pouco exploradas, ou, ainda, já rechaçadas no início do processo. Nesse panorama, uma mudança de cultura ou uma mudança de paradigma social transfigura um percurso árduo a ser trilhado, sobretudo porque “a sociedade atual é formada por uma cultura litigiosa e isso não é pelo número de conflitos que apresenta, mas pela tendência a resolvê-los de forma adversarial” (MORAIS, 1999, p.74).

Essa diferenciação na prática utilizada para atingir a finalidade maior, qual seja, o acordo, potencializaria a qualidade da resolução do conflito, vez que a técnica adequada “permite uma possibilidade de transformação dos conflitos que apontem, mais que à decisão, a uma melhor qualidade de vida das partes envolvidas no conflito” (WARAT, 1999, p. 05). Contudo, frisa-se novamente, a análise documental delineada pela metodologia de pesquisa adotada não prevê tal diferenciação.

O percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas é o que implica no índice de conciliação, o qual é registrado, compilado e divulgado anualmente.

Portanto, ainda que se fale em tratar o conflito, proporcionando espaços de valoração das partes, impulsionando o diálogo e a escuta colaborativa, para que os próprios envolvidos atuem em prol de suas necessidades - como estabelecido pela Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, a qual, dentre outros objetivos, visa assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade - a homologação de um acordo, no curso do processo judicial, é a referência para os índices de conciliação.

Sob tal perspectiva, o próximo tópico examinará os índices de acordos homologados entre os anos 2016 a 2023, que foram disponibilizados pelos relatórios Justiça em Números, a fim de verificar a efetividade da política judiciária de tratamento adequado de conflitos.

3 UM EXAME DOS ÍNDICES DE ACORDO APRESENTADOS NOS RELATÓRIOS JUSTIÇA EM NÚMEROS ENTRE OS ANOS 2016 A 2023

Inicialmente existem três teorias acerca das relações de consumo, são elas: a Teoria Maximalista, a Teoria Finalista e a Teoria Finalista Mitigada. A primeira teoria, a Teoria Maximalista afirma que o destinatário final é todo e qualquer tipo de consumidor, é aquele que adquire produto ou serviço. Essa teoria abrange de forma geral o disposto no art. 2º do CDC, assim podendo ser consumidor a pessoa física que adquire um perfume para uso pessoal, como uma grande empresa na compra de maquinários para utilizar na sua atividade produtiva.

Já a Teoria Finalista é restritiva quanto a figura do consumidor, para tal teoria, consumidor é apenas aquele que precisa de proteção e que seja destinatário final, econômico e fático, de um bem ou serviço. Assim, seria retirado da proteção do CDC, o consumidor que adquire produto ou serviço com a finalidade de dinamizar, instrumentalizar ou fomentar o seu próprio negócio, o qual seria considerado Consumidor Intermediário. Contudo, em determinados casos, tal definição tem sido ampliada, para que possa alcançar pessoas físicas ou jurídicas que mesmo não sendo destinatários finais, estejam em situação de vulnerabilidade técnica, econômica, jurídica ou informacional, esta é a teoria finalista mitigada.

Marques (2010, p.87), acerca do tema, ensina:

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova da jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endverbraucher), e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área de serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Essa nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.

No entanto, faz-se essencial o exame individualizado dos índices para melhor compreensão do panorama estabelecido. Em tempo, cabe mencionar, a título de balizamento de dados, que o recorte do teor estudado está na verificação dos

índices de acordos efetivados no campo da justiça estadual, desconsiderando-se, portanto, a justiça especializada.

Ao se abordar a questão da institucionalização dos meios consensuais de resolução de conflitos, necessário destacar que a partir da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, “foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), classificados como unidades judiciárias, e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec)” (CNJ, 2022, p. 201), almejando não apenas a ampliação das estruturas físicas, como também a consolidação de mecanismos autocompositivos.

Consoante se verifica, o número de Cejuscs instaurados nos Tribunais de Justiça apresenta índice de crescimento. Sobre o tema, destaca o CNJ que:

Havia, ao final do ano de 2022, um total de 1.437 Cejuscs instalados, sendo a maior parte na Justiça Estadual, com 1.437 unidades (87,8%). Na Justiça do Trabalho são 123 Cejuscs (7,5%) e, na Justiça Federal, 76 Cejuscs (4,6%). Essa é a primeira vez que o relatório Justiça em Números exibe o número de Cejuscs nos outros segmentos de justiça, além da Justiça Estadual. A quantidade de unidades dessa natureza tem crescido ano após ano. Entre os Tribunais de Justiça, em 2014, eram 362 Cejuscs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808, chegando a 1.437 em 2022, ou seja, em 8 anos, a estrutura basicamente triplicou (2023, p. 192).

Nessa compreensão, observando o índice de conciliação registrado no último ano - que apresenta o percentual de sentenças homologatórias de acordo, e, comparando-o ao índice divulgado no ano anterior, percebe-se que não houve variações significativas, tendo a manutenção do valor de “0,9% no segundo grau e com redução de somente 0,2 ponto percentual no primeiro grau.” (2023, p. 192).

Na análise dos dados comparativos dos anos anteriores, certifica-se o seguinte cenário: no ano de 2015, o percentual total de conciliação foi de 11,1%; já em 2016, este índice chegou a 13,6%; já em 2017, o índice total de conciliação apresentou pouca alteração, totalizando 13,5%. No ano de 2018, obteve-se o percentual total de 12,8%. Em 2019 esse índice foi a 12,4%; e, em 2020, chegou-se a 11,5%. Tal declínio identificado no ano de 2020, para o Conselho Nacional de Justiça, “decorre da pandemia da covid-19, que pode ter dificultado a realização de procedimento de conciliação e mediação presenciais ou das técnicas usuais [...]” (2022, p. 202).

De fato, a partir de 2021 é percebido o retorno do crescimento, com o alcance do percentual de 12,4%, o mesmo vislumbrado em 2019. Já em 2022, pouca

variação ocorreu, tendo-se o percentual de 12,3% de índice de conciliação registrado.

Os números acima elencados reportam-se ao índice total de acordos, contudo, o Conselho Nacional de Justiça expõe, para melhor compreensão, anualmente, os valores atingidos na fase processual de conhecimento e na de execução, bem como em segundo grau de jurisdição. Porém, na edição mais recente (2023, ano-base 2022), ressalta o CNJ (2023, p. 194):

No segundo grau, a conciliação é praticamente inexistente, pois apenas 0,9% das decisões terminativas foram homologatórias de acordo, e apresenta índices muito baixos em todos os segmentos de justiça (Figura 134). Os únicos tribunais que alcançaram mais de 3% de conciliação no segundo grau foram: TRT12 (3,8%), TRT13 (6,9%), TRT23 (3,9%), TRT24 (7,3%) e TRT7 (3,1%).

Os anos anteriores também seguiram linha semelhante. Em 2016, o relatório daquele ano, assim pontuou:

Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de apenas 16%, sendo 19,1% na Justiça Estadual e 5,6% na Justiça Federal. Na execução, os índices são ainda menores e alcançam 4,1%. No 2º grau, a conciliação é praticamente inexistente, e as sentenças homologatórias de acordo representam apenas 0,3% dos processos julgados (CNJ, 2016, p. 45).

Em constatação similar, na edição de 2019, o relatório Justiça em Números assim frisou: “no 1º grau, a conciliação foi de 13,2%. No 2º grau, a conciliação é praticamente inexistente, apresentando índices muito baixos em todos os segmentos de justiça” (CNJ, 2019, p. 143). Já em 2020, pontuou o CNJ (2020, p. 171) que “na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2019, a 6,1% do total de sentenças, e na fase de conhecimento, a 19,6%”.

Pela análise principal elaborada pelo exame dos dados coletados nos relatórios dos anos 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022 e 2023, averigua-se que os indicativos expressam cômputos ainda modestos, mormente, frente à possibilidade de eficácia dos métodos autocompositivos, como a conciliação. Se por um lado a edição da política judiciária instaurada pela Resolução nº 125/2010, do CNJ, fortaleceu a ideia de que se estava diante de um avanço sobressalente em termos de mecanismos alternativos às convencionais decisões adjudicadas, por outro, o passar dos anos demonstrou que a potencialidade restou tem restado prejudicada. Os números não refletem significativa diminuição da litigância, ainda que, em ampla proporção, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, unidades implantadas pelo Poder Judiciário, estejam em

constante crescimento. De acordo com a edição 2023 do relatório Justiça em Números:

Havia, ao final do ano de 2022, um total de 1.437 Cejuscs instalados, sendo a maior parte na Justiça Estadual, com 1.437 unidades (87,8%). Na Justiça do Trabalho são 123 Cejuscs (7,5%) e, na Justiça Federal, 76 Cejuscs (4,6%). Essa é a primeira vez que o relatório Justiça em Números exibe o número de Cejuscs nos outros segmentos de justiça, além da Justiça Estadual. A quantidade de unidades dessa natureza tem crescido ano após ano (CNJ, 2023, p. 192).

Ainda que se tenha investido em mais espaços e profissionais voltados, preferencialmente, para a “realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação [...], bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão”, como prevê o art. 8º, da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a visão geral permite manter a compreensão de que a litigiosidade ainda é a regra no sistema judiciário brasileiro.

Desde o ano de 2016 até o ano de 2023 (números referentes aos anos 2015 a 2022), os seguintes índices foram contabilizados acerca do ingresso de novas ações judiciais: no ano de 2015, foram 27,8 milhões de casos novos; em 2016, 29,2 milhões; em 2017 houve diminuição, foram 28,8 milhões de casos novos, mas, conforme o CNJ, “em que pese a redução dos casos novos no último ano, a Justiça Eleitoral foi o único segmento com decréscimo” (2018, p. 74).

Em 2018 foram 28,2 milhões de casos novos; e, em 2019, foram 30,2 milhões, destacando o CNJ que, nesse ano, “o acervo retornou ao patamar do ano de 2015, quando, na época, a tendência era unicamente pelo crescimento” (2020, p. 93).

Em 2020, o número de casos novos sofreu visível queda, totalizando 25,8 milhões. O CNJ (2020, p. 103) frisa que “houve decréscimo dos casos novos em 14,5%, com redução dos casos solucionados em 20,8%. A demanda pelos serviços de justiça assim como o volume de processos baixados diminuíram em relação ao ano anterior.”

Já em 2021, contabilizou-se o ingresso de 28,7 milhões de ações novas, retomando a perspectiva de aumento (CNJ, 2022). Finalmente, durante o ano de 2022, em todo o Poder Judiciário, o número de ações originárias foi de 31,5 milhões, uma alta expressiva (CNJ, 2023). Nessa edição atualizada do relatório - o Justiça em Número 2023, o CNJ (2023, p. 95) destaca o quanto “chama atenção a diferença entre o volume de processos pendentes e o volume que ingressa a cada ano”.

Nessa perspectiva, a análise do volume existente no acervo dos tribunais indica que, “mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos(as) magistrados(as) e dos(as) servidores(as), seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque” (CNJ, 2023, p. 95).

Frente a tais dados, nessa miríade de ações novas que despontam ano após ano, somando-se, ainda, aos índices modestos de conciliação constatados nos documentos estatísticos, vislumbra-se a presença enraizada de uma cultura beligerante na sociedade, privilegiando, como forma de resposta aos conflitos de interesses, a busca pela decisão oriunda da figura que é o representante do Estado – o juiz.

Nesse contexto, em que pese as conquistas obtidas pela introdução e regulamentação das práticas autocompositivas institucionais, os resultados auferidos evidenciam que as ações implementadas carecem de aperfeiçoamento e de maior precaução para que possam atingir patamares mais satisfatório, frente as suas potencialidades.

CONCLUSÕES

Os números contidos no Relatório Justiça em Números, publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, permitem visualizar uma conjuntura de baixa expressividade para os índices de conciliação nos tribunais. Apesar de ser a conciliação uma política adotada pelo CNJ desde 2006, e, da Resolução CNJ nº 125/2010 ter criado os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), o que se verifica são baixos percentuais de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas.

O presente artigo delimitou, enquanto marco temporal de coleta de dados, os relatórios oficiais das edições compreendidas entre os anos de 2016 a 2023 (anos-base 2015 a 2022), já que foi a partir da edição 2016 que o CNJ passou a apresentar um novo indicador - o índice de homologação de acordos, resultado das políticas de estímulo à autocomposição, principiadas pela Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder

Judiciário. De outro lado, a edição 2023 configura a mais recente publicação do Relatório Justiça em Números.

Nesse contexto, o estudo respondeu adequadamente ao problema de pesquisa, concluindo que o atual panorama da autocomposição judicial no país aponta para um cenário enfraquecido, em que práticas como a conciliação, apesar de sua notória potencialidade e da política judiciária constituída, não tem surtido o efeito esperado. No entanto, o estudo não adentrou na esfera qualitativa, uma vez que não há dados oficiais oportunizados acerca deste objeto. Nesse aspecto, a metodologia utilizada mostrou-se apropriada para alcançar os objetivos estipulados, permitindo o desenvolvimento almejado para a pesquisa.

Assim, a constatação de baixos números de acordos registrados indica que as benesses das práticas autocompositivas não estão sendo alcançadas por fatores relacionados ao ambiente jurisdicional e à forma como o conflito ali apresentado está sendo gerido, uma vez que as normativas em vigor são bastante amplas e contemplam, objetivamente, a busca pela pacificação social.

Finalmente, insta destacar que a cultura beligerante está fortemente arraigada na sociedade, como os números demonstraram, de tal forma que a via judicial tem se mostrado como o caminho precípua na busca da solução aos conflitos de interesses que se irrompem nas relações interpessoais. No entanto, a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos existente é um mecanismo real, em aplicação, que permite que outras formas se efetivem como alternativa a convencional decisão adjudicada. Nesse aspecto, torná-la aprimorada diante das demandas que se apresentam é um desafio a ser cumprido para que os números futuros possam expressar uma genuína mudança paradigmática.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Resolução CNE/CES 5, de 17 de dezembro de 2018. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 15 set 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos->

dapresidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de2010. Acesso em: 27 set 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**: ano-base 2018/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2023**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2023.

DIDIER JR., F.; FERNANDEZ, L. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS. **Revista da AJURIS - QUALIS A2**, [S. l.], v. 50, n. 154, p. 145–184, 2023. Disponível em: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1407>. Acesso em: 26 set 2023.

GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Conflito, conciliação e mediação. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**. São Paulo, v.2, n.1, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. *In*: WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do Acordo**: A mediação no direito. 1ª Ed. Florianópolis: Editora EModara, 2018.

PELUSO, Cezar. Prefácio. *In*: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). **Mediação no judiciário**: teoria na prática. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 75, pp. 443-466, jul./dez. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Dicionário de mediação**. v. 2. M-V. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

STANGHERLIN, Camila Silveira; SPENGLER, Fabiana Marion. As recentes políticas públicas de autocomposição de conflitos e a (in) compatível formação dos profissionais de direito. **Revista Direito Em Debate**. Editora Unijuí, n. 55, jan./jun. 202130(55), 49–57.

SUÁREZ, Aury Mayerly Acevedo; CASTILLO, Zaida Maritza Rojas. Generalidades del conflicto, los procesos de paz y el posconflicto. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB**. Vol. 46, No. 124, PP. 33 – 45, enero – junio, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**. A mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1999.

A CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS

THE INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND THEIR FAMILY MEMBERS

Diego Turbino Dutra¹

Recebido/Received: 09.10.2023/Oct 9th, 2023

Aprovado/Approved: 09.11.2023/Nov 9th, 2023

RESUMO: Diante de um cenário moderno de globalização e processos migratórios constantes, o presente trabalho realiza uma análise sistemática acerca da Convenção Internacional para a proteção dos Direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, assinada em 18 de dezembro de 1990 pelas Nações Unidas, bem como dos direitos contemplados nesta convenção, seja para o trabalhador migrante, seja para os membros da sua família. Será realizada uma análise sistemática das normativas bases desta convenção, bem como do processo universal que a precedeu, inclusive em seu preâmbulo, passando pela análise dos países que já a aderiram, e pretende ainda, ao final, concluir com a análise da atual situação de aplicabilidade desta convenção, inclusive analisando alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos migratórios dos trabalhadores. E ainda, em conclusão, far-se-á um comparativo entre os países membros e a condição de exportador ou importador de mão de obra imigrante, visando desenhar um padrão característico da aplicação fática desta convenção.

PALAVRAS-CHAVE: convenção internacional; direitos humanos; trabalhadores migrantes; direitos dos trabalhadores migrantes; família dos trabalhadores migrantes.

ABSTRACT: Faced with a modern scenario of globalization and constant migration processes, the present work carries out a systematic analysis of the International Convention for the protection of the Rights of all migrant workers and their family members, signed on December 18, 1990 by the United Nations, as well as the rights contemplated in this convention, whether for the migrant worker or for his family members. A systematic analysis of the normative bases of this convention will be carried out, as well as the universal process that preceded it, including its preamble, passing through the analysis of the countries that have already adhered to it, and intends, in the end, conclude with the analysis of the current situation of applicability of this convention, including analyzing some judgments of the Inter-American Court of Human Rights on migratory rights of workers. And still, in conclusion, a

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Portucalense, Porto, Portugal. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7126431103566036>. E-mail: diegoturbino@yahoo.com.br

comparison will be made between the member countries and the condition of exporter or importer of immigrant labor, aiming to draw a characteristic pattern of the factual application of this convention.

KEYWORDS: international convention; human rights; migrant workers; rights of migrant workers; family of migrant workers.

INTRODUÇÃO

É hora de olhar de forma mais abrangente as várias dimensões da questão migratória, que agora envolve centenas de milhões de pessoas e afecta os países de origem, trânsito e destino. Precisamos de entender melhor as causas dos fluxos internacionais de pessoas e a sua complexa inter-relação com o desenvolvimento (ANNAN, KOFI, Secretário-Geral das Nações Unidas, 2002).¹

A globalização trouxe à nova ordem mundial relações múltiplas antes nunca imaginadas. Referendada, e propiciada pela internet, bem como pela evolução dos meios de comunicação e transportes como um todo, as barreiras físicas entre nações vem se tornando cada vez mais facilmente transponíveis, possibilitando assim que notícias e eventos de um lado do planeta cheguem ao outro em questão de minutos, ou até mesmo que se achesse centenas de milhares de quilômetros em questões de horas.

Todo esse processo de globalização e rompimento de barreiras entre nações vem possibilitando ao mundo intercâmbios culturais, profissionais e até mesmo econômicos, que tendem, em um consenso maior, a progredir o desenvolvimento mundial. Em contrapartida, toda essa aproximação mundial escancara diferenças sociais e econômicas gigantescas, que quando comparadas, reforçam todo o contexto histórico de dominação e exploração do velho continente sobre suas colônias.

Na mesma velocidade que se acessa informações atualizadas sobre uma outra nação, se revela e escancara as disparidades existentes entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos, ou também aqueles em desenvolvimento, como aqueles analisados nesse trabalho. É inegável que vivemos, ainda hoje, em pleno século XXI, resquícios claros e evidentes de um processo colonizador maçante e degradante de suas colônias, que, enquanto perpetuado, mesmo que com uma nova roupagem atual, como por exemplo, através da imposição dessas ex-

¹ ANNAN, KOFI, Secretário-Geral das Nações Unidas (1997 - 2007), no seu relatório sobre o fortalecimento da Organização, 2002.

colônias em gerir sua economia em grande parte por produtos primários, vendendo-os às suas antigas colonizadoras e recomprando através de produtos faturados, uma vez que a tecnologia, a informação, o conhecimento e o desenvolvimento ficaram por muitos séculos concentrados na mão dos dominadores, ou como bem definiu a professora Isabel Castro Henriques:

A colônia é ainda considerada, sobretudo nos países dos antigos colonizadores, como um terreno minado, pois não permite a cicatrização das feridas deixadas pelo colonialismo, não ajuda a silenciar um passado incômodo, dificultando a reconciliação entre os povos. O colonialismo, que chegou tarde ao vocabulário contemporâneo, transformou-se na dimensão pejorativa da colonização, englobando a colonização, os seus excessos, a sua legitimação e evocando o neocolonialismo (HENRIQUES, 2015, p. 4).

Contextualizando todo esse cenário, conseguimos compreender os processos migratórios à procura de novas e melhores oportunidades de vida, que ocorrem, principalmente, de trabalhadores de países subdesenvolvidos para países desenvolvidos, o como também analisaremos aqui nesse trabalho, a migração de mão de obra específica e qualificada, para países escassos da mesma.

Deixar suas raízes, sua família, seus laços mais profundos para trás e migrar, não é fácil, tem-se que estar muito inclinado a buscar algo melhor, ou necessitando disso, pois do contrário não sairia dali. Então, muito mais que um processo social, antropológico ou até mesmo jurídico, a migração é um processo íntimo, subjetivo, intrínseco à dor de cada um de uma forma, que delimita novas condutas de vida, muitas vezes dolorosas.

É nesse contexto, ainda atual, porém conturbado, que em 18 de dezembro de 1990 a Organização das Nações Unidas (ONU) adota, pela Resolução 45/158, em Assembleia-Geral, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, que passaria a entrar em vigor somente em 1 de julho de 2003 visando amparar, abarcar e dar efetividade aos direitos migratórios de todos os trabalhadores migrantes, bem como os membros de sua família.

Os direitos dos imigrantes é uma classe específica de direitos que reconhece peculiaridades enfrentadas por estes, que apesar de derivarem dos tratados gerais de Direitos Humanos, não foram mencionados nestes, o que justifica o presente estudo, visando, inclusive, compreender a evolução desses direitos no contexto mundial atual.

O presente trabalho parte do problema encontrado na própria Convenção, e em outros dispositivos sobre direitos dos trabalhadores migrantes, o baixo índice de adesão da comunidade internacional. Assim, pretende responder se é possível criar normas consuetudinárias de direito internacional nesse tema, mediante as reiteradas práticas já existentes?

Pretendendo responder tal questionamento será realizada uma análise sistemática das normativas bases desta convenção, artigo após artigo, bem como do processo universal que a precedeu, inclusive em seu preâmbulo, passando pela análise dos países que já a aderiram, suas características e semelhanças, e pretende ainda, ao final, concluir com a análise da atual situação de aplicabilidade desta convenção, inclusive analisando alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos migratórios dos trabalhadores.

Utilizando-se de uma metodologia analítica de comparação pretende-se fazer um comparativo entre os países membros e a condição de exportador ou importador de mão de obra migrante, visando desenhar um padrão característico da aplicação fática desta convenção, principalmente no tocante a sua efetividade e vinculação, utilizando-se do método de análise de dados e informações para se estabelecer os parâmetros intrínsecos a ela.

1 O SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE MIGRANTES E SEUS MARCOS LEGAIS

As especificidades e peculiaridades que envolvem o direito migratório global nos leva aos primeiros movimentos e discussões surgidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no início do século XX, especificamente na segunda década do século, levando a Genebra, em 19 de maio de 1925, com o tratado que leva o nome da data da sua assinatura, Convenção nº 19, que dispõe sobre a igualdade de tratamento dos trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidente de trabalho.

Faz-se necessário destacar que a referida convenção teve como foco igualar os trabalhadores estrangeiros¹ aos nacionais no tocante às indenizações por

¹ O termo estrangeiro foi se adaptando com o tempo até chegarmos ao conceito de imigrante atual, mesmo porque carregava consigo um estigma, por entender o estrangeiro como aquilo que é estranho a um local ou cultura.

acidente de trabalho, ou seja, acidentes que ocorriam dentro do local de trabalho ou em decorrência deste, o que fica claro na leitura do seu artigo primeiro:

Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificarem a presente Convenção obrigam-se a conceder aos nacionais de qualquer outro Membro que tenha ratificado, quando vítimas de desastres no trabalho ocorridos no respectivo território, ou aos seus sucessores no respectivo direito, um tratamento igual ao que assegurarem aos seus nacionais em matéria de reparação de desastres no trabalho (OIT, 1949. Convenção nº. 19).

Interessante ressaltar um detalhe histórico importante nesse caso, uma vez que ainda tínhamos, num contexto global, colônias, possessões e protetorados, o que ficou claro no artigo nono da convenção, que vinculou a ratificação dos Estados Membros à aplicação em todas as suas colônias, posses e protetorados, de igual forma e direito.

Apesar de um fenômeno existente há milênios¹, o processo migratório começou a ganhar destaque como pauta de discussões globais no último século, chegando ao centro das discussões sobre Direitos Humanos na ONU a partir do final da década de 1979 e início da década de 1980, quando de fato se entendeu o processo migratório como algo com características específicas, que reconhecem que os imigrantes são uma categoria de pessoas vulneráveis, que enfrentam problemas específicos e oriundos do próprio processo migratório, uma vez que rompem com o seio de suas raízes, e vão, muitas vezes rumo ao desconhecido.

Assim, em 1979, a ONU preparou um estudo sobre as disposições internacionais de proteção aos direitos humanos daqueles que não são cidadãos do seu próprio Estado visando a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias em um âmbito global. Desse estudo concluiu-se que os direitos dos não nacionais não estavam ainda universalmente protegidos, sendo claro a precariedade as quais esta população era exposta, bem como que as normas de direitos humanos até então existentes não conseguiam, de fato, proteger essas pessoas. Como condição para a melhora e evolução dos direitos humanos dos imigrantes em um cenário global, o referido estudo sugeriu à Comunidade Internacional a aprovação de um projeto que ficou conhecido como: Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem (DDHIN).

¹ As primeiras migrações que se tem registro datam da pré-história.

1.1 Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que Não São Nacionais do País em que Vivem

A referida Declaração foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de dezembro de 1985, por meio de sua Resolução 40/144 e estava inserida no grupo dos trabalhos da comissão que originou a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, que se reuniu pela primeira vez em 8 de outubro de 1980, sendo a primeira iniciativa da Assembleia Geral da ONU para regulamentar direitos humanos voltados para o processos migratórios internacionais, como destaca a professora Susana Ranz¹:

A Declaração reconhece pela primeira vez direitos próprios da pessoa que não se encontra em seu país de origem, como direito de transferir para o exterior seus ganhos, economias ou outros bens monetários pessoais, o direito de conservar seu próprio idioma, cultura e tradições, ou a liberdade de em qualquer momento se comunicar com o consulado ou a missão diplomática do Estado de que seja nacional (RANZ, 2010, p. 125).

O texto da Declaração, que é um instrumento normativo soft law², é bem curto e se firma sobre dez artigos, se fundamentando sobre a proteção do direitos humanos de uma forma mais ampla, e caracterizando direitos considerados como fundamentais aos migrantes e aos seus membros, reconhecendo assim que a ausência de direitos humanos e as liberdades fundamentais que protegem os migrantes deve ser suprida como medida de urgência, tanto que, dos estudos iniciais apresentados a Subcomissão para Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias da ONU, em 1979, à efetiva proclamação pela Assembleia Geral das Nações Unidas da supracitada Declaração, em 1985, transcorreram aproximadamente seis anos.

Sob o argumento de que os direitos humanos dos migrantes não estavam completamente assegurados, e após alguns anos de trabalho e estudos prévios, ao contrário do que aconteceu com a Declaração Universal de Direitos Humanos que teve aceitação internacional e ganhou poder vinculante através da celebração dos

¹ Tradução do autor de: “La Declaración recoge por primera vez derechos propios de la persona que no se encuentra en su país de origen como el derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones o La libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o La misión diplomática del Estado de que sea nacional” (RANZ, Susana Roder. 2010, p. 125).

² Lei Branda, termo utilizado para se falar de um texto que ainda não tem força de lei, vinculativa, que não pode ser feito cumprido por organismos internacionais.

Pactos Internacionais de Direitos Humanos assinado em 1966, a Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem não teve a mesma aceitação, não se tornando norma consuetudinária, e ainda hoje passa despercebida de grande parte da comunidade jurídica internacional.

A grande discussão que surge com essa Declaração é o que alguns doutrinadores interpretam como um movimento contrário ao desenvolvimento dos Direitos Humanos modernos, que visam frear o poder estatal frente aos indivíduos, conceituado e interpretado pelo professor Cançado Trindade como: “não se pode visualizar a humanidade como um sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecermos limites do Estado a partir da ótica da humanidade. (TRINDADE, 2006, p. 393)¹. Na contramão, a Declaração traz, já em seu artigo segundo, o reconhecimento do direito soberano do Estado em fixar suas próprias políticas migratórias, bem como estabelece diferenças claras entre o estrangeiro e o nacional:

Artigo 2º - 1. Nada na presente Declaração será interpretado de forma a legitimar a entrada e a presença ilegais de um estrangeiro em qualquer Estado, e nenhuma disposição será interpretada de forma a restringir o direito de qualquer Estado a promulgar leis e regulamentos relativos à entrada de estrangeiros e aos termos e condições da sua estadia ou a estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros. Porém, tais leis e regulamentos não deverão ser incompatíveis com as obrigações jurídicas internacionais do Estado, incluindo as suas obrigações em matéria de direitos humanos. (ONU, 1985. Resolução 40/144).

É somente no artigo quinto da Declaração, metade formal do seu texto, que temos de fato um rol taxativo e explicativo quanto aos direitos humanos protegidos da população migratória, o que acontece pela primeira vez no direito migratório internacional, voltado aos direitos próprios da pessoa que não encontra em seu país de origem, como: direito de transferir, para o exterior, seus ganhos, economias ou outros bens monetários pessoais, o direito de conservar sua própria língua, cultura e tradições, ou liberdade de em qualquer momento se comunicar com o consulado ou a missão diplomática do Estado de que seja nacional, entre outros, conforme abaixo:

Artigo 5º - 1. Os estrangeiros gozarão, em conformidade com o direito interno e sem prejuízo das pertinentes obrigações internacionais do Estado onde se encontrem, em particular, os seguintes direitos:

a) O direito à vida e à segurança pessoal; nenhum estrangeiro será sujeito a prisão ou detenção arbitrária; nenhum estrangeiro será privado de liberdade

¹ Tradução do autor de: “No se puede visualizar La humanidad como sujeto del Derecho a partir de la óptica del Estado; lo que se impone es reconocerlos limites del Estado a partir de la óptica de La humanidad” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 2006, p. 393).

a não ser com os fundamentos e em conformidade com os procedimentos estabelecidos por lei;

b) O direito à proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência;

c) O direito à igualdade perante os tribunais, juízos e todos os outros órgãos e autoridades de administração da justiça e, se necessário, o direito à assistência gratuita de um intérprete nos processos penais e, se estabelecido por lei, em outros processos;

d) O direito à escolha do cônjuge, a casar, a constituir família;

e) O direito à liberdade de pensamento, opinião, consciência e religião; o direito de manifestar a sua religião ou as suas convicções, sob reserva apenas das restrições estabelecidas por lei e que sejam necessárias para a proteção da segurança, ordem, saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais;

f) O direito de conservar a sua própria língua, cultura e tradições.

g) O direito de transferir para o estrangeiro os seus rendimentos, poupanças ou outros bens monetários pessoais, sem prejuízo da regulamentação nacional em vigor em matéria de operações monetárias.

Reforçando ainda mais essa contramão da compreensão dos Direitos Humanos modernos, como freio ao poder estatal, constata-se que a maioria dos direitos previstos pela Declaração podem expressamente serem restritos pelo poder do Estado Membro, conforme previsão expressa dos art. 5º, 2, do art. 7º e do art. 8º, §1, b, que o autoriza por uma lei nacional que vise “à proteção da segurança nacional, da segurança pública, da ordem pública, da saúde ou moral públicas ou dos direitos e liberdades dos demais” (ONU, 1985).

O entendimento aplicado pela Declaração da prevalência dos direitos do Estado sobre os dos indivíduos, sem critérios específicos, de forma subjetiva, acarretou no reconhecimento excessivo do poder discricionário do Estado, consubstanciado na própria inaplicabilidade da Declaração, uma vez que o seu próprio texto reduzia o alcance protetivo dos direitos que nela estavam elencados.

2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS

É nesse contexto de acirrados debates e discussões quanto a importância dos direitos migratórios internacionais, bem como a ausência de vinculação normativa da DDHIN, que nasce a presente Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (CIPDTM), um tratado de natureza jurídica multilateral, *hard law*, fruto de inúmeros estudos preliminares quanto à necessidade de um olhar mais profundo

e específico aos direitos humanos dessa população, que vive em situação de vulnerabilidade.

Nesse íterim, a CIPDTM surge como um esforço das Nações Unidas em dar poder vinculante (*hard law*¹) à Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem, que a antecedeu, e que também foi fruto dos trabalhos prévios da Subcomissão para Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias da ONU.

Entretanto, a mesma rapidez e urgência que se viu na DDHIN, não se viu com a elaboração, discussão e aprovação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, uma vez que, desde a elaboração dos primeiros estudos em 1980, até a sua aprovação pela Resolução nº 45/158, de 18 de dezembro de 1990, transcorreram-se uma década.

A importância dessa Convenção para o mundo jurídico dos direitos migratórios internacionais é gigantesca, não só por ser a primeira convenção sobre direitos humanos específicos dos trabalhadores migrantes no âmbito da ONU, mas também por fazer parte de um conjunto de tratados globais que visam proteger especificamente o direito de minorias, particularmente vulneráveis. Em que pese os direitos dos trabalhadores migrantes já tenham sido objetos de convenções e tratados junto a OIT, em específico a Convenção nº. 97 de 1949 que tratava sobre os trabalhadores migrantes, que foi uma revisão da própria Convenção nº. 19, bem como a Convenção nº. 143 de 1975, que tratava sobre as migrações em condições abusivas, bem como promovia a igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes, baseando-se no pilar jurídico do “direito de todo o indivíduo poder abandonar qualquer país, incluindo o seu, e de entrar no seu próprio país.” (OIT, 1975), foi com esta convenção que tais direitos humanos são levados à discussão dentro da ONU, bem como se inicia o entendimento do conceito de família desses imigrantes como parte do próprio processo migratório desses trabalhadores.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias é bem complexa e conta com um vasto arcabouço de artigos, em um total de 93 dispositivos divididos em

¹ Lei Rígida, termo utilizado para se falar de um texto que tem força de lei, força vinculativa, que pode ser feito cumprido por organismos internacionais.

nove partes, sendo que a Parte I define conceitos essenciais à sua interpretação; a Parte II apresenta uma cláusula geral de não discriminação; a Parte III lista os direitos que todos os migrantes devem usufruir; a Parte IV acrescenta direitos específicos dos migrantes regulares e a Parte V prevê direitos específicos de categorias específicas de migrantes; a Parte VI detalha as obrigações e responsabilidades dos Estado e; as Partes VII, VIII e IV, por fim, tratam da aplicação da Convenção e suas possíveis reservas por parte dos Estados Membros.

2.1 Preâmbulo

Na CIPDTM nos deparamos com um preâmbulo um pouco extenso, retratando os principais objetivos da convenção, bem como enunciando os princípios basilares nos quais a Convenção se escora para ser criada. Os princípios enunciados em seu preâmbulo se escoram especialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Para além, esta Convenção reafirma os preceitos e princípios trazidos pelas convenções, pactos e declarações anteriormente citadas neste trabalho, afim de reforçar, e criar, pela repetição de normas e pela prática, uma norma de direito internacional consuetudinária, ou seja, normas criadas pela repetição de prática e reconhecimento internacional dos Estados.

Durante todo o texto do preâmbulo desta Convenção nos deparamos com verbos que nos remetem às ações de continuidade, como seguimento do que já foi construído até aquele momento, tanto é que os verbos utilizados se apresentam no tempo verbal do gerúndio, exatamente para trazer essa ideia de ação em movimento ou duradoura, quais sejam: Reafirmando, Recordando, Reconhecendo, Considerando, Convencidos, Tomando em consideração e Convictos. E assim se confirma com o próprio texto apresentado, a todo momento reafirmando os preceitos e princípios já consolidados de direitos humanos voltados à população migratória, recordando tudo o que já fora produzido em matéria de direito migratório até ali, bem como reconhecendo a importância do tema tratado, bem como das vulnerabilidades

dos migrantes e de suas famílias, e ainda, a extensão global dos efeitos migratórios na atualidade daquele contexto.

Por fim, baseados nos estudos prévios realizados, nos trabalhos das comissões e subcomissões envolvidas, bem como na própria DDHIN anteriormente trazida pela ONU, se postam convictos de que as migrações são a causa de graves problemas para os membros das famílias dos trabalhadores migrantes bem como para os próprios trabalhadores, e ainda que se agravam nos casos das migrações irregulares. Certos da necessidade da proteção dos direitos dessas populações e visando uma adesão e aplicação universal, acordaram quanto à presente Convenção.

2.2 Determinação de entrada em vigor da presente convenção

A entrada em vigor de um tratado refere-se ao início de sua aplicabilidade entre as partes, como o começo de vinculação direta entre os membros daquele contrato, ou seja, o início de fato da aplicação da vontade das partes.

Conforme se observa pelo art. 24 da Convenção de Viena, um tratado entra em vigor nos termos e data que estiverem previstos nele, dentre as condicionantes que o próprio tratado trouxer, acordadas pelos Estados que daquele tratado tenham participado, ou, na falta destas previsões, conforme prevê o item 2 do referido artigo³: “que o consentimento em ficar vinculado pelo tratado seja manifestado por todos os Estados que tenham participado na negociação” (ONU, 1969. Resolução nº. 67/2003), ou seja, na ausência de disposições próprias e claras no próprio tratado, este entrará em vigor quando os consentimentos em ficar vinculado àquele tratado seja manifestado por todos os Estados que tenham participado das negociações para a constituição do mesmo.

Superados tais entendimentos, voltamos nossa análise para as questões pertinentes à entrada em vigor da Convenção dos Trabalhadores Imigrantes, objeto desse estudo. Conforme disposto em seu artigo 87, a referida convenção entrou em vigor no primeiro dia seguinte após três meses da data de depósito¹ do vigésimo

¹ A data de depósito do instrumento do tratado, conforme artigo 16º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, dar-se-á de três maneiras: da troca dos instrumentos entre os Estados Contratantes, do seu depósito junto ao depositário ou da notificação aos Estados Contratantes ou ao depositário, se assim for acordado.

instrumento de ratificação¹, ou seja, em 1º de julho de 2003, após a assinatura dos Estados Membros El Salvador e Guatemala, que ambos ratificaram em 14 de março de 2003.

Neste mesmo sentido, o referido artigo convencionou que para aqueles Estados que aderissem à presente Convenção após a mesma entrar em vigor, esta vincularia o referido Estado somente após três meses da data de depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.

Assim sendo, de acordo com a ONU, hoje 58 Estados são membros desta convenção, e 40 são signatários, sendo que os dois últimos Estados a ratificarem a convenção foram Chad em 22 de fevereiro de 2022 e Malawi em 23 de setembro de 2022. Da aprovação da Convenção em 18 de dezembro de 1990 pela Assembleia-Geral da ONU até que a mesma entrasse em vigor, em 1º de julho de 2003, transcorreram ainda quase 13 anos, um período muito longo se pensarmos que o dobro do mínimo exigido já fazia parte como Estados participantes na elaboração da Convenção.

3 ESTADOS MEMBROS

Conforme dados já citados, atualmente a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias conta com 58 Estados Membros, mapeando a distribuição desses países este trabalho constatou que: a grande maioria vem do continente africano, um total de 28 países, 9 países da Ásia, 9 países da América do Sul (somente Brasil e Suriname não fazem parte), 8 países da América Central, 2 da Europa, 1 país da América do Norte, o México, e 1 país da Oceania, Fiji.

Esse desenho da distribuição geográfica dos Estados Membros nos indica claramente alguns pontos muito importantes sobre os contextos geográficos e socioeconômicos mundiais: primeiro, a maioria dos Estados membros dessa Convenção são países exportadores de mão de obra para outros países, tendo alguns exemplos clássicos como Filipinas, México, Marrocos e países latino-americanos. Esses países, inclusive, em suas justificações de ratificações da referida Convenção apresentam, como um dos fundamentos, a proteção da sua

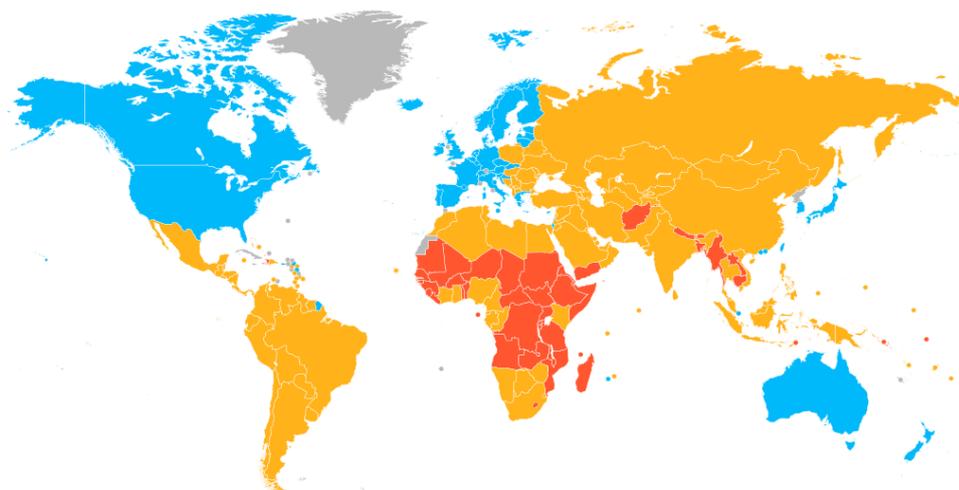
¹ A data do vigésimo depósito ocorreu em março de 2003.

população que vive fora do seu território, ou seja, aqueles nacionais que emigram para outros países, por diversos fatores.

Um segundo ponto, e muito importante, que se identifica analisando esses Estados Membros, está relacionado com a distribuição do desenvolvimento socioeconômico global, ou seja, os países que assinaram a presente Convenção são, e esmagadora maioria, países subdesenvolvidos, ou em desenvolvimento, conforme os critérios estabelecidos pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pela Organização das Nações Unidas.

Para uma melhor compreensão e visualização desse confronto de informações, entre Estados Membros da Convenção e países Subdesenvolvidos ou em Desenvolvimento, utilizamos o mapa da Alice Hunter que coletou e mapeou os dados apresentados pela ONU em 2021 e pelo FMI em 2002. É importante esclarecer que o mapa utiliza dois critérios para ser construído, o primeiro pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), constituído de indicadores econômicos globais, tais como renda per capita, Produto Interno Bruto, Inflação e etc., tendo a separação entre economias avançadas e economias emergentes e em desenvolvimento, enquanto o segundo, pela ONU, foi constituído de indicadores de desenvolvimento humano, levando em conta os países menos desenvolvidos do globo.

Figura 1 – Distribuição Geográfica dos Países Desenvolvidos, Em Desenvolvimento e Menos Desenvolvidos¹



Fonte: Alice Hunter – Dados fornecidos pela ONU (2021) e FMI (2022).

¹ Os países designados pelo Fundo Monetário Internacional como economias avançadas estão em azul, enquanto os países designados como economias emergentes e em desenvolvimento estão em laranja e vermelho; destes, os designados pelas Nações Unidas como países menos desenvolvidos estão em vermelho, enquanto outros estão em laranja. Os países mostrados em cinza não foram classificados pelo FMI ou pela ONU.

A partir da análise do mapa acima fica fácil de se perceber que a demarcação que separa os países avançados e desenvolvidos (em azul), dos países emergentes ou menos desenvolvidos (em laranja e vermelho), coincide claramente com a separação entre os Estados Membros da Convenção e aqueles que não a ratificaram, começando pelo México, passando por toda a América do Sul, toda África, parte da Europa oriental e indo por toda a Ásia. Os continentes aos quais a grande maioria dos Estados Membros pertencem, América Central, América do Sul, África e Ásia são compostos de países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento, reforçando a característica de países exportadores de mão de obra migrante, que em sua maioria migram em busca de melhores qualidades de vida para si e os membros de suas famílias.

3.1 O equilíbrio entre a soberania estatal e os direitos humanos dos trabalhadores migrantes

Toda essa dificuldade de adesão dos Estados reflete, até os dias de hoje, como que os direitos migratórios são, ainda, sensíveis do ponto de vista da soberania dos Estados, que, temerosos por possíveis conflitos em seus territórios, tendem, cada vez mais se blindarem de processos migratórios, principalmente permanentes ou duradouros. E ainda, refletem, também, o desinteresse global dos Estados em promoverem e criarem políticas públicas em defesa dos direitos daqueles que não lhes são nacionais.

Visando equilibrar essa tensão entre a autonomia territorial dos Estados, e a necessidade de proteção dos direitos humanos da população migratória, a própria Convenção estabelece limites e diretrizes, seja ao prever significativos direitos aos migrantes indocumentados, seja quando os prevê em menor escala do que aqueles conferidos aos migrantes regulares. Neste mesmo sentido, deixa claro e reafirma a soberania estatal ao dispor em seu art. 79 que “nenhuma disposição da presente Convenção afecta o direito de cada Estado Parte de estabelecer os critérios de admissão de trabalhadores migrantes e membros das suas famílias”.

Apesar dessa tentativa de equacionar a balança entre a soberania do Estado e a aplicação dos direitos humanos individuais dos migrantes, resta claro que o peso do poder estatal desequilibrou, restando certo que a própria Convenção reconheceu expressamente que a soberania estatal poderia limitar direitos humanos nela

expressos, o que por si só já é um paradoxo, pois cria mecanismos limitadores da sua própria atuação. Fica claro que essa reserva de poderes ao Estado, principalmente expressa nos arts. 35, 42 e 56 da Convenção foi incluída com o intuito de afastar o receio de muitos países em ratificá-la, porém não atingiu esse objetivo de ampliar a adesão internacional e ainda limitou o alcance dos direitos protegidos por esta.

Esse claro desequilíbrio afeta, principalmente, os trabalhadores migrantes não documentados, que são o subgrupo mais vulnerável, pois ficam à sombra da discricionariedade do Estado quanto às medidas punitivas que sofrerão, como por exemplo a própria deportação, não sendo possível sequer reivindicar seus direitos protegidos por esta Convenção. Não sendo raro noticiar situações de explorações sofridas por essa população, que, por serem indocumentados são explorados e ameaçados por empregadores que os amordaçam sob a ameaça de lhes entregar à imigração. Por certo a própria Convenção criou mordaças práticas para que os migrantes indocumentados pudessem questionar os seus direitos protegidos por ela mesma, permitindo que, em muitos casos, o próprio violador dos direitos dessa população, seus empregadores exploradores, os ameacem com a aplicação legal constituída pela Convenção, o direito nacional da deportação.

Assim define muito bem Ana Paula Saladin:

Um dos nichos de exploração do trabalho análogo ao de escravo está justamente na exploração do trabalhador imigrante, submetido a condições ilegais ou precárias, ao qual se subordinam em razão do medo da deportação e da esperança de, com o trabalho, conseguir obter dinheiro e condições futuras de legalização (SALADIN, 2012, p. 163).

Conforme percebe-se, na prática recorrente, é que a prevalência do controle estatal migratório não resguarda o migrante indocumentado, ao contrário, faz-se que o mesmo se submeta às condições degradantes e humilhantes sob o fantasma da deportação, inclusive dissuadindo-o de requerer seus direitos previstos nessa Convenção, especificamente no art. 25, sob a ameaça da exposição da sua condição imigratória irregular. O art. 35 da CPDTM, neste íterim, expressamente claramente a inexistência de qualquer imunidade ou anistia ao migrante indocumentado que reivindique seus direitos garantidos pela Convenção:

Nenhuma das disposições da parte III da presente Convenção deve ser interpretada como implicando a regularização da situação dos trabalhadores migrantes ou dos membros das suas famílias que se encontram indocumentados ou em situação irregular, ou um qualquer direito a ver regularizada a sua situação, nem como afetando as medidas destinadas a

assegurar condições satisfatórias e equitativas para a migração internacional, previstas na parte VI da presente Convenção (ONU, 1990).

Ora, aqui está firmado mais uma grande contradição criada pela própria Convenção, que, ao classificar e separar os migrantes quanto a sua condição de regularidade, também reserva direitos para os migrantes indocumentados, porém inviabiliza que os mesmos reivindiquem tais direitos, pois além de não citar uma proteção para que assim o façam, estabelece expressamente que estes não terão qualquer proteção quando assim o fizer.

4 OS DIREITOS ABARCADOS PELA CONVENÇÃO DOS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS

Conforme já trazidos no preâmbulo da Convenção, os direitos abarcados pelo seu texto legal têm a natureza de direitos humanos e individuais, elencando um rol de direitos fundamentais dos migrantes e dos membros das suas famílias, tais como o direito à vida, liberdade de pensamento e religião, direitos culturais, segurança pessoal, devido processo legal, igualdade perante o judiciário, planejamento familiar, direito de fazer remessas ao seu país de origem e etc.

De início o primeiro artigo da Convenção já garante aos migrantes e aos membros de suas famílias a aplicação em igualdade de todos os direitos elencados nela, vedando qualquer discriminação, seja por raça, sexo, cor, religião, convicção política e outras, garantindo assim a igualdade entre todos aqueles que forem sujeitos de direitos perante a Convenção.

Do mesmo modo, já no artigo segundo, confere a aplicação de todos os direitos ali elencados naquela Convenção a todo o processo migratório dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias, compreendendo assim tanto a preparação da migração, a sua partida, o trânsito¹, bem como a duração da sua estada, e por fim, o regresso ao seu Estado de origem. Aqui temos um ponto importante, pois a Convenção pretendeu proteger o processo migratório como um todo, que começa e termina no Estado de origem do migrante, haja vista que leva em consideração, para proteção de direitos, todo o processo preparatório, bem

¹ A Convenção define em seu art. 6º, c, Estado de Trânsito como qualquer Estado por cujo território a pessoa interessada deva transitar a fim de se dirigir para o Estado de emprego ou do Estado de emprego para o Estado de origem ou de residência habitual.

como o curso desse processo, seja nos países de trânsito daquele migrante, seja no seu destino final como migrante, bem como por fim, o seu regresso à sua pátria.

Os Direitos Humanos em si são elencados a partir do art. 8º da Convenção, em sua Parte III, que vai até o art. 35º e versam em suma sobre direito ao livre trânsito, a ir e vir, inclusive quanto a regressar ao seu Estado de origem, a vida, a proibição da tortura, a vedação ao serviço escravo, de servidão ou às condições análogas aos mesmos, liberdade de pensamento, de consciência e religião, liberdade de expressão, inviolabilidade do seu domicílio e vida privada, de terem seus bens constrictos, à preservação da sua segurança, a condições especiais e dignas de prisão, em casos de cometimento de crimes, direitos de recorrerem à justiça, proteção a proibição somente tipificada em lei, vedação a detenções em virtudes de não cumprimento de regras do contrato de trabalho, proteção aos seus documentos pessoais, vedações às expulsões coletivas, direito de acesso e proteção às autoridades diplomáticas e consulares, reconhecimento de sua personalidade jurídica, podendo abrir empresas, a igualdade no tratamento com nacionais em questões trabalhistas, participação em reuniões sindicais e a eles se filiarem, acesso igualitário à direitos previdenciários e de segurança social, direito a saúde, direito a identidade civil, acesso a educação, manter laços culturais com seu Estado de origem, transferir seus ganhos e poupanças para o Estado de origem, direito ao acesso a informações quanto aos direitos previstos nesta Convenção.

A presente Convenção faz uma diferenciação taxativa quando aos trabalhadores migrantes e suas famílias documentados e indocumentados, trazendo outros direitos específicos daqueles que estão em situação regular, direitos esses que vão do art. 36º ao art. 56º, que visam trazer mais privilégios e proteções àqueles que, no entendimento da Convenção, cumpriram as condições e regulamentos para se tornarem documentados dentro de um determinado Estado membro. Os outros direitos elencados na Parte IV da Convenção são: direito de informações quanto as exigências legais para manutenção dos seus documentos migratórios; direito de se ausentarem do Estado de emprego sem perda da condição de documentado; de circular livremente por todo o território do estado de emprego; de constituir associações e sindicatos; participação de assuntos políticos, inclusive votar e se candidatar em seu Estado de origem; acordos de bilateralidade trabalhista entres os estados Membros; direitos de igualdade aos nacionais em matéria de educação, habitação, saúde, cultura, serviços sociais; o direito a proteção da família;

importação e exportação dos seus bens pessoais ou domésticos; igualdade de carga tributária com os nacionais; igualdade de autorização de residência e trabalho; direito ao reagrupamento familiar em caso de falecimento ou dissolução do casamento; livre procura de emprego; igualdade de direitos trabalhistas com os nacionais; vedação a deportação sem previsão expressa na lei.

4.1 Quem são os sujeitos de direitos tratados na convenção

A Convenção define dois grandes grupos de sujeitos de direitos elencados no seu texto, quais são, os trabalhadores migrantes, que se subdividem em a) trabalhadores fronteiriços, b) trabalhadores sazonais, c) trabalhadores marítimos, d) trabalhadores numa estrutura marítima, e) trabalhadores itinerantes, f) trabalhadores vinculados a um projeto, g) trabalhadores com emprego específico e h) trabalhadores independentes e os membros de suas famílias.

E ainda, em seu artigo terceiro, a Convenção exclui aqueles aos quais ela não se aplica, quais sejam: a) às pessoas enviadas ou empregadas por organizações e organismos internacionais, nem às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado fora do seu território para desempenharem funções oficiais, cuja admissão e estatuto são regulados pelo direito internacional geral ou por acordos internacionais ou convenções internacionais específicas; b) às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado ou por conta desse Estado fora do seu território que participam em programas de desenvolvimento e noutros programas de cooperação, cuja admissão e estatuto são regulados por acordo celebrado com o Estado de emprego e que, nos termos deste acordo, não são consideradas trabalhadores migrantes; c) às pessoas que se instalam num Estado diferente do seu Estado de origem na qualidade de investidores; d) Aos refugiados e apátridas, salvo disposição em contrário da legislação nacional pertinente do Estado Parte interessado ou de instrumentos internacionais em vigor para esse Estado; e) Aos estudantes e estagiários; f) Aos marítimos e aos trabalhadores de estruturas marítimas que não tenham sido autorizados a residir ou a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego (ONU, 1990).

Em seu artigo quinto a Convenção faz uma distinção importante, definindo os conceitos de trabalhadores migrantes e os membros de suas famílias que são documentados, como sendo aqueles que estão em situação regular no Estado de

emprego, bem como os indocumentados, que são aqueles que não preenchem às condições de situação regular no referido Estado de emprego.

4.1.1 Trabalhadores migrantes

A Convenção define trabalhadores migrantes como: “a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma actividade remunerada num Estado de que não é nacional” (ONU, 1990. Resolução nº. 45/158).

Os trabalhadores migrantes são subdivididos por categorias na Convenção, de acordo com as características da atividade laboral que irá realizar, como: a) trabalhadores fronteiriços, que são os trabalhadores que exercem suas atividades laborais em outro Estado vizinho, mas regressa ao seu domicilio todo dia ou uma vez por semana, como por exemplo um médico que fica a semana inteira no país vizinho a sua residência, aonde está o hospital; b) trabalhadores sazonais, que são aqueles que exercem suas atividades durante uma parte do ano, em virtude das condições sazonais do seu trabalho, como por exemplo os trabalhadores de colheitas; c) trabalhadores marítimos, que são os trabalhadores que atuam a bordo de um navio matriculado num Estado do qual não é nacional, por exemplo um pescador argentino que trabalha em um navio uruguaio; d) trabalhadores numa estrutura marítima, que são os trabalhadores que atuam em uma estrutura marítima que se encontra sob a jurisdição de um Estado que não é o seu, como por exemplo o petroleiro que atua na plataforma de petróleo de outro país que não o seu; e) trabalhadores itinerantes, que são aqueles viajam a trabalho para outros Estados por períodos curtos, devido à natureza da sua ocupação, como por exemplo executivos de multinacionais; f) trabalhadores vinculados a um projeto, que são aqueles admitidos em um estado para um emprego por tempo definido, para trabalhar unicamente em um projeto concreto, conduzido por um empregador nesse Estado, por exemplo, um engenheiro de obras que é contratado para projetar um estádio de futebol em outro país que não o seu, por um prazo determinado; g) trabalhadores com emprego específico, que são aqueles que em virtude de um período limitado e definido, podem exercer uma tarefa ou função específica, uma atividade que exige competências profissionais, comerciais, técnicas ou altamente especializadas de outra natureza ou ainda um trabalho de natureza transitória ou de curta duração, devendo regressar ao seu Estado de origem quando do término da tarefa ou função,

ou ainda se expirado o prazo concedido, por exemplo, um pesquisador que vai a outro Estado para contribuir por um período com o desenvolvimento de vacina para a COVID-19; e por fim, h) trabalhadores independentes, que são aqueles autônomos, que exercem atividades sem contratos de trabalho, como por exemplo um comerciante que monta um loja no estado de trabalho.

4.1.2 Membros das famílias dos trabalhadores migrantes

A Convenção define, em seu art. 4º, como "membros da família":

A pessoa casada com o trabalhador migrante ou que com ele mantém uma relação que, em virtude da legislação aplicável, produz efeitos equivalentes aos do casamento, bem como os filhos a seu cargo e outras pessoas a seu cargo, reconhecidas como familiares pela legislação aplicável ou por acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis entre os Estados interessados. (ONU, 1990. Resolução nº. 45/158).

Na leitura do texto da Convenção percebe-se conceitos característicos para a formação de quem são os membros das famílias dos trabalhadores migrantes. Considera-se como membros da família desses trabalhadores aquele com que o trabalhador migrante é casado, ou que mantém uma relação que produza efeitos equivalentes ao casamento à luz da legislação do Estado de Emprego¹, como por exemplo a união estável no Brasil. São considerados também, membros das famílias dos trabalhadores migrantes seus filhos ou outras pessoas que tiverem sob a sua responsabilidade, desde que reconhecidos como familiares pela legislação do Estado de Emprego, ou por acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis entre os Estados.

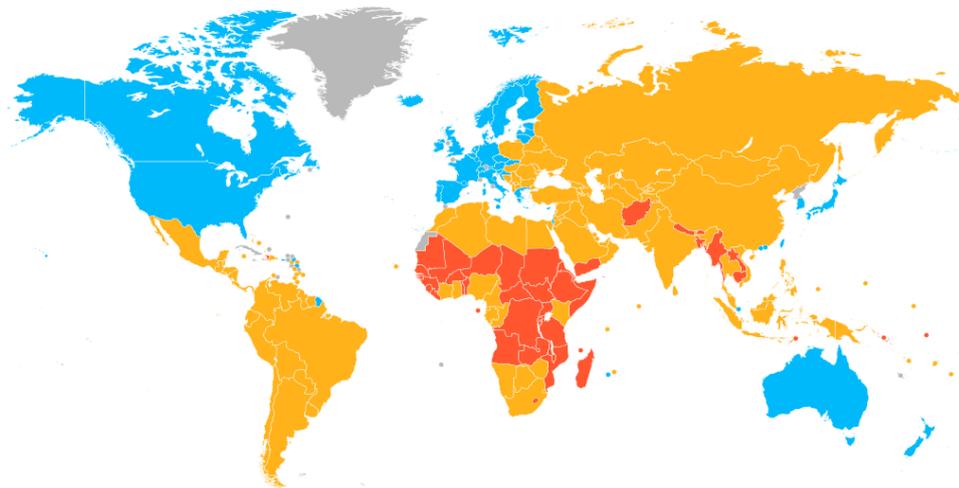
Um grande problema que encontramos nessa configuração de família é a ausência expressa das famílias homoafetivas, que, apesar de se encaixarem no art. 4º como alguém com quem mantém uma relação que produza efeitos equivalentes ao casamento à luz da legislação do Estado de Emprego, deve-se considerar que somente a África do Sul, no continente africano, bem como Taiwan, no continente asiático, permitem o casamento homoafetivo, e nenhum desses dois países são membros desta Convenção.

Analisando o mapa abaixo, que indica quais os países no mundo que permitem o casamento homoafetivo, ou a união estável (de roxo claro e escuro), fica claro que são inversamente proporcionais àqueles Estados Membros da Convenção,

¹ Estado onde o trabalhador migrante vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada.

haja vista que nenhum país africano, bem como nenhum asiático, Membros da Convenção, reconhecem o casamento ou a união estável homoafetiva.

Figura 2 – Mapa de casamentos igualitários e uniões estáveis



Fonte: Ilga Word Data Base (2023).

Vale ressaltar que dos 193 Estados Membros da Organização das Nações Unidas, 12 deles têm legislações que permitem somente a união civil entre pessoas de sexo oposto¹, dentre eles temos, em ordem alfabética: Croácia, Chipre, Estônia, Grécia, Hungria, Israel, Itália, Liechtenstein, Mônaco, Montenegro, República Tcheca e San Marino. Esses dados são importantes para percebermos que para a efetivação plena dos direitos trazidos nessa Convenção faz-se necessário uma grande discussão quanto ao conceito de família, bem como um estudo aprofundado acerca das legislações nacionais de cada Estado Membro, o que não é o foco deste trabalho no momento.

5 CONTEXTO ATUAL GLOBAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES E SUAS FAMÍLIAS

Conforme já narrado amplamente neste trabalho, resta claro que a aderência à presente Convenção foi um fiasco, surpreendendo inclusive àqueles mais pessimistas quando da sua aprovação. O próprio requisito baixo, de somente 20 Estados Membros, para entrada em vigor já demonstrava os receios à resistência de sua adesão.

¹ Dados obtidos pela Organização Ilga Word Data Base em Abril 2023 – Acessado em 28 de julho de 2023 em <https://database.ilga.org/matrimonio-igualitario-union-civil>

Entretanto, vale ressaltar o marco jurídico importante e necessário da presente Convenção, haja vista que, no âmbito das Nações Unidas foi a primeira vez que as vulnerabilidades dos trabalhadores migrantes e suas famílias foi considerada e levada à discussão. No mesmo sentido, resta claro que a ONU procura, com tais discussões, estudos, projetos, pactos, tratados e diretrizes, consolidar uma prática jurídica no direito internacional, na tentativa de se criar uma fonte do Direito Internacional, qual seja, o costume internacional, firmado pelo reconhecimento da comunidade internacional e pela sua prática.

Prova maior são as ações da ONU após 10 anos da entrada em vigor da presente Convenção, com assinatura da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes em 2016 (Soft Law), que reconheceu a necessidade de maior cooperação entre as nações para lidar com a migração de forma eficaz, bem como do Pacto Mundial para a Imigração Segura, Ordenada e Regular (Soft Law), Resolução aprovada pela Assembleia Geral nº. 73/195 em 19 de dezembro de 2018.

5.1 Declaração de Nova Yor para Refugiados e Migrantes assinada em 2016

A Declaração de Nova York é um instrumento *soft law*, com o condão de conscientizar os países do globo quanto às questões crescentes e exponenciais dos refugiados e dos migrantes no contexto atual de globalização, chamando atenção para esse fenômeno que é urgente, existente de fato, e necessário. Por mais que os Estados acreditem que possam fechar suas fronteiras e controlar todos que entram e saem delas, não existe material humano e tecnológico para essa garantia.

Com relação à situação específica dos migrantes, a Declaração objetiva a criação de um sistema de “abordagem cooperativa para otimizar os benefícios gerais da migração, além de mitigar seus riscos e desafios para indivíduos e comunidades nos países de origem, de trânsito e de destino” (ONU, 2018).

Busca-se, com esta Declaração, uma conscientização dos Estados de que é necessário fazer algo. De acordo com um relatório de 2019, feito pela Organização Internacional para Migrações (OIM), estima-se que haja a gigantesca população migratória de aproximadamente 272 milhões de migrantes internacionais no mundo, o que correspondendo a aproximadamente 3,5% da população mundial (OIM, 2019), ou seja, quase 4% da população mundial não vive em seu país de origem, não

mantém plenamente seus laços e raízes, e muitas vezes, sequer consegue rever os seus familiares.

A Declaração alcançou um marco importante ao ser adotada por todos os 193 países-membros da ONU, que juntos, apresentaram compromissos gerais que atendem aos interesses tanto dos migrantes quanto dos refugiados. Todos os pontos firmados se baseiam no respeito aos direitos humanos, aos princípios fundamentais dos seres, incluindo o repúdio a manifestações raciais e xenofóbicas, principalmente aquelas que são imputadas aos migrantes de forma velada, quando não lhe são concedidos direitos em paridade com os nacionais, bem como o reconhecimento da maior vulnerabilidade de certos subgrupos dentro dos migrantes, como o das mulheres e das crianças.

Seguindo a mesma linha da CIPDTM, esta Declaração contempla todo o processo migratório, que começa e termina no Estado de origem do migrante, haja vista que leva em consideração, para proteção de direitos, todo o processo preparatório, bem como o curso desse processo, seja nos países de trânsito daquele migrante, seja no seu destino final como migrante, bem como por fim, o seu regresso à sua pátria.

A Declaração propõe como objetivo final, dois grandes Pactos, o Pacto Global dos Refugiados, e o Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular, que é o nosso objeto de estudo, e que perceberemos uma inovação, ao trazer o conceito da migração como uma escolha, não como uma necessidade, no sentido de fornecer condições ao migrante para que ele possa ter a migração como um projeto a ser traçado e desenvolvido.

5.2 Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular

O Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular (*soft law*), como já dito, foi a consequência direta da conclusão dos trabalhos firmados através da Declaração de Nova York, sendo aprovada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU nº. 73/195 em 19 de dezembro de 2018, ou seja, dois anos após.

O Pacto Mundial está baseado na cooperação dos Estados, sob a ótica, mais uma vez, da necessidade de regulamentar as migrações globais, e olhar para elas como um fato existente e necessário, tornando-as seguras, ordenadas e regulares.

Seu texto traz consigo uma ideia nova acerca das migrações, invertendo a lógica de um processo de necessidade de quem migra para um processo de escolha, como se o migrante pudesse alcançar o patamar de ter o processo migratório como uma escolha, não como uma necessidade. Entretanto, para tanto, faz-se necessário um esforço de todos os atores internacionais envolvidos, os próprios Estados, as organizações internacionais, bem como a sociedade civil como um todo.

Apesar de não vinculante, o Pacto conseguiu reunir voto favorável de 152 Estados-Membros na Assembleia Geral da ONU, tendo somente 5 votos contra, da Polónia, Hungria, República Checa, Estados Unidos da América e Israel, e somente 12 abstenções. O texto propõe uma estrutura para cooperação, baseada em 10 princípios orientadores, composta por 23 objetivos, e também incluindo medidas de implementação, acompanhamento e revisão, todos centrados numa visão voltada para as pessoas, o respeito pelos direitos humanos, a igualdade de género, o superior interesse das crianças, a cooperação internacional, a soberania nacional, o Estado de Direito, o desenvolvimento sustentável, e a abordagem holística das migrações.

O Pacto Global compreende 23 objetivos para uma melhor gestão da migração nos níveis local, nacional, regional e global, seja olhando para o indivíduo, visando mitigar os fatores adversos e estruturais que impedem as pessoas de construir e manter meios de subsistência sustentáveis em seus países de origem, para que assim não precisem de migrar. Pretende reduzir os riscos e vulnerabilidades que os migrantes enfrentam nas diferentes fases da migração, respeitando, protegendo e cumprindo os seus direitos humanos e prestando-lhes cuidados e assistência em todo o processo migratório.

No mesmo sentido, olhando para o Estado, busca atender às legítimas preocupações dos Estados e comunidades, reconhecendo que as sociedades estão passando por mudanças demográficas, econômicas, sociais e ambientais em diferentes escalas, e que podem ter implicações e agravamento com as migrações. Por fim, visando uma cooperação internacional, se esforça para criar condições propícias que permitam a todos os migrantes desenvolver nossas sociedades por meio de suas capacidades humanas, econômicas e sociais e, assim, facilitar suas contribuições para o desenvolvimento sustentável nos níveis local, nacional, regional e global.

Uma inovação importante do Pacto em relação a CIPDTM, apesar de não ter poder vinculante como a Convenção, é que ele não faz distinção entre os direitos concedidos aos migrantes regulares e irregulares, ou entre migrantes econômicos e refugiados, entendendo que todos são populações em situação de vulnerabilidade, sendo cada um em condições específicas, merecendo um olhar especial da comunidade internacional.

5.3 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Analisaremos um Parecer Consultivo realizado pelo Estado do México em relação aos Direitos Humanos do Migrantes Indocumentados, com sentença proferida pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade em 17 de setembro de 2003, acompanhado por unanimidade dos demais julgadores, vejamos:

PARECER CONSULTIVO 18/03 - O DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE A ASSISTÊNCIA CONSULAR NO MARCO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - DE 17 DE SETEMBRO DE 2003, SOLICITADO PELOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS A CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

1. Que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Com este propósito, devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental, e eliminar as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental. 2. Que o descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera sua responsabilidade internacional. 3. Que o princípio de igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno. 4. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, à medida em que é aplicável a todos os Estados, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do jus cogens. 5. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação, revestido de caráter imperativo, acarreta obrigações erga omnes de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares. 6. Que a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o status migratório das pessoas. 7. Que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no contexto das garantias mínimas 147 MIGRAÇÃO, REFÚGIO E APÁTRIDAS - PARECER CONSULTIVO 18/03 - CONDIÇÃO JURÍDICA E DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu status migratório. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma. 8. Que a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O imigrante, ao assumir uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou

irregular no Estado receptor. Estes direitos são consequência da relação trabalhista. 9. Que o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em detrimento destes nas relações de trabalho que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais. 10. Que os trabalhadores, ao serem titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercê-los. Os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática. 11. Que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório. Os Juízes Cañado Trindade, García Ramírez, Salgado Pesantes e Abreu Burelli deram a conhecer à Corte seus Votos Concorrentes, os quais acompanham este Parecer Consultivo. Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 17 de setembro de 2003 (CIDH, 2003, p. 146-147).

Alguns pontos são importantes destacar e muito ilustrativos quanto a manifestação da corte, inclusive quanto ao posicionamento recente da mesma. Logo no início da fundamentação da disposição do julgado temos um princípio norteador do Direito Internacional, qual seja, o de que todos Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais, bem como, diante dessa obrigação, devem “adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental” (CIDH, 2003, p. 146-147).

Do mesmo modo, destaca que o princípio de igualdade e não discriminação é basilar dos Direitos Humanos modernos, devendo ser aplicado a todos, sem distinções, seja no âmbito do Direito Internacional, seja no âmbito do direito interno de cada Estado, e que geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares. Que esse dever do Estado de proteger e respeitar os direitos humanos das pessoas independem de suas condições particulares, inclusive sobre seus status migratórios.

Neste mesmo sentido, traz a luz um dos princípios mais importantes do Direito, que inclusive existe como mantenedor da própria existência e eficácia do Direito, que é o devido processo legal, e que este deve ser aplicado a todos, sem distinção, como a única forma de se chegar próximo de fazer justiça, assim se manifesta a Corte: “O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma” (CIDH, 2003, p. 146-147).

Outro ponto muito importante neste julgado é que se define a natureza jurídica dos direitos trabalhistas, bem como o seu fator gerador, que, de fato, é a condição ao trabalho, ou seja, os direitos trabalhistas são inerentes ao trabalhador, que, ao iniciar uma atividade laborativa os adquire de imediato, sendo que “a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista” (CIDH, 2003, p. 146-147). Assim sendo, o Estado tem a obrigação de garantir e preservar tais direitos, independentemente da condição de documentação ou não deste imigrante.

Os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática (CIDH, 2003, p. 146-147).

A conclusão deste brilhante julgado coaduna com tudo o que foi trabalhado nesta pesquisa, haja vista que entende que os trabalhadores migrantes gozam de direitos trabalhistas independentemente da sua condição migratória, haja vista serem inerentes à suas atividades laborativas, sendo o Estado de trabalho deste migrante o responsável por garantir, na íntegra, a proteção a esses direitos humanos fundamentais.

CONCLUSÕES

Os direitos migratórios são, ainda hoje, um tema muito sensível à comunidade jurídica internacional, pois encontra um obstáculo muito poderoso, a soberania estatal, um dos princípios basilares do Direito Internacional (DI), haja vista que, como um acordo de cavalheiros, o Direito Internacional necessita do reconhecimento da soberania dos Estados para que se discuta qualquer questão de interesse global, ou até mesmo de interesse bilateral. Reconhecer a soberania de um Estado é o que ajuda a promover a paz e o respeito entre as nações.

Contudo, tal soberania não é absoluta, e, por vezes, é relativizada para que se tenha acordos e tratados entre Estados soberanos. No caso do direito migratório existe claramente uma resistência em relativizar essa soberania, haja vista o interesse protecionista e nacionalista que a maioria dos Estados carregam, distribuindo tentáculos de poder para um controle soberano do seu território. Essa resistência à relativização da sua soberania em relação aos direitos migratórios cria

um desequilíbrio notório entre a relação Direitos Humanos Migratórios x Soberania do Estado, no qual uma das partes sempre se apresenta mais forte e desigual.

Os crescentes movimentos migratórios é uma realidade, queiram ou não, gostem ou não, segundo estudos recentes da ONU, 2023, Refugiados e Migrantes, existem cerca de 258 milhões de migrantes em todo o mundo vivendo fora de seu país de origem, o que corresponde hoje há mais de 2,5% da população mundial. Olhar para as condições e os direitos dessa população é uma necessidade urgente global, haja vista, que não há como se falar em aplicação plena dos direitos humanos se parte da humanidade não estiver contemplada e protegida pelos mesmos.

Dentro da análise trazida no presente trabalho, principalmente quanto a falta de adesão da comunidade internacional frente a movimentos que visam formalizar e contemplar esses direitos migratórios, tal como a própria Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, ou até o mais recente, O Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular, percebe-se que existe um movimento claro por parte da ONU em tentar, pela repetição de normas e pela prática, a construção de uma fonte de direito internacional consuetudinário, ou seja, normas criadas pela repetição de prática e reconhecimento internacional dos Estados.

Nesse diapasão, o presente trabalho conclui e responde à questão problema trazida, de que sim, é possível firmar, a partir da prática reiterada de condutas, uma nova fonte de DI migratório, qual seja, o costume, fonte originária do Direito. No presente caso, a existência da prática de alguns costumes, como as reiteradas propostas, pactos e a própria Convenção da ONU, bem como os compromissos firmados pelos Estados em garantir o desenvolvimento de uma migração saudável, e ainda, a aplicação em seus Direitos Nacionais de normas e princípios extraídos desses acordos, com o tempo, visam se tornarem uma expressão de uma conduta, que no futuro, poderá ser uma norma consuetudinária.

De igual forma, este trabalho conclui, com a análise sistemática da CIPDTM, bem como sua atual situação de aplicabilidade, inclusive após a análise de alguns julgados da Organização Internacional do Trabalho sobre direitos migratórios dos trabalhadores, que a referida Convenção está longe de firmar, de fato, uma norma jurídica eficaz internacionalmente, seja pela sua baixa adesão de Estados Membros, seja pelos próprios problemas de aplicação criados no texto da Convenção, que por

si só, entregam à sorte dos Estados e do seu Direito Nacional, a aplicabilidade ou o afastamento das normas da Convenção.

Por fim, se estabelece claramente que, o desenho da distribuição geográfica dos Estados Membros nos indica que a maioria destes são de países exportadores de mão de obra para outros países, tendo alguns exemplos clássicos como Filipinas, México, Marrocos e países latino-americanos. Esses países, inclusive, em suas justificações de ratificações da referida Convenção apresentam, como um dos fundamentos, a proteção da sua população que vive fora do seu território, ou seja, aqueles nacionais que emigram para outros países, por diversos fatores. E, outro ponto muito importante que se identifica é que os países que assinaram a presente Convenção são, em esmagadora maioria, países subdesenvolvidos, ou em desenvolvimento.

No tocante aos direitos trabalhistas dessa população migratória, não há dúvida, por este autor, que os mesmos são inerentes à suas condições de trabalhadores, independentemente das suas condições de migrantes, cabendo ao Estado de trabalho deste migrante o responsável por garantir, na íntegra, a proteção a esses direitos humanos fundamentais.

O presente trabalho deixa a reflexão quanto a necessidade de se regulamentar, de forma eficaz, e com adesão global, os direitos humanos dos trabalhadores migrantes e de suas famílias, pois somente assim teremos um mundo mais justo e humano.

Como contribuição e estudos dessa questão, propõe, para um estudo futuro, a análise dos julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de direitos humanos migratórios, bem como outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de se compreender qual o posicionamento destes tribunais e a jurisprudência que veem se formando.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. L. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2015. ISBN: 978-852-730-067-4.

ARGOLO, R. J. A. **A emigração angolana para Brasil: imigrantes, estudantes e refugiados**. *Revista Aedos*. 2018. Porto Alegre, v. 10, n. 23, p. 320–336. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/view/83347>. Acesso em: 25 julho de 2023. ISSN: 1984-5624.

BRITO, W. **Direito Internacional Público**, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN: 978-972-322-233-3.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo nº. 16/99 - O Direito À Informação Sobre A Assistência Consular No Marco Do Devido Processo Legal**. 2003, p. 67-180. Consultado em 29 de julho de 2023 em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por5.pdf>.

ELHAJJI, M. Mapas subjetivos de um mundo em movimento: migrações, mídia étnica e identidades transnacionais. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación**, v. 13, n. 2, mai/ago. 2011.

FARENA, M. N. F. C. **Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira**. Curitiba: Editora Juruá, 2012. ISBN: 978-853-623-638-4. HENRIQUES, I. C. **Colonialismo e História**. Lisboa, Lisboa School of Economics & Management, 2015. Acessado em 12 de julho de 2023 em <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/7815/1/WP132.pdf>.

JÚNIOR, A. G. P.; THEODORO, D. F. (Org.). **Legislação Migratória Compilada**. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Conselho Nacional de Imigração, 2021. ISBN: 978-65-87762-11-1.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias**. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº. 45/158. Áustria, 1990. Consultado em 14 de julho de 2023 em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convencaomigrantes.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados**. Resolução da Assembleia da República nº. 67/2003. Áustria, 1969. Consultado em 17 de julho de 2023 em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar67-2003.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos Humanos dos indivíduos que não são nacionais do país onde vivem**. Resolução 40/144. 1985. Áustria, 1985. Consultado em 14 de julho de 2023 em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracao-naonacionais.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular**. Resolução da Assembleia Geral da ONU nº. 73/195. Marrocos, 19 de dezembro de 2018. Consultado em 20 de julho de 2023 em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/451/99/PDF/N1845199.pdf?OpenElement>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **Convenção n.º 19**. Genebra, 1925. Consultado em 20 de julho de 2023 em <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-no-19-da-organizacao-internacional-do-trabalho-relativa-igualdade-de-0>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **Convenção n.º 97**. Genebra, 1949. Consultado em 25 de julho de 2023 em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convenc_ao_97_oit_trabalhadores_migrantes.pdf.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **Convenção n.º 143**. Genebra, 1975. Consultado em 25 de julho de 2023 em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convenc_ao_143_oit_trabalhadores_migrantes.pdf

QUEIROZ, C. **Direito Internacional e Relações Internacionais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN: 978-972-321-709-4.

QUEIROZ, M. ANGOLA-BRASIL: **Português - a Língua Comum do Comércio**. *Jornal IPS News*. Lisboa, 2017. Disponível em <https://web.archive.org/web/20080904014903/http://ipsnews.net/news.asp?idnews=40040>. Acesso em 28 de julho de 2023.

RANZ, S. R. **La labor de La Organización de las Naciones Unidas en La protección internacional de los derechos humanos de los migrantes em situación irregular: de La Declaración Universal de Derechos Humanos a La Convención sobre los derechos de los trabajadores migrat6rios**. In: SANCHO, Á. G. C. (org.). *Derechos humanos, inmigrantes em situación irregular y Unión Europea*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 113- 134. ISBN 978-84-9898-156-8.

TRINDADE, A. A. C. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. ISBN: 978-85-384-0422-4.

United Nations Treaty Collection. **Human Rights** (*online*). consultado em 17 de julho de 2023 às 23h20m em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en NAÇÕES UNIDAS, 2023. **Refugiados Migrantes** (*online*). Consultado em 27 de julho de 2023 em https://refugeesmigrants-un.org.translate.goog/migration-compact?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=wapp

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GARANTIA DE DIREITOS INDÍGENAS DURANTE OS ESTUDOS PRÉVIOS E CONSTRUÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE TABAJARA EM MACHADINHO D'OESTE - RONDÔNIA

THE ROLE OF THE PUBLIC MINISTRY IN GUARANTEEING INDIGENOUS RIGHTS DURING THE PRELIMINARY STUDIES AND CONSTRUCTION OF THE TABAJARA HYDRELECTRIC PLANT IN MACHADINHO D'OESTE - RONDÔNIA

Isabel Cristina Silva Cristo¹

Rafael Ademir Oliveira de Andrade²

Recebido/Received: 09.11.2023/Nov 9th, 2023

Aprovado/Approved: 24.11.2023/Nov 24th, 2023

RESUMO: Em nome do dito desenvolvimento nacional, mais uma Usina Hidrelétrica está em processo de construção, trata-se da chamada Usina Hidrelétrica de Tabajara, localizada no município de Machadinho D'Oeste, em Rondônia. O presente artigo objetiva estabelecer um raciocínio teórico sobre como estão os processos de estudo e de construção do referido empreendimento, bem como compreender a forma como o Ministério Público Federal está atuando na fiscalização dos direitos das populações indígenas residentes nas proximidades da região na qual será construída a referida Usina Hidrelétrica (UHE), direitos estes assegurados tanto constitucionalmente quanto em legislação infraconstitucional. Sabe-se que não houve atenção quanto ao atendimento das necessidades dessas populações durante a construção de outras usinas no estado de Rondônia. Justamente por isso é que, por meio deste artigo, busca-se avaliar os procedimentos que estão sendo adotados pelas autoridades competentes, de modo a, de fato, considerar os prejuízos causados às populações tradicionais decorrentes deste tipo de empreendimento, os quais, supostamente, são entendidos como sustentáveis, quando, na verdade, dilaceram o modo de vida e, com frequência, a identidade cultural desta população, sendo compreendida como o refúgio social no contexto da construção de Usinas Hidrelétricas no estado de Rondônia. Compreende-se que o MPF está tendo uma atuação fundamental na busca pela garantia dos Direitos Fundamentais das populações indígenas, mesmo que pressionado por outros poderes do Estado e do capital privado nacional e internacional que, por sua vez, tem tido maior êxito na garantia de seus interesses.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7581325159740898>. E-mail: isacristobel@gmail.com

² Sociólogo. Pós-doutorando no Programa de Doutorado em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente na Universidade Federal de Rondônia (UFRO). Mestre em Educação e Doutor em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Rondônia (UFRO). Professor no Centro Universitário São Lucas de Porto Velho. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3790116411091463>. Endereço eletrônico: profrafaelsocio@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: populações indígenas; usinas hidrelétricas; direitos; Rondônia; Amazônia.

ABSTRACT: In the name of said national development, another Hydroelectric Plant is in the construction process, the so-called Tabajara Hydroelectric Plant, located in the municipality of Machadinho D'Oeste, in Rondônia. This research report aims to establish a theoretical reasoning about how the study and construction processes of the aforementioned enterprise are going, as well as understanding the way in which the Federal Public Ministry is acting in monitoring the rights of indigenous populations residing in the vicinity of the region in which the aforementioned Hydroelectric Power Plant (UHE) will be built, rights guaranteed both constitutionally and in infra-constitutional legislation. It is known that there was no attention paid to meeting the needs of these populations during the construction of other plants in the state of Rondônia. Precisely for this reason, through this article, we seek to evaluate the procedures that are being adopted by the competent authorities, in order to, in fact, consider the damage caused to traditional populations resulting from this type of enterprise, which, supposedly, they are understood as sustainable, when, in fact, they tear apart the way of life and, often, the cultural identity of this population, being understood as social waste in the context of the construction of Hydroelectric Power Plants in the state of Rondônia. It is understood that the MPF is playing a fundamental role in the search for guaranteeing the Fundamental Rights of indigenous populations, even if pressured by other powers of the State and national and international private capital which, in turn, has had greater success in guaranteeing your interests.

KEYWORDS: indigenous populations; hydroelectric power plants; rights; Rondônia; Amazon.

INTRODUÇÃO

As Usinas Hidrelétricas (UHE) construídas na Amazônia Brasileira causam grandes impactos socioambientais e violações aos Direitos Humanos das populações tradicionais, especificamente das populações indígenas. Em meio ao discurso de desenvolvimento regional e geração de empregos, a Usina Hidrelétrica de Tabajara configura-se como mais um megaprojeto a ser construído na Região Norte de nosso país. Este empreendimento será construído no município de Machadinho D'Oeste, no estado de Rondônia, próximo à fronteira com o estado do Mato Grosso, especificamente nas proximidades do Rio Machado. Este, por sua vez, é utilizado por comunidades ribeirinhas e populações indígenas para diversos fins, dentre eles a subsistência, por meio do transporte de mercadorias para outros Distritos.

Desde a proposta de construção até a iniciação dos estudos deste empreendimento, existem registros de mobilizações das comunidades objetivando a

sua não construção, de maneira que parte da indignação dessas populações reside no fato de que em outras construções de Usinas Hidrelétricas (UHE) os direitos e os prejuízos causados às comunidades tradicionais, advindos destas construções, não foram observados, de modo que estas populações foram desconsideradas neste contexto, no qual predomina um raciocínio baseado na propagação de um ideal de desenvolvimento sustentável às custas da dilaceração social e cultural no modo de vida dessas comunidades.

Neste sentido, dentre os diversos impactos sociais ocasionados por esta modalidade de empreendimento está a realocação forçada das populações tradicionais, uma vez que, para a construção de uma UHE, pode-se exigir a desapropriação de terra, resultando, dessa forma, na perda de vínculos históricos e culturais, além de potencial prejuízo à saúde dessas populações, haja vista que a construção de um UHE pode impactar o meio ambiente, por meio de mudanças na qualidade da água. É importante ressaltar que, conforme a Denúncia do Movimento dos Atingidos por Barragens, os problemas relacionados à construção da referida Usina são visíveis nos estudos prévios, uma vez que foi possível constatar que as definições do Termo de Referência para o Estudo de Impacto da UHE Tabajara levaram à exclusão da população atingida à jusante do eixo do barramento, de modo que os limites definidos para a Área de Influência Indireta são incoerentes.

Diante do exposto, o presente estudo se justifica no sentido de compreender a relação entre o Estado Brasileiro e as populações tradicionais residentes na região amazônica, especificamente no estado de Rondônia. Além disso, o tema aqui exposto associa-se à dinâmica de ampliação das construções de Usinas Hidrelétricas na região amazônica, de modo que se configura como sendo relevante ao passo que analisa os procedimentos adotados pelas autoridades, em especial o Ministério Público Federal, objetivando o atendimento das necessidades dessas comunidades.

1 DESENVOLVIMENTO NA AMAZÔNIA, BARRAGENS E HIDRELÉTRICAS E OS PROJETOS EM RONDÔNIA

O documento “Energia Hidráulica” da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL et al, 2015) deixa claro que há uma espécie de conflito estrutural entre a necessidade de produção energética e os interesses de entidades de defesa

socioambiental no que tange as utilizações de territórios na Amazônia, tendo como base perspectivas diferentes sobre o desenvolvimento e a expansão de usinas hidrelétricas na Amazônia.

A Agência Nacional de Energia Elétrica apontou que nos últimos 30 anos (ANEEL, 2015) a produção de energia hidrelétrica aumentou em apenas dois lugares no mundo: na Ásia e na América Latina, especialmente na China e no Brasil, respectivamente. No Brasil, ao passo que em outros países (como Estados Unidos da América, França, Alemanha, dentre outros) o potencial hidrelétrico já foi praticamente exaurido, o aproveitamento deste potencial é da ordem de 30%, demonstrando que há possibilidades de expansão e agudização dos conflitos territoriais.

Ao passo que esses dados representam que o Brasil pode se ancorar nesta forma de geração de energia para o seu desenvolvimento econômico, mas há um fator contrário que é o impacto direto deste modelo de expansão da estrutura energética sobre a flora, fauna e modos de vida das populações locais. Tais impactos são manifestados pela alteração dos níveis dos rios e alterações de curso após represamento, além de doenças causadas, como já detectadas nas imediações da usina hidrelétrica de Samuel, como o aumento do índice de malária e contaminação de peixes por mercúrio e no caso das usinas de Santo Antônio e Jirau, há, dentre outros, o impacto da produção dos produtos agrícolas das populações ribeirinhas e de acesso a certas espécies de peixes, impacto socioeconômico e ambiental de escala local (ARAÚJO & MORET, 2016; FEARNSTIDE, 2004).

Outra informação importante para nosso debate é que a ANEEL (2015) aponta que de acordo com o Plano Nacional de Energia 2010 -2030, mais de 70% do potencial hidrelétrico que deve ser aproveitado pelo Brasil está nas Bacias do Amazonas e do Tocantins/Araguaia, estando os potenciais das regiões Sul, Sudeste e Nordeste quase que integralmente exploradas, sendo o Norte o “único caminho possível” para a expansão do projeto hidrelétrico brasileiro. Ainda no mesmo documento, a ANEEL cita os movimentos socioambientais e as legislações que regulamentam a compensações pelos impactos dos projetos hidrelétricos como entraves e como opositores à necessidade inexorável de “construir novas usinas - com impacto socioambiental mínimo - para produzir energia suficiente para o crescimento e ampliação da oferta de empregos” (ANEEL, 2015).

Apesar do discurso de energia limpa e de trazer “o desenvolvimento” para regiões isoladas, os empreendimentos hidrelétricos se pautam em ações de cunho socioambiental contrários à esta fala: geralmente se posicionam em municípios com hipossuficiência de caixa, onde são apontadas indicações de desenvolvimento na arrecadação e setores da infraestrutura municipal (como educação, saúde e principalmente empregos) que desconsideram os impactos a longo prazo (BAINES; SILVA, 2009).

Mesmo na cidade de Porto Velho, capital do estado de Rondônia, não foram criados mecanismos efetivos de expansão da infraestrutura social para recebimento do contingente de migrantes, ao passo que os problemas sociais decorrentes dessa gestão se intensificaram, por exemplo: os índices de homicídios dolosos aumentaram 44% e o de violência sexual 208% no município de Jaci Paraná, entre os anos de 2008 a 2010. A exemplo das usinas em Rondônia, Belo Monte, Lajeado, Irapé e outras mais estabelecem o mesmo padrão de impactos ambientais e socioambientais, onde as populações tradicionais são impactadas diretamente (ARAÚJO; MORET, 2016; MAB, 2016; MARQUES, 2017).

Os empreendimentos hidrelétricos na Amazônia e em Rondônia são pautados no conceito da busca pelo desenvolvimento, entretanto causam retrocessos sociais nas localidades que são instauradas. Em Rondônia são quatro projetos (três em operação e um em previsão) sem esquecer das pequenas centrais hidrelétricas que causam impactos cumulativos (MARQUES, 2017). Do ponto de vista social há a marginalização dos movimentos sociais, pouca informação dos impactos e da atuação dos órgãos públicos. As organizações dos atingidos apontam que as compensações financeiras não dão conta de cumprir os estragos causados, afirmação potencializada pelo fato de que os reais impactos são sentidos nos anos decorrentes à construção e não em curto ou médio prazo (MAB, 2016; MARQUES, 2017). O que vemos é uma contradição no que o Estado e os movimentos sociais impactados pensam acerca da noção de desenvolvimento e dos projetos infraestruturais energéticos.

Ricardo Verdum (2007) afirma que as obras de infraestrutura na Amazônia estão no contexto da integração sul-americana como formas de produção vinculadas à produção e reprodução de capital, dominado por grandes corporações empresariais e financeiras em processo de fusão, concentração e transnacionalização destes empreendimentos. São projetos de desenvolvimento que

visam a interação de poderes econômicos nacionais, internacionais, regionais e dos locais do empreendimento, interações essas que colocam o Brasil como liderança dessas forças na América Latina que excluem os atingidos do processo. Citamos como exemplo os “projetos âncora” de desenvolvimento da UNASUL (União das Nações Sul Americanas) pensados na reunião de 2004 em Cuzco, Peru (VERDUM, 2007).

A questão que se relaciona com os estados nacionais da América Latina passa pelo uso dos empreendimentos, principalmente hidrelétricos, como governabilidade, como busca por uma “saúde do governo” a partir da promessa de desenvolvimento que são carregadas nos processos destes empreendimentos, o conceito de governabilidade supera a questão de território e nação, excluindo outros segmentos que constituem a nação como os grupos étnicos, populações tradicionais e ecossistemas.

Assim, os projetos de usinas hidrelétricas, incluindo as de Rondônia, se orientam pela necessidade de expandir os modelos de gestão econômica com vistas a assegurar a ampliação do capital de integração internacional, projetos esses que excluem das suas reuniões decisórias os representantes de movimentos sociais, lideranças locais, povos indígenas, ambientalistas, quilombolas, etc. A política energética que sustenta a governabilidade passa pela exclusão desses grupos, conceituando o desenvolvimento como caminho das dicotomias sociais ao passo que, em sua reprodução prática, amplia os hiatos entre empreendedores e atingidos. A discussão sobre desenvolvimento desta pesquisa se fundamentará na antinomia presente entre o desenvolvimento proposto pelas políticas governamentais, e suas relações com organismos de financiamento e empresas construtoras-planejadoras, com os grupos atingidos, especialmente os povos indígenas.

1.1 Povos Indígenas, desenvolvimento hidroelétrico e Direitos na Amazônia e Rondônia

O direito à demarcação de terras foi garantido aos povos indígenas na Constituição Federal de 1988, sendo reconhecido como um marco importante para os direitos dos indígenas. Segundo o Conselho Indígena Missionário (CIMI, 2017) existem 462 terras indígenas no Brasil, o que corresponde a 12,2% do território brasileiro, formando um filão de preservação que representa um importante papel na

manutenção de ecossistemas, bem-estar humano e estabilização climática (SANTOS; KOZEL, 2018).

Os direitos garantidos pelos povos indígenas são reforçados em tratados internacionais que o Brasil é signatário, tal como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (COURTIS, 2009), sobre os povos indígenas e tribais, que tem como objetivo desenvolver, a partir de uma parceria entre os governos e os grupos indígenas, ações coordenadas com vistas a proteger os direitos e as intencionalidades de autonomia desses povos.

Em 13 de setembro de 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (Nações Unidas, 2008) apontou os povos indígenas dentro dos Direitos Humanos Universais, reforçando a busca pela autonomia dos mesmos já disposta na Convenção 169 da OIT e, no seu artigo 8º, orientou que os Estados forneçam mecanismos para prevenir a execução de “Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos” (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Ainda sobre a questão territorial, o que se relaciona diretamente com a complexidade do objeto deste estudo, o artigo 10º da mesma Declaração (NAÇÕES UNIDAS, 2008) afirma que os povos indígenas não deverão ser retirados de suas terras e, caso ocorra, o mesmo será feito com uma indenização justa e equitativa com retorno às terras originais sempre que possível. No artigo 28 é reforçada a questão da indenização justa e equitativa e da ampla participação e poder de decisão dos povos indígenas em ações que levariam à subtração de territórios, recursos e aspectos fundamentais de suas culturas (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

A partir do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), iniciado em 2007 e tendo como ponto orientador a Iniciativa de Integração da Infraestrutura Regional Sulamericana (IIRSA), o Estado Brasileiro intencionou desenvolver uma infraestrutura que possibilite a exploração efetiva das potencialidades produtivas do país com modernização da infraestrutura de comunicação, transporte e energia. Este plano de crescimento representa maior exploração da hidroeletricidade, minerais e outros recursos naturais. Sobre os projetos de hidrelétricas, estão planejadas 25 grandes obras e centenas de pequenas usinas nos próximos 30 anos (VERDUM, 2007), o que irá impactar em aproximadamente 30% das terras indígenas na Amazônia.

Rompendo com as legislações nacionais e tratados internacionais que regulamentam a relação entre pessoas e barragens, os executores dos projetos simbolizam e ritualizam uma diminuição dos reais impactos sociais e ambientais. Uma das formas desta performance política de diminuir a dimensão real dos impactos é a não existência ou limitada participação das comunidades atingidas, especialmente aquelas cujo formas de vida estão ligadas aos rios e dos movimentos dos grupos indígenas (VERDUM, 2007). Tais ações levaram a formação de novas lideranças por todo território nacional, tanto nos movimentos de atingidos pelas barragens quanto de indígenas e quilombolas entre 2006 e 2012 (CADERNO NOVA CARTOGRAFIA, 2014) ao passo que a expansão da infraestrutura energética leva novas formas de conflitos para tais populações.

Apesar do posicionamento legal das legislações aqui apontadas, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL, 2015) afirma que existem indefinições de caráter legal na definição dos projetos hidrelétricos no Brasil, citando como exemplo que há dubiedade no que tange “ao uso das terras indígenas para os aproveitamentos energéticos”, sendo que, a legislação nacional e internacional orienta que as lideranças e movimentos dos povos indígenas devem ser consultados, com participação plena e decisória sobre os processos de compensação, previsão e mitigação de impactos.

Citamos como exemplo de Legislação violada a “Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de terras indígenas” (BRASIL, 2012), que busca a promoção, proteção, recuperação, conservação e uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas (o que garantia o direito a terras ocupadas e ainda não demarcadas e/ou de povos em contato intermitente ou sem contato com a sociedade ocidental), buscando a proteção do patrimônio indígena, qualidade de vida e condições plenas de reprodução física e ambiental, tendo como princípio a participação plena e autonomia dos povos indígenas. Essa legislação incide diretamente e influencia acerca dos parâmetros dos processos de compensação dos indígenas atingidos por barragens em Porto Velho, Rondônia, cabendo aos órgãos de Justiça, como o Ministério Público Federal, fazer vale os Direitos inculpidos, observados os interesses nacionais. Na iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional Sulamericana (IIRSA), parte do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), Rondônia está inserido com a realização de grandes obras, como as Usinas hidrelétricas do Rio Madeira, Santo Antônio e Jirau, além de pequenas usinas

hidrelétricas espalhados pelo interior do estado e na segunda etapa a UHE de Tabajara (SILVA et al, 2014). Essas obras têm como intenção e justificativa impulsionar o desenvolvimento brasileiro e apesar do discurso “da energia limpa e sustentável” (VERDUM, 2007), há um custo social e ambiental que impacta diretamente as comunidades que dependem do rio, dentre estas as populações indígenas.

Esses custos sociais são definidos por Adnilson Silva (2012) como degradação ambiental, alagamento das Terras Indígenas, desterritorialização de comunidades inteiras, além dos efeitos sociais como aumento da drogadição, prostituição, enfraquecimento da estrutura dos serviços públicos de saúde, segurança e transporte (MARQUES, 2017), sendo o reassentamento em locais que dificultam o meio de subsistência tradicional dos povos reterritorializados. Corroborando com essa ideia Araújo e Moret (2016) afirmam que o último ciclo econômico de Rondônia, o das hidrelétricas, iniciado na década de 80 do século XX com o empreendimento da UHE de Samuel e depois com duas hidrelétricas do chamado “Complexo do Madeira” nos anos 2000/2010, Jirau e Santo Antônio, deixou um legado negativo aquém do esperado nas compensações.

Apesar da resistência dos grupos atingidos pela manutenção e compensação pelos ataques às suas culturas e o impacto socioambiental e econômico em Rondônia, os efeitos nas populações ribeirinhas, comunidades tradicionais, pequenos agricultores e indígenas foram e ainda são fortemente sentidos ao passo que as esferas de impactos não são localistas, nem histórico-centradas, mas perpassam as décadas após sua construção (ANDRADE, 2021). Em uma investigação inicial para composição do objeto deste trabalho, foram identificados, como impactados os povos indígenas Arara, Gavião e isolados com alagamento na TI Marmelos.

2 A USINA HIDRELÉTRICA DE TABAJARA EM RONDÔNIA

A UHE Tabajara é uma usina a fio d'água, potência instalada de 400 MW, com apenas 234,99 MW e 58,7% de energia firme do total, com área do reservatório de 112,09 km², produzindo um valor de 2,1 MW/km² para a energia firme; mesmo que os valores apresentados pela empresa seja de 3,57 MW/km² porque utiliza a

potência instalada. A mesma fica localizada no Município de Machadinho do Oeste em Rondônia, Brasil.

Nos Estudos apresentados, EIA e RIMA, os impactos no Território dos Arara e Gavião não são considerados. O MPF produziu e publicou o Parecer Pericial 433/SPPEA/MPF, destacando que:

Vale indicar que todas as informações apresentadas nesta seção sobre a única terra indígena considerada impactada – TI TENHARIM MARMELOS – são dados secundários. Os dados primários coletados em campo pela equipe responsável pelo ECI têm uma série de deficiências, mas minimamente deveriam ter sido apresentados nessa seção. Aparentemente, as sessões não foram escritas pelos mesmos técnicos, já que não há coerência entre esse excerto presente no capítulo 5 do EIA e o que foi apresentado como ECI (BRASIL/MPF, 2017, p. 236).

Da mesma forma, no texto Identificação e Avaliação dos Impactos Socioambientais, quando trata de Populações indígenas destaca que:

Está incluída, neste componente, a Terra Indígena Tenharim Marmelos e a sua população. Nenhum setor da TI encontra-se na Área Diretamente Afetada do AHE Tabajara. Sua inclusão está relacionada aos critérios fixados pela Portaria Interministerial Nº 60, de 24 de março de 2015 (ELETRONORTE, 2019, p. 32).

Entretanto, Laudos do MPF indicam que a área de interferência do empreendimento é rica em populações tradicionais:

A região possui 61 comunidades tradicionais, 9 (nove) nações indígenas e 2 (dois) povos indígenas isolados, mais de 40 unidades de conservação, sendo que uma delas, Parque Nacional de Pacaás Novos, consiste em unidade de conservação de proteção integral, entre diversos parques estaduais, reservas biológicas, florestas nacionais e estaduais, reservas extrativistas e de desenvolvimento sustentável, além de sítios arqueológicos de importância cultural ímpar (BRASIL/MPF, 2017, p. 34).

A construção de uma UHE é cenário de uma soma de forças sociais com a intenção de implementar ou de resistir aos processos de implementação. Tais empreendimentos causam impactos não apenas após a sua execução, mas no processo de estudo, planejamento e construção já ampliam riscos e vulnerabilidades contra as populações indígenas. Um exemplo de impacto recorrente na região - que foi presente na construção das UHE de Samuel, Jirau, Santo Antônio e agora de Tabajara - durante o processo de construção é a especulação imobiliária e fundiária que ocorre na região no momento em que os estudos da UHE são anunciados, os agentes envolvidos na especulação já entendem o projeto como certamente aprovado e utilizam-se disto para lucrar em cima de pequenos proprietários e da agricultura familiar.

Nos autos da Ação Civil Pública n. 1005574-06.2021.4.01.4100 é possível concluir que houve exclusão nos estudos das Tribos Indígenas Jiahui, Tenharim Rio Sepoti, Tenharim do Igarapé Preto, Pirahã, Ipixuna, Nove de Janeiro e Igarapé Lurdes. Além disso, ainda é possível constatar que não houve a realização de estudos de campo na parte sul da Tribo Indígena (TI) Tenharim-Marmelos para obtenção de informações mais aprofundadas sobre essa parte do território, em especial quanto às possíveis consequências da inundação do Igarapé Preto, com possibilidade de alagação permanente desta parte do território.

Neste contexto, os aparelhos ideológicos de Estado (ALTHUSSER, 1985) estão interessados na manutenção dos interesses do governo e da Nação que, por sua vez, estão aliados aos interesses das elites locais e antagônicos aos interesses das populações tradicionais. Como afirma a teoria althusseriana, que encontra exemplo prático na realidade rondoniense, quando os aparelhos ideológicos deixam de funcionar, ocorre o uso de aparelhos de repressão, como denuncia o Grupo de Trabalho Amazônico (GTA, 2006) a presença da Polícia Militar para coibir manifestações de atingidos pelas barragens das UHE do Complexo do Madeira durante as sessões oficiais e fora delas.

O GTA (2006) afirma que em diversas audiências sequer foram ouvidos os atingidos e que as denúncias da existência de povos indígenas nas áreas atingidas foram ignoradas, só consideradas por pressão de órgãos estatais indigenistas e ambientais pelo consórcio construtor. Este processo é um *modus operandi* de ação das UHE na Amazônia, especialmente no que tange ao desrespeito aos direitos dos povos tradicionais, o que está sendo diferente na UHE de Tabajara, que tem reproduzido o processo de alienação territorial (COSTA SILVA, CUNHA, FERREIRA, 2020) dos outros empreendimentos hidrelétricos de grande porte na região.

Os povos indígenas são negligenciados nos processos de construção de UHE de diversas formas: os indígenas isolados, que o MPF aponta serem 02 na região impactada pela UHE Tabajara (BRASIL/MPF, 2017), sofrem com a pressão de invasores e aberturas de picadas, demarcando fazendas na região de perambulação dos mesmos, e não raramente há inter-relação de agentes de impactos, como a abertura de estradas que são usadas por madeireiros, garimpeiros e outros agentes criminosos. Ainda no processo de construção o barulho espanta isolados de sua área, aumentando o risco de contato com não indígenas e os riscos e vulnerabilidades de povos já tão precarizados.

Outro elemento associado ao aumento da concentração de pessoas nos territórios que cercam os territórios indígenas é que o aumento da população que é favorável à construção da UHE aumenta o índice de violências contra as populações que são, em tese, contrárias ao empreendimento, fomentando o clima de instabilidade e insegurança na região.

Debatendo as linhas de transmissão das UHE do Complexo do Madeira, o MPF (2007) cita importante decisão do TRF sobre Belo Monte: os impactos imediatos incidem sobre os povos indígenas de forma sistêmica, ou seja, não é o aspecto da área alagada que deve ser considerada para pensar impactos em populações tradicionais, e sim que a área como um todo será submetida a pressões migratórias, garimpagem, extração de madeira e outros elementos recorrentes deste aumento significativo de pessoas com intenções escusas às questões indigenistas e ambientais.

Assim sendo, as oitivas (escutas) das populações atingidas são fundamentais para que tais impactos sejam mitigados ou até mesmo evitados, o que não ocorreu. O mapa de conflitos da Fiocruz aponta que houve uma exclusão de ribeirinhos e indígenas nos estudos preliminares e na forma ativa das oitivas.

A aversão dos Arara e Gavião remonta ao século passado, em 1988 a Eletronorte autorizou os TI da Igarapé Lourdes a visitarem o canteiro de construção da UHE Samuel (primeira de Rondônia) e quando tal visita foi feita por cerca de 70 indígenas, as etnias passaram a ser definitivamente contra a barragem do rio Machado, posicionamento que se mantém relativamente hegemônico até os dias atuais (FIOCRUZ, 2022)

Sintetizamos os impactos da UHE Tabajara - e ressaltamos, do modo de operação das UHE em geral no estado e na Região - não são decorrentes apenas do empreendimento em seu recorte temporal, mas da agudização de impactos já pré-existentes, como por exemplo a tomada de terras de forma ilegal que aumentam durante o processo de especulação sobre possíveis compensações decorrentes dos empreendimentos, dentre outros já supracitados. O empreendimento da UHE Tabajara é grande aglutinador de agentes de impactos (COSTA SILVA, CUNHA, FERREIRA, 2020; FIOCRUZ, 2022) que atuam para e no entorno das obras energéticas, gerando aumento da pressão global e acumulativa sobre as populações indígenas e outras populações locais.

CONCLUSÕES

Um discurso muito comum no contexto das construções de Hidrelétricas na Amazônia é a indissociabilidade da geração de energia por meio da construção de Usinas Hidrelétricas. Todavia, faz-se imprescindível que haja o correto Estudo de Impacto Ambiental, conforme determina a Lei n. 6.938/81, que institui Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e estabelece instrumentos de planejamento, controle e fiscalização ambiental. Além disso, define a responsabilidade civil por danos ambientais e estabelece princípios como o da precaução e do poluidor-pagador, visando à proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, avaliando com precisão a intensidade do impacto social do referido projeto na localidade em que será construído, como também nas localidades próximas.

Neste sentido, por óbvio as comunidades residentes nas localidades próximas devem ser incluídas neste estudo, com a finalidade de serem documentadas as potenciais consequências ambientais que atingirão aquela localidade. Vale salientar ainda que este aprofundamento caracteriza-se como sendo de extrema importância até mesmo para que as autoridades tenham ciência dos possíveis prejuízos que podem ser causados.

Dessa forma, percebe-se que sua importância e seu objetivo encontram raciocínio no Princípio da Precaução, o qual veda intervenção no meio ambiente, salvo quando há certeza que as alterações não irão resultar em reações adversas.

Contudo, de acordo com materiais coletados de posse do Ministério Público Federal, não é o que está ocorrendo. Existe entendimento na 5ª Vara Federal Ambiental e Agrícola da Seccional Judiciária de Rondônia que determina a complementação do Termo de Referência do Estudo de Componente Indígena, com o objetivo de incluir povos indígenas que haviam sido excluídos dos estudos como potencialmente afetados pela construção da UHE Tabajara, bem como providenciar diligências quanto à existência de povos indígenas isolados.

Cite-se ainda a inexistência de análise e avaliação de possíveis impactos na região sul da TI Tenharim-Marmelos, de maneira que este estudo faz-se necessário ao passo que esta etnia considera tal área como sendo de extrema importância, não somente para a sobrevivência dos grupos isolados, como também religiosamente, já que é considerada sagrada para a comunidade. Dessa forma, esta análise será

importante quanto ao aspecto de avaliar a intensidade dos impactos culturais e religiosos à esta comunidade.

Não obstante, tivemos acesso a denúncia sobre a exclusão da população atingida à jusante da Usina Hidrelétrica Tabajara, a qual contou com um abaixo assinado dos moradores dos Distritos de Demarcação, Rio Preto e Calama, ameaçados pelo megaprojeto, este elemento será devidamente analisado em um outro trabalho, devido sua importância e complexidade.

Ao realizar análise do referido documento foi possível constatar que as definições do Termo de Referência para o Estudo de Impacto Ambiental da Usina Hidrelétrica de Tabajara excluíram a população que será atingida pela jusante do eixo do barramento, de modo que os limites definidos para a Área de Influência restam incoerentes. Nesta perspectiva, a desconsideração da relevância do empreendimento para os municípios vizinhos camufla os reais impactos socioambientais deste megaempreendimento, os quais resultariam em graves prejuízos às populações que residem nas proximidades e dependem do Rio Machado para sua subsistência.

Além disso, pode-se citar, como uma consequência socioambiental proveniente da construção da Usina o fato de que o Distrito de Demarcação, um dos Distritos localizados nas proximidades do Rio Machado, depende, única e exclusivamente, do transporte fluvial pelo Rio Machado para se deslocar para Porto Velho e para Calama, além de servir para o transporte da farinha de mandioca produzida na região.

Diante das informações dispostas acima, faz necessária uma análise crítica e ativa por parte das autoridades competentes, especialmente o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Rondônia, de modo que se pode observar esta postura por meio da propositura de ações judiciais para pleitear os interesses dessas populações, como se pode observar na Ação Civil Pública n. 1005574-06.2021.4.01.4100. Por fim, o que se pode concluir é que a expansão de megaprojetos energéticos tem causado prejuízos históricos impagáveis e, por falta de efetiva fiscalização e acompanhamento dos procedimentos prévios à construção, como o desenvolvimento do Estudo de Impacto Ambiental, por parte das autoridades percebe-se intenso impacto social e ambiental às comunidades tradicionais indígenas da Região Norte.

Os EIA/RIMA's apresentados para a construção da Usina Hidrelétrica de Tabajara restaram incoerentes e insuficientes para precisar o grau de consequências a estas populações, de maneira que estes estudos deficientes acabam por aprovar a construção desses megaprojetos como um veículo legitimador da aprovação de projetos impactantes e devastadores, ao passo que este raciocínio pode ser percebido em um erro grosseiro e trágico nos estudos prévios à construção, como excluir diversas Tribos Indígenas destes, não sendo possível mensurar os prejuízos que este empreendimento causará socioambientalmente.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ANDRADE, R. A. O. **Dimensões e articulações dos impactos: As relações dos poderes público, privado e povos indígenas em Rondônia**. Porto Velho: Universidade Federal de Rondônia (Tese de Doutorado), 2021.

ANEEL. **Energia Hidráulica**. Brasília: Agência Nacional de Energia Elétrica, 2015.

ARAUJO, N. C.; MORET, A. S. Direitos Humanos e Hidrelétricas: Uma análise dos impactos socioambientais e econômicos gerados em Rondônia. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, Agosto, p. 167-194, 2016.

BAINES, S.; SILVA, C. Antropólogos, usinas hidrelétricas e “desenvolvimentismo” na América Latina. **Anuário Antropológico**, Brasília, v. 01, p. 271-297, 2009.

BELTRÃO, J. F.; PALMQUIST, H.; RABELO, P. C. B. Na luta pelos Direitos Indígenas: A ação do Ministério Público Federal em documentos selecionados. In: OLIVEIRA, J. P.; COHN, C. **Belo Monte e a Questão Indígena**. Brasília: ABA-UNB, p. 126-141, 2014.

BERMANN, C. A resistência às obras hidrelétricas na Amazônia e a fragilização do Ministério Público Federal. **Novos Cadernos NAEA**, v. 16, n. 2, 2013.

BRASIL/MPF. (Rondônia). **Ação civil pública 2007.41.00.001160-0** - MPF. Porto Velho: MPF-RO, 2007. Disponível em: <https://servicos-portal.mpro.mp.br/documents/29224/1419660/13-03-2007+-+ACP+Ambiental+pede+anula%C3%A7%C3%A3o+do+licenciamento+ambiental+-+2007.41.00.001160-0+-+OK%21.pdf/3a741fdc-5d27-4b07-a29c-1c920014e9f2>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. **Manual de jurisprudência dos direitos indígenas**. Brasília: MPF, 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e>

publicacoes/manual-de-atuacao/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Plataforma Dhesca. **Relatório Preliminar da Relatoria Nacional para o Direito Humano ao Meio Ambiente. Violações de Direitos Humanos nas Hidrelétricas do Rio Madeira**. Curitiba, 2011. Disponível em: <http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/Dossie/Mad/Outros%20documentos/DHESCA_2011_violacoes-dh-rio-madeira.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei 8437 - Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências**. Brasília: Casa Civil, 1992.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Brasil, 1988.

CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, J. et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008.

CIMI. **Congresso Anti-Índigena: os parlamentares que mais atuaram contra os direitos dos povos indígenas**. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2018. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/congresso-anti-indigena.pdf>. Acesso em: 22 maio 2022.

COURTIS, C. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina - Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 10, p. 52-81, 2009.

CUNHA, G. D. O. B.; SILVA, R. G. C. Invisibilidades produzidas: o “desaparecimento” das comunidades ribeirinhas nos estudos da hidrelétrica Tabajara. In: **RIDH**. v. 7, n. 2, p. 95-116, jul./dez. Bauru, 2019.

FIOCRUZ. **Luta contra UHE Tabajara é mais ampla: envolve território, autonomia e reconhecimento**. Brasília: Fiocruz, 2022. Disponível em <http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/ro-luta-contru-ue-tabajara-e-mais-ampla-envolve-territorio-autonomia-e-reconhecimento/#fontes>. Acesso em: 1 set. 2022.

FURNAS/ ELETRONORTE. **Estudo de Impacto Ambiental- EIA- UHE Tabajara**- Vol. IX, Capítulo 7, 2019.

GEERTZ, C. **A interpretação das culturas**. LTC: Rio de Janeiro, 1989.

GTA. **Relatório de participação da sociedade civil nas audiências públicas de discussão da viabilidade das UHE do Rio Madeira**. Porto Velho: Grupo de Trabalho Amazônico, 2006.

IAMUNDO, E. **Sociologia e Antropologia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEÃO, A. C. S.; AZANHA, G.; MARETTO, L. C. **Estudo socioeconômico sobre as terras indígenas situadas na área de influência aos empreendimentos do Rio**

Madeira: diagnóstico final e potenciais interferências nas terras Indígenas Karitiana, Karipuna, Lage, Ribeirão e Uru-Eu-Wau-Wau. Brasília: CTI, 2005.

MAB, Movimento dos Atingidos por Barragens. **Jirau e Santo Antônio: relatos de uma guerra amazônica.** (Filme), Canal MAB, 2016. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ZFQ11fri3vs>.

MARQUES, W. R. A expansão das fronteiras amazônicas: o legado das Usinas Hidrelétricas (UHEs) Santo Antônio e Jirau no estado de Rondônia (RO). **Revista Mutações**, Manaus, vol 08, n. 15, Julho, p. 91-105, 2017.

MPF Ji-Paraná. **Ata de reunião entre povos indígenas Cinta Larga e Parecis entre FUNAI (Guajará Mirim e Cuiabá) e o MPF sede Ji-Paraná.** Ji-Paraná: Kanindé/MPF RO, 2016.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** NU: Rio de Janeiro, 2008.

NETO, A. A. S. M.; MORET, A. S. Contribuição técnica, econômica e ambiental das PCH no sistema elétrico isolado de Rondônia. **Espaço Energia**, n. 03, v. 9, p. 25-33, 2008.

PIMENTEL, A. O Método da Análise Documental: seu uso numa pesquisa historiográfica. **Cadernos de Pesquisa**, n. 114, Novembro, p. 179-185, 2001.

SANTO ANTONIO ENERGIA. **Cassupá e Salamã: Programa de Proteção aos povos indígenas Cassupá e Salamã, na área de influência da UHE Santo Antônio, Porto Velho, Rondônia.** Porto Velho: SAE, 2012.

SILVA, R. G. C.; CUNHA, G. D. O. B. FERREIRA, R. B. Hidrelétricas, Direitos Humanos e alienação do território na Amazônia: Estudo de caso da UHE Tabajara - Rondônia. **Monções: Revista De Relações Internacionais Da UFGD**, 9(18), 404-434, 2020. <https://doi.org/10.30612/rmufgd.v9i18.12105>

SANTOS, A. M.s; KOZEL, S. Cartografias como denúncia: as ameaças às Terras Indígenas no Estado de Rondônia. **Revista GEOgrafias**, v. 26, n. 2, p. 31-53, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/geografias/article/view/19619/16428>. Acesso em: 18 maio 2022.

REFLEXÕES SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO E NECESSIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS E A EFICÁCIA DE SUAS NORMAS REGULAMENTADORAS NO COMBATE À DESIGUALDADE RACIAL

REFLECTIONS ON THE RATIONALE AND NECESSITY OF RACIAL QUOTAS IN PUBLIC TENDERS AND THE EFFECTIVENESS OF ITS REGULATORY RULES IN COMBATING RACIAL INEQUALITY

Gabriel Maranoski Neto¹

Recebido/Received: 17.09.2023/Sep 17th, 2023

Aprovado/Approved: 30.10.2023/Oct 30th, 2023

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo tratar do tema das cotas raciais em concursos públicos, sua fundamentação, necessidade, bem como sua eficácia no combate à desigualdade racial. Para tanto, o trabalho foi desenvolvido ao longo de cinco tópicos que tratam sobre: a origem da divisão racial, breve relato histórico sobre as ações afirmativas e sua conceituação, efeitos do racismo estrutural e exposição jurídica sobre as cotas raciais e sua eficácia no âmbito de concursos públicos, em especial, no Judiciário. Para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método hipotético-dedutivo utilizando-se de material bibliográfico, texto legislativo e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41 do Supremo Tribunal Federal. Após a análise, concluiu-se que as cotas exercem o papel não só de garantir o ingresso de pessoas negras no mercado de trabalho, como também opera de maneira a mitigar os efeitos do racismo estrutural existente na sociedade brasileira, todavia, é necessário que o Estado haja de maneira mais efetiva no combate à desigualdade, garantindo aos indivíduos a totalidade de seus direitos para que tenham a oportunidade de ocupar as vagas, bem como, criar mecanismos que permitam a integralização efetiva no mercado de trabalho, evitando que sofram com mais discriminações.

PALAVRAS-CHAVE: concurso público; ações afirmativas; cotas raciais; desigualdade racial; racismo estrutural.

ABSTRACT: The present work aims to address the topic of racial quotas in public contests, their foundation, necessity, as well as their effectiveness in combating racial inequality. The work was developed through five topics that deal with: the origin of racial division, a brief historical account of affirmative action and its conceptualization, the effects of structural racism and legal exposure on racial quotas and their effectiveness in civil service examinations, particularly in the Judiciary. For

¹ Mestrando do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Regional (PPGDR) da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR), com bolsa da CAPES. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5556617529149258>. E-mail: iksonaram@gmail.com

the development of the work, the hypothetical-deductive method was applied, using bibliographic material, legislative text, and STF's jurisprudence. After the analysis, it is estimated that quotas not only play a role in guaranteeing the entry of black people into the labor market but also in mitigating the effects of structural racism existing in Brazilian society, however, it is necessary for The Government to be more effective in combating inequality, guaranteeing citizens all their rights to then make use of the job vacancies, as well as to create mechanisms that provide effective integration into the labor market, preventing them from suffering from further discrimination.

KEYWORDS: civil service examination; affirmative actions; racial quotas; racial inequality; structural racism.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tratar sobre a fundamentação e necessidade de cotas raciais em concursos públicos e a eficácia social de suas normas regulamentadoras no combate à desigualdade racial.

A pesquisa se mostra relevante, pois existe a necessidade de estabelecer uma base jurídico-sociológica para justificar a existência das cotas raciais, de maneira que, se não for possível acabar com a hostilidade reservada a esta ação afirmativa, pelo menos estabelecer uma argumentação relativamente sólida para a sua defesa, demonstrando sua importância e finalidade.

Necessário também fazer uma análise jurídica sobre o tema, verificando como e onde estão regulamentadas as cotas raciais para concursos públicos, bem como, qual é a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a temática. Desta forma, é possível verificar se a ação afirmativa *in casu* resulta naquilo para a qual foi criada.

Por fim, estabelecidos os fundamentos e a necessidade das cotas raciais, e ainda, verificadas as normas que as regulamentam e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, cumpre examinar se as cotas raciais são eficazes no combate à desigualdade racial existente no país.

O problema da pesquisa consiste em responder a seguinte pergunta: Como se fundamentam e quão eficazes são as normas regulamentadoras de cotas raciais, em concursos públicos, no combate à desigualdade racial?

Para responder a este questionamento, utilizaremos o método hipotético-dedutivo, recorrendo a material bibliográfico, análise de dados e jurisprudência, especificamente a ADC nº 41 julgada pelo STF.

A fundamentação se dividirá em cinco tópicos. O primeiro destina-se a delimitar os motivos que fundamentam e justificam a existência de cotas raciais.

Para tanto, serão abordados temas como a origem do conceito de raça, sua instrumentalidade no domínio de pessoas não-brancas, a conceituação do racismo, em suas diversas instâncias, qual é a base do comportamento racista, seus aspectos explícitos e implícitos e como isso afeta a população negra brasileira, de que forma a sociedade, através do tempo, torna-se uma estrutura que confere privilégios às pessoas brancas, naturaliza o racismo e é negligente na promoção de políticas públicas que propiciem ao indivíduo negro a integralidade de uma vida digna.

O segundo tópico tem como objetivo contextualizar o surgimento de ações afirmativas, tal como as cotas raciais, através de uma breve análise histórica, passando pela sua origem na Índia, pelos movimentos sociais de reivindicação dos direitos civis das pessoas negras estadunidenses e também como tais políticas públicas de inclusão começaram a ser implantadas no Brasil.

O terceiro tópico tratará da conceituação das cotas raciais, seu papel no combate da discriminação racial e sua natureza instrumental de reparação histórica pelos resultados da escravatura brasileira, bem como os aspectos legais e fundamentação jurídica que as instituíram e regulamentaram.

O quarto tópico se dedica à análise da ADC nº 41, julgada pelo STF, sobre a constitucionalidade da lei federal n. 12.990/2014 e sua importância como instrumento de viabilização da igualdade material, reparação histórica e representatividade de pessoas negras brasileiras.

Por fim, o quinto tópico discorre sobre a eficácia das cotas raciais no combate à desigualdade racial, conceituando o que se entende por eficácia da norma, demonstrando o seu papel material de efetivação dos direitos das pessoas negras e fazendo análise de dados levantados sobre os percentuais de pessoas negras ocupantes de cargos públicos, bem como, estudos que averiguaram os pontos positivos e negativos da ação afirmativa em tela.

1 RACISMO ESTRUTURAL E SEUS EFEITOS

Antes de adentrar efetivamente no assunto do racismo estrutural, cabe aqui fazer uma delimitação da origem do conceito de raça. A problemática racial, pelo menos na América, inicia-se com a exploração europeia de colônias, sendo que, a ideia de raça, não existia antes desse período. É através da relação com os povos

explorados que começa a surgir a concepção de identificar os povos de acordo com suas características físicas, o que aparece, principalmente, como forma de legitimar a dominação. A própria divisão entre pessoas negras, pardas, indígenas e brancas, surge dessa diferenciação do dominador em relação aos dominados (QUIJANO, 2005).

A denominação “homem branco”, traz consigo, na visão dos europeus, um pensamento de direito legítimo de dominação e exploração dos povos não-brancos, a raça torna-se um classificador social, um meio de dividir os papéis dentro da sociedade. Ainda que se fizessem concessões, por exemplo, aos indígenas, em momento algum deixou de existir a relação de subordinação, tais regalias eram apenas maneiras de melhor dominar tais povos. Os mecanismos de diferenciação fizeram com que a coletividade visse pessoas com determinadas características físicas, bem como sua sociedade e cultura, como intrinsecamente inferiores (QUIJANO, 2005).

Existia um esforço dos europeus no sentido de naturalizar a violência praticada contra os povos explorados, o que, numa sociedade ocidental moderna, embasada na ideia de hierarquia entre os povos, estando o homem branco europeu no topo desta escala, passou-se a desenvolver, dentro da própria ciência, argumentos que indicariam de maneira empírica, porque os indivíduos não-brancos deveriam se subordinar ao homem branco europeu (GONZALEZ, 1998).

Neste contexto e sob essas bases ideológicas as sociedades americanas se desenvolveram, realizando a manutenção da relação de subordinação, mantendo pessoas brancas em posição de domínio e superioridade em relação às não brancas (QUIJANO, 2005).

Esta forma de tratamento se traduziu em um racismo velado, onde os detentores do poder, através de um discurso de miscigenação, criam sofisticados mecanismos para manter as pessoas não-brancas em situação de inferioridade. O que ocorre, conforme já dito acima, é que o homem branco, fazendo uso de seus poderes, realiza a prática reiterada de divulgação de seus ideais como os únicos de fato corretos e as formas de pensar e existir que são diversas, são classificadas como selvagens, obscuras, místicas e dentro de um contexto religioso, demoníacas. Este processo se denomina embranquecimento e serviu (e ainda serve) para extirpar dos povos dominados a sua noção de identidade, herança, cultura e

autoestima, fazendo com o que o indivíduo se sinta deslocado, marginalizado, pelo simples fato de existir e ser no mundo (GONZALEZ, 1998).

Através dos efeitos da separação e atribuição de papéis sociais com base no racismo, em sua forma estrutural, conforme será tratado logo abaixo, é que se pretende demonstrar a necessidade de existirem instrumentos de reparação histórica, tais como as cotas raciais.

Neste sentido, a existência e necessidade das cotas raciais podem ser explicadas através dos efeitos do próprio racismo. O racismo pode ser definido como uma forma sistemática de discriminação, manifestada consciente ou inconscientemente, cujos efeitos culminam em vantagens ou desvantagens para os indivíduos de determinada sociedade a depender de qual grupo eles pertencem (ALMEIDA, 2018).

A manifestação do racismo pode ocorrer de três maneiras: a) individual, tratado como um fenômeno isolado onde um indivíduo ou um grupo específico, discrimina diretamente uma determinada minoria¹ racial; b) institucional, presente no funcionamento das instituições (valores, comportamentos, formas de orientação e coordenação da sociedade), de maneira a conferir privilégios ou desvantagens às pessoas com base na sua raça; c) estrutural, onde, pela prática reiterada da discriminação (racismo individual e/ou institucional), cria-se uma divisão de poder, fazendo com que o grupo discriminatório ocupe posições de onde ele possa realizar a manutenção da ordem social com base em uma suposta superioridade racial (ALMEIDA, 2018).

O racismo estrutural, tal como definido, cria a naturalização da discriminação racial, onde o comportamento racista deixa de ser uma ofensa aos direitos dos discriminados e passa a ser tratado com normalidade. A sociedade, agora inerentemente racista, retroalimenta-se de comportamentos discriminatórios e perpetua a violência contra as minorias raciais (ALMEIDA, 2018).

Uma sociedade estruturalmente racista isola o grupo minoritário e passa a ser omissa quanto a concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos

¹ Por minoria, não se trata aqui de, necessariamente, do sentido quantitativo do termo, mas sim em um significado de desigualdade social, falta de representatividade política, que, geralmente, não ocupam papéis sociais de onde possam exercer algum tipo de poder. De forma mais clara, grupos que sofrem com discriminação, em constante luta pela obtenção de seus direitos básicos e que precisam, de alguma maneira, se opor contra grupos majoritários (também não se referindo à quantidade de pessoas) para obterem uma vida digna.

discriminados. A prática da discriminação ao longo do tempo leva à estratificação social, um fenômeno intergeracional em que o percurso de todos os membros de determinado grupo social é afetado, prejudicando as chances de ascensão social, de reconhecimento e sustento material (ALMEIDA, 2018).

De maneira mais incisiva, Moreira (2017, p.5) diz que em decorrência do racismo, a população negra brasileira é vítima preferencial de violência policial¹, não conclui o ensino básico, recebe salários menores que pessoas brancas, é vista pela sociedade de forma negativa e são vítimas constantes de injúrias raciais².

Ainda sobre as implicações penais do racismo estrutural no Brasil, de acordo com o CNJ, em 2017³, cerca de 67,3% da população carcerária brasileira⁴ era composta por pessoas negras. Os dados foram tão expressivos que os integrantes do Seminário “Questões Raciais e Poder Judiciário” concluíram que o racismo presente no Brasil faz com que a pessoa negra seja considerada criminosa, antes mesmo de ser julgada.

Continuando, Moreira (2017) argumenta ainda que a realidade da população negra brasileira é de tal forma, pois existe uma cultura que legitima a exclusão dessas pessoas, que não as permite participar no processo democrático e é omissa quanto a concretização dos direitos fundamentais de pessoas negras.

Neste sentido, é plausível a afirmação de que existe na sociedade brasileira um tratamento diferenciado em relação às pessoas negras. Tratamento este que ocorre de maneira prejudicial, através de ações diretamente danosas ou omissões no suprimento de necessidades básicas que permitam aos indivíduos o exercício de sua vida de maneira digna.

¹ De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, entre 2013 e 2021, 43.171 mil pessoas foram vítimas de letalidade policial, sendo que 84.1% das vítimas foram pessoas negras.

² A injúria racial está tipificada no ordenamento jurídico penal brasileiro como crime, pela lei nº 7.716 de 1989. Até dezembro de 2022, praticar injúria racial não era entendido, em termos de tipificação criminal, como racismo propriamente dito, tratavam-se de dois crimes diferentes sendo que o último, era punido de forma mais severa. Com a Lei 14.532 de janeiro de 2023, o crime de injúria racial, além de ter sua pena aumentada (1 à 3 anos de reclusão antes, 2 à 5 anos com a nova lei), passou a ser equiparado ao crime de racismo, adquirindo também a caráter inafiançável e imprescritível.

³ De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, a população carcerária brasileira é de 820.689 mil pessoas, sendo que 67,5% desse número é composta por pessoas negras, isso corresponde a 429.2 mil pessoas negras presas no Brasil até junho de 2021 (conforme os dados mais recentes disponibilizados pelo Anuário).

⁴ De acordo com dados do INFOPEN, em 2017, 63,6% da população carcerária masculina era composta por homens negros, enquanto para a população carcerária feminina, 63,5% era de mulheres negras.

1.1 Origem das ações afirmativas

Primeiramente, é necessário tratar sobre o conceito das ações afirmativas. Podem ser definidas como políticas públicas voltadas ao combate de discriminações físicas, culturais ou sociais, e também, para mitigar efeitos atuais de discriminações realizadas no passado, com vistas a concretizar o princípio constitucional da isonomia, particularmente em seu aspecto material (GOMES, 2001, p. 135).

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal nº 12.288 de 2010) define no inciso VI, de seu artigo 1º que ações afirmativas são “programas e medidas especiais adotadas pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades”(BRASIL, 2010).

Quanto à sua origem, as cotas raciais surgem na Índia, onde em sua Constituição de 1950, estabeleceu o princípio das políticas de reserva, com medidas de inclusão política, ao serviço público e ensino público superior de membros de grupos historicamente discriminados, o que no contexto indiano, seriam as pessoas denominadas como “Dalits” e os “Shudras”, consideradas pessoas de casta inferior segundo o antigo sistema de casteísmo (FERES JR.; DAFLON, 2015, p. 97).

As ações realizadas pela Índia tiveram impactos internacionais e inspiraram as populações de diversos outros países. Nos Estados Unidos da América, nos anos 60, a luta pelos direitos civis realizadas pelos movimentos sociais de integração da população negra, influenciaram o sistema judiciário estadunidense culminando em diversas decisões¹ emblemáticas que se posicionaram contrárias às leis discriminatórias da época e abriram espaço para que fossem implementadas as políticas de ações afirmativas para a população negra do país. Neste cenário, as políticas públicas adotadas proporcionariam a inclusão de pessoas negras em universidades e no mercado de trabalho, com o caráter de reparação histórico-social pelo contexto discriminatório em que estavam inseridas (XAVIER; XAVIER, 2009, p. 74-77).

¹ Em 1954, no caso *Brown v. Board of Education Re-enactment*, a Suprema Corte dos EUA proferiu decisão unânime determinando que a segregação racial em escolas públicas era uma violação da décima quarta emenda constitucional e em 1956, no caso *Rosa Parks v. Alabama*, em decisão proferida também pela Suprema Corte, foi decretado o fim da segregação racial de pessoas negras nos ônibus.

No Brasil, o debate sobre as cotas raciais tem como marco inicial o seminário “Multiculturalismo e racismo: o papel da ação afirmativa nos Estados democráticos contemporâneos” realizado em 1996, cujo acontecimento está diretamente ligado aos movimentos negros brasileiros, que fizeram reivindicações ao então Presidente da época, Fernando Henrique Cardoso (XAVIER; XAVIER, 2009, p. 77 – 80).

Através disso, começaram a ser aplicadas cotas raciais em universidades públicas, todavia, diferente do que ocorreu nos EUA, no Brasil elas destinavam-se às pessoas carentes, pois existia, devido à diferença de classes sociais, a crença de que pessoas negras sofriam preconceito por serem pobres e não por serem negras.

Em 2001, o Estado brasileiro assinou a Declaração de Durban, assumindo o compromisso de combate à discriminação social através de ações afirmativas e em 2003, através da Lei Estadual n. 4.151 foram criadas cotas para alunos negros, pardos e alunos de escolas públicas em universidades públicas do estado do Rio de Janeiro. Tal ação, foi adotada em diversos outros estados brasileiros, tanto pelos governantes, como por resoluções internas das universidades. Até que em 2012, a Lei Federal nº 12.711, estabeleceu a obrigatoriedade de reserva de vagas para estudantes de escolas públicas, com subcotas para pessoas negras, pardas e indígenas (FERES JR.; DAFLON, 2015, p. 97-98).

Neste sentido, através da influência internacional e pressão interna dos movimentos negros na luta pelos direitos, o governo brasileiro passou a adotar as políticas públicas de inclusão social de grupos minoritários, com o intuito de possibilitar o acesso às universidades e reduzir a desigualdade enfrentada pelos cidadãos brasileiros.

2 CONCEITUAÇÃO DAS COTAS RACIAIS DE ACORDO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E PREVISÃO LEGAL DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Antes de adentrar o assunto das cotas raciais no ordenamento jurídico brasileiro, convém antes enfrentar o assunto da discriminação aparente causada pelo favorecimento produzido por elas.

Para enfrentar a problemática, é importante analisar o assunto pelo prisma do princípio constitucional da isonomia. Considerando os efeitos negativos causados pelo racismo estrutural existente na sociedade brasileira, já explicitados

anteriormente, ações afirmativas como estas operam não para causar desigualdade entre os sujeitos, mas sim para combatê-las.

O estabelecimento da igualdade formal entre os indivíduos, proibindo comportamentos discriminatórios, por si só, é insuficiente para a realização dos objetivos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Somente através de ações afirmativas com vistas transformar a sociedade e estabelecer uma relação de igualdade para os indivíduos desfavorecidos, é possível a concretização do princípio da isonomia (ROCHA, 2001, p. 289).

Isto é, o favorecimento ofertado pelas ações afirmativas não é injusto em relação aos demais indivíduos, pois as pessoas que se beneficiam das cotas raciais nascem em posição de desigualdade, sendo necessário favorecê-las para equiparar oportunidades. A desigualdade estabelecida pelo favorecimento torna-se um instrumento de concretização do princípio da isonomia pelo motivo que corrige uma desigualdade na anterior. Pela equiparação de desigualdades cria-se uma nova relação de igualdade (BOBBIO, 1995, p. 32).

Sobre este assunto, entende a Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia (2001, p. 284) que proibir a discriminação não é o bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. A vedação da desigualdade, ou a invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

Retomando o conceito trazido pelo Estatuto da Igualdade Racial, ações afirmativas são “programas e medidas especiais adotadas pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades” (BRASIL, 2010).

Portanto, conforme argumentado anteriormente, as cotas raciais para concursos públicos são uma modalidade de ação afirmativa de promoção de igualdade e de combate à discriminação negativa, cujo escopo é permitir que pessoas negras tenham chances equiparadas de acesso a papéis ocupados, predominantemente, por pessoas brancas.

Seu funcionamento determina que uma certa parcela de vagas disponíveis (como por exemplo, em vestibulares ou concursos) seja reservada para pessoas daquele grupo minoritário, aumentando assim, a oportunidade de que estas pessoas possam ocupar essas posições.

No Brasil, as cotas raciais para concursos públicos estão regulamentadas na Lei nº 12.990 de 2014, que em seu artigo 1º estabelece:

Art. 1º. Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei (BRASIL, 2014).

Os parágrafos §1º, §2º e §3º do artigo supracitado determinam que a reserva de vagas será aplicada quando o número de vagas do concurso for igual ou superior a 3; havendo fracionamento das vagas reservadas na proporção igual ou superior a 0,5 décimos, será aumentado o número de vagas; e a reserva deve constar de maneira expressa nos editais, especificando o número total de vagas e para qual cargo ou emprego se destinam (BRASIL, 2014).

Para a concorrer às vagas reservadas, o artigo 2º da mesma lei aduz que os participantes devem se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso, conforme o quesito de cor ou raça utilizando pelo IBGE. A constatação de declaração falsa gera eliminação do concurso ou, se houver sido nomeado, sujeita o servidor à anulação do serviço após procedimento administrativo que assegure contraditório e ampla defesa ao indivíduo, conforme indicado pelo parágrafo único do artigo (BRASIL, 2014).

Em seu artigo 3º, fica determinado que candidatos negros concorrem concomitantemente às vagas reservadas e às vagas de ampla concorrência, dizendo ainda em seus parágrafos que: a aprovação de um candidato negro na ampla concorrência não computa na vaga reservada; que em hipótese de desistência do candidato aprovado na vaga reservada, ela é preenchida pelo candidato posteriormente classificado; e não havendo candidatos negros suficientes para ocupar as vagas reservadas, converter-se-ão as vagas restantes para a modalidade de ampla concorrência (BRASIL, 2014).

A referida lei segue aquilo que estabelece o Estatuto da Igualdade Racial em seu artigo 1º *caput*, ou seja, destina-se a garantir à população negra a efetivação de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica (BRASIL, 2010).

2.1 Posição do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria

Em 2017, no dia 08 de junho, o Supremo Tribunal Federal (STF) fez o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 41 que tinha como escopo a defesa do status constitucional da Lei 12.990/2014 (já tratada ao longo do trabalho), proposta em 01 de janeiro de 2016 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados (OAB). A ação foi julgada procedente, por unanimidade de votos, declarando constitucionalidade integral da norma em questão.

A razão para a propositura da ADC se deu ao fato de que existiam decisões contraditórias por todo o país acerca da validade da norma, pois as decisões afastavam a aplicação desta, em controle difuso, com o fundamento de que a reserva de vagas para pessoas negras em concursos públicos federais feria os princípios constitucionais da igualdade, vedação à discriminação, eficiência, do concurso público e da proporcionalidade. E, por outro lado, outras diversas decisões que seguiam a previsão estabelecida pela lei e asseguravam a aplicação desta, sendo necessário então, trazer a matéria até o julgamento do Supremo.

Para a defesa da constitucionalidade, a CFOAB argumentou que a norma se destinava à redução da discriminação racial, podendo ser verificada tanto no âmbito da educação, quanto no mercado de trabalho, que era também instrumento de promoção da igualdade material, estabelecendo uma relação de equidade de oportunidades para pessoas negras e brancas no país e ainda, para proporcionar maior representatividade de pessoas negras e pardas no serviço público federal, para que o quadro de servidores do Poder Público reflita a realidade brasileira.

Intimados para manifestação, a Presidência da República, o Senado Federal, a Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral da União, defenderam a constitucionalidade da Lei de Cotas, argumentando também que a norma servia ao combate à desigualdade racial, ao princípio da isonomia e representatividade de pessoas negras.

Quanto aos votos, o posicionamento do Ministro Relator Roberto Barroso foi de que a ação afirmativa em questão estava em consonância com o princípio da isonomia pois ela se funda na reparação histórica pela herança da escravidão no Brasil que, quando abolida, deixou as pessoas negras entregues à própria sorte e sem possibilidade de integração social (BRASIL, 2017, p. 7).

Continua o Ministro dizendo que em decorrência dessa circunstância, há o racismo estrutural na sociedade brasileira, que a discriminação racial está tão arraigada à ordem social que se tornou um costume ver pessoas negras de maneira estratificada, hierarquicamente inferiores e por esta razão, é impossível imaginar que alguém possa superar esse desfavorecimento sem algum tipo de apoio institucional (BRASIL, 2017, p. 8).

A ação afirmativa, além de concretizar a igualdade material, promove também o que o Ministro denomina como “igualdade como reconhecimento”. Uma outra faceta do princípio da isonomia que se refere ao respeito das minorias e ao tratamento diferenciado de maneira geral, o fato de pessoas negras verem seus semelhantes em posições de destaque na sociedade brasileira traz o empoderamento desses indivíduos (BRASIL, 2017, p. 9).

Isso faz com que não só elas deixam de ver a si mesmas como inferiores (uma outra consequência do racismo estrutural) e não permitam mais que as tratem como tal, mas também para que pessoas brancas, se deparando com pessoas negras nessas posições sociais, deixem de sentir-se superiores de qualquer forma (BRASIL, 2017, p.10).

Dentre os argumentos levantados tanto por todos os que estiveram envolvidos no julgamento da ADC, percebe-se que existe de fato o racismo velado ou estrutural na sociedade brasileira, sendo expressamente citado no voto do Ministro Barroso e que o reconhecimento, o resgate da história brasileira, pode sim justificar a existência de mecanismos de reparação às pessoas negras brasileiras, e não só isso, mas também como maneira de promover a representatividade dessas pessoas, combatendo os esforços utilizados para embranquecer a negritude brasileira, devolvendo sua autoestima e respeitando às suas origens.

Por fim, quanto aos efeitos do julgamento da ADC, ela possui: a) eficácia contra todos (*erga omnes*); b) efeito retroativo (*ex tunc*), isto é, os efeitos da decisão atingem todos os casos passados desde a sua entrada em vigência (inclusive casos já julgados, uma vez que estas decisões foram em sentido contrário à constitucionalidade da norma, decretada a constitucionalidade pela ADC, tais decisões passam a ser nulas, e da nulidade não podem ser gerados efeitos, logo, perde sua validade); c) efeito vinculante, sendo que tal vinculação, uma vez que a constitucionalidade da norma foi feita à luz da interpretação constitucional, vincula todos os demais órgãos judiciais e autoridades administrativas em geral. Ainda, em

se tratando de ADC, quando do controle concentrado de constitucionalidade, entende-se que o Supremo tem cognição plena da matéria, examinando e esgotando todos seus aspectos constitucionais, isto significa dizer uma vez declarada a constitucionalidade da norma, não há possibilidade de reexame da matéria em questão (MORAES, 2022).

2.2 A efetividade das cotas raciais em concursos públicos

Primeiramente, cumpre conceituar o que se entende por eficácia da norma. Pode ser entendida como a aptidão da norma para produzir os efeitos pretendidos, em virtude de sua estrutura dispor de instrumentos necessários para tanto, dividindo-se em eficácia normativa e em fática, verificando se ela se traduziu em resultados efetivos no mundo real (JUSTEN FILHO, 2021).

De acordo com a definição de Sabadell (2002, p. 64-67) a análise da repercussão da norma pode ser feita por três perspectivas: a) *efeitos da norma*, correspondendo a qualquer repercussão social ocasionada por uma norma; b) *eficácia da norma*, corresponde ao grau de cumprimento da norma, isto é, uma norma é considerada socialmente eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando sua violação é efetivamente punida pelo Estado; c) *adequação interna da norma*, que se refere a capacidade da norma em atingir a finalidade social estabelecida pelo legislador. Esta terceira perspectiva bastante pertinente, pois, segundo o modelo trazido pela autora, o mero cumprimento da norma, isto é, sua eficácia do ponto de vista de alto grau de respeito a norma não necessariamente indica que a norma está atingindo a finalidade para o qual ela foi criada.

Neste sentido também, atenta-se para o fato de que uma norma pode ser eficaz normativamente, mas sem o ser de maneira fática ou então, pode ser eficaz no plano real, sem o ser do ponto de vista normativo (BOBBIO, 2016). O problema normativo, bem como a validade da norma sob a perspectiva de constitucionalidade, foi debatido no julgamento da ADC nº 41. Do ponto de vista fático, cumpre fazer análise, aqui delimitada ao Poder Judiciário, do número de cargos ocupados por pessoas negras antes e depois da vigência da norma.

Em 2013, o Censo do Poder Judiciário identificou que cerca de 15,6% dos cargos da magistratura eram ocupados por pessoas negras. Em 2015, por meio da Resolução nº 203, o CNJ reservou também 20% das vagas de concurso público

para provimento de cargos de magistratura para pessoas negras. Em 2018, 3 anos após a entrada de vigência da norma, esse número passou a ser de 18,1%, com o aumento de 3,5% em relação aos dados de 2013, apresentando ainda a estimativa de que em 10 anos, o número chegaria aos 22%, o que, na época, representaria uma expressão mínima de equidade.

Todavia, em 2020, durante o Seminário “Questões Raciais e o Poder Judiciário”, foi levantado que o crescimento de vagas ocupadas por pessoas negras desacelerou e que a estimativa feita em 2015 deveria ser revisada para 2049.

É inegável o fato de que houve crescimento após a vigência da norma, porém somente de 3,5% de crescimento, quando a norma prevê 20% (reforçado pela Resolução nº 203 do CNJ) de reserva de vagas para candidatos negros e pardos em concursos públicos a nível nacional. Isto, somado à alteração de estimativa de equidade somente em 2049, tornou-se perceptível a existência, ainda, de grande dificuldade para a integração de pessoas negras em cargos públicos do CNJ.

Entretanto, em 2021, foi realizada a Pesquisa Sobre Negros e Negras no Poder Judiciário, feita pelo CNJ, onde se observou que de acordo com número total de cargos, entre 2019 e 2020, somente 21,6% dos postos de magistrados foram ocupados por pessoas negras. A pesquisa observou ainda que logo após a promulgação da resolução nº 203/2015 houve um pico de 21% de ocupantes negros, seguido por uma queda nos três anos seguintes e uma retomada em 2020, chegando à porcentagem de 21,6% (CJN, 2021, p. 76).

A principal parcela de juízes e juízas negras estão em início de carreira, como substitutos, este montante equivale a 18,1% de magistrados, seguido por juízes titulares com 12,3% e então Desembargadores, com 8,8% (CJN, 2021, p. 64).

Embora tenha havido um aumento considerável em relação aos dados de 2013, a nova pesquisa estabeleceu que a estimativa para o estabelecimento de uma equidade racial na magistratura só será atingida entre 2056 e 2059, cerca de 8 a 10 anos a mais em relação à estimativa de 2015 (CJN, 2021, p. 106).

No âmbito Estadual, o número de magistrados negros (entre homens e mulheres) corresponde a 12,1% dos cargos. Sendo que, nas regiões Norte e Nordeste, estão abrigados a maioria de juízes(as) negros(as), entre 62,7 e 30,2% em tribunais de médio (TJBA, TJCE, TJPA) e pequeno porte (TJAP, TJPI, TJTO) (CNJ, 2021, p. 58).

Na Justiça do Trabalho, com 15,9%, os maiores percentuais figuram também as regiões Norte e Nordeste, apresentando percentuais entre 45,7% e 28% de magistrados(as) negros(as) (CNJ, 2021, p. 58).

Nos Tribunais Superiores, com 14,8%, o STJ apresenta 21,7% e o STM 18,6% de magistrados negros (CJN, 2021 p. 58).

Na Justiça Eleitoral (incluindo o TST), a pesquisa informa que neste âmbito não existe segmento de magistratura através de concursos, especificamente, pois os juízes que atuam neste ramo da Justiça acumulam jurisdição e são originários de outros tribunais (CJN, 2021, p. 58).

No âmbito Federal, somente 2,6% dos cargos de magistrados são ocupados por pessoas negras, mas, a pesquisa aponta para o fato de que a estimativa pode estar comprometida pois somente dois (TRF4 e TRF3) dos cinco TRFs apresentaram dados sobre raça dos magistrados (CJN, 2021, p. 57).

Quanto ao ingresso na magistratura através de cotas raciais, observou-se que oitenta e duas pessoas se tornaram juízes realizando concurso por meio de vagas destinadas às cotas raciais; enquanto 1.408 magistrados negros foram aprovados fora das vagas voltadas às cotas raciais (que pode acontecer inclusive quando os candidatos concorriam na modalidade de reserva de vagas, mas obtiveram classificação equiparável às vagas de ampla concorrência) em relação à 10.206 magistrados brancos. Dessa forma, são 86,8% de juízes brancos aprovados contra 12% de magistrados negros (CJN, 2021, p. 74).

A pesquisa também englobou o número de servidores(as) no judiciário, apresentando 31% de servidores negros em 2020, com o aumento de 1% em relação ao número de 2013, que era de 30% (CJN, 2021, p. 56).

Em relação a hierarquia entre os servidores (entre homens e mulheres): cargos de chefia, 27,8% para pessoas negras e 70,4% para pessoas brancas; que não possuem cargo de chefia, 29,8% de pessoas negras para 68,5% para pessoas brancas (CJN, 2021, p. 67).

Quanto ao ingresso de servidores através do sistema de cotas raciais, a pesquisa traz que 1.180 pessoas negras se tornaram servidores do Poder Judiciário através da modalidade de reserva de cotas e 38.086 ingressaram fora do regime de cotas (pode ocorrer a mesma situação observada nos concursos para magistrados), contra 87.795 de pessoas brancas, isso corresponde à 30% de pessoas negras para 68,5% para pessoas brancas (CJN, 2021, p. 75).

Com base nos dados trazidos pela pesquisa é possível observar que embora a política de cotas tenha permitido o aumento de pessoas negras ocupantes de cargos no judiciário, a disparidade entre pessoas negras e pessoas brancas ainda é muito aparente. No âmbito da magistratura, somente 21,6% dos magistrados brasileiros são pessoas negras e dos servidores públicos, essa porcentagem é de 31%, no caso dos magistrados, essa parcela, levando em consideração o aumento ocorrido logo após a Resolução do CNJ e a estagnação posterior, houve o aumento pouco significativo ao número observado em 2020 e no caso dos servidores, de 2013 até 2020, o crescimento observado foi de 1%, de 30% para 31%.

Do ponto de vista normativo, sim, a norma teve eficácia, ela reservou porcentagem dos cargos em concursos públicos para pessoas negras e esses cargos foram ocupados nos anos imediatamente seguintes à declaração da constitucionalidade da norma, mas, como pôde ser observado pelos dados, o crescimento do número de pessoas negras ocupando cargos no judiciário brasileiro, em especial os magistrados, não se alterou de forma significativa. Houve aumento em relação aos dados de 2013, isso não pode ser desconsiderado, mas o que se observa nos anos mais recentes, é uma estagnação no crescimento de cargos de magistrados ocupados por pessoas negras. A desigualdade racial é evidente.

Neste sentido, Bulhões e Arruda (2020, n.p) entendem que para que a ação afirmativa possa ser considerada um mecanismo pleno de empoderamento e reparação ao povo negro, são necessárias que sejam feitas algumas alterações no texto legal e em sua aplicação, tais como, garantir que a convocação determinada pela lei seja efetivamente para pessoas negras e criação de mecanismos de monitoramento permitindo que os concursos sejam fiscalizados com vistas a possibilitar a real integração dos indivíduos no ambiente de trabalho.

No que diz respeito a norma como instrumento de combate contra a desigualdade, cumpre salientar que sendo formas de reparação, feitas com o objetivo de igualar as condições competitivas no mercado de trabalho, a ação afirmativa em tela faz com que a luta contra a desigualdade saia do mundo teórico e passe a atuar diretamente nos problemas sociais enfrentados pela população negra brasileira, decorrentes do racismo estrutural (LIMA; MAZZUCO, 2015, n.p.)

Retomando alguns dos conceitos trazidos ao longo do tópico, sobre eficácia e efetivo impacto social, é possível constatar a norma ainda não atingiu a finalidade para qual foi criada. O número de pessoas negras ocupantes de cargos públicos no

âmbito federal, sem desconsiderar a importância que isso representa, ainda está em desequilíbrio em relação ao de pessoas brancas. Embora esteja vencido o tema quanto a constitucionalidade da norma e a sua eficácia em relação aos dispositivos legais que garantem a reserva de vagas, seus efeitos ainda são insuficientes para considerar que ela foi exitosa no combate a desigualdade racial e a promoção de reparação histórica à população negra brasileira.

CONCLUSÕES

O objetivo do presente artigo era realizar a análise da fundamentação e necessidade das cotas raciais em concursos públicos, bem como, a efetividade de suas normas regulamentadoras no combate à desigualdade racial. Ao longo do trabalho, desenvolve-se cinco tópicos nos quais foi possível perceber que:

A história do racismo no Brasil iniciou-se com a colonização europeia na América, o conceito de raça formou-se como um instrumento de dominação e legitimação da exploração dos povos colonizados. Através da separação entre raças, o homem branco estabeleceu-se como superior e vem utilizando tal instrumento para fazer manutenção das relações de poderes e para o exercício de “branqueamento” de pessoas negras, com o esforço, inclusive, de criminalizar a cultura produzida por estas pessoas. Neste sentido, dados os efeitos vivenciados por pessoas negras desde esta época, uma política de ações afirmativas que visem a reparação histórica pelos danos sofridos cumprem fundamental papel na efetivação dos direitos destas pessoas.

As cotas raciais, além de serem uma forma de efetivação de direitos humanos fundamentais das minorias, aparecem como uma maneira de resposta à discriminação racial e mitigar os efeitos do racismo estrutural presente na sociedade brasileira. A sociedade estruturalmente racista opera de maneira a garantir privilégios à pessoas brancas, dando a estas a diversidade de oportunidades para o desenvolvimento pessoal, porém, limita e perpetua a agressão e negligência dos direitos de pessoas negras, sendo que, o racismo está tão enraizado na sociedade brasileira que esta forma de tratamento que segrega tais indivíduos, é vista de maneira natural, como se assim devesse ser de fato e não há necessidade alguma de tentar alterar a forma como essas pessoas são tratadas.

Neste sentido, como abordado acima, as ações afirmativas como as cotas raciais em concursos públicos aparecem como uma maneira de mitigar estes efeitos, realizando a igualdade material no sentido de que transforma a teoria de combate ao racismo em formas ativas de reduzir da desigualdade racial.

Todavia, para o melhor funcionamento das cotas raciais é necessário que elas se adequem melhor a realidade das pessoas negras, somente a reserva de vagas não é suficiente para o combate efetivo do racismo estrutural. É necessário que se desenvolvam mecanismos que, antes mesmo da inscrição no concurso, propiciem a população negra a paridade de ferramentas disponíveis para que possam ingressar no concurso, isso quer dizer a garantia dos direitos ao longo de toda a sua vida, é necessário que o Estado atue de maneira efetiva na garantia dos direitos humanos fundamentais destas pessoas e uma vez que ingressem no mercado de trabalho, que a sua integralização no mercado de trabalho seja completa, evitando que outras formas de discriminação sejam sofridas por elas.

Ademais, as cotas raciais, em todas as modalidades, da maneira como existem e com os objetivos abordados anteriormente, devem ser mantidas e protegidas até que seja sanada a desigualdade causada pelo racismo estrutural, sendo necessário também que a justificativa de sua existência seja divulgada de maneira didática com o escopo de desmistificar ou esclarecer opiniões errôneas que o senso comum possa ter sobre elas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvo. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2018.

ALABAMA DEPARTMENT OF ARCHIVES AND HISTORY. **Rosa Parks v. Alabama**. Disponível em:

<<https://digital.archives.alabama.gov/digital/collection/voices/id/2100/>>. Acesso em: 06 set. 2023.

ARRUDA, Dyego de Oliveira; BULHÕES, Lucas Mateus Gonçalves. Cotas raciais em concursos públicos e perspectiva do racismo estrutural. **RevistaNau Social**.

v.11, n.20, p. 5-19, out. 2020. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>. Acesso em: 06 set. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos.** Brasília, DF: Presidência da República [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm#:~:text=Reserva%20aos%20negros%2020%25%20\(vinte,economia%20mista%20controladas%20pela%20Uni%C3%A3o](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm#:~:text=Reserva%20aos%20negros%2020%25%20(vinte,economia%20mista%20controladas%20pela%20Uni%C3%A3o). Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN.* Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf/view>> Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres.* Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2017.pdf/view>> Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 – Distrito Federal.** Relator: Ministro Roberto Barroso. Junho de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 06 set. 2023.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O encarceramento tem cor.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista/> Acesso em: 06 set. 2023.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento vai indicar impacto de iniciativas de promoção da equidade racial.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/levantamento-vai-identificar-impacto-de-iniciativas-de-promocao-da-equidade-racial/#:~:text=Dados%20do%20Censo%20do%20Poder,de%20apenas%203%2C5%25>. Acesso em: 06 set. 2023.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa do CNJ: Quantos juízes negros? Quantas mulheres?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres/> Acesso em: 06 set. 2023.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário**. Brasília: CJN, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf> Acesso em: 06 set. 2023.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Com política de cotas, dobra o percentual de negros e negras a ingressar na magistratura**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-politica-de-cotas-dobra-percentual-de-negros-e-negras-a-ingressar-na-magistratura/> Acesso em: 06 set. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. As 820 mil vidas sob a tutela do Estado. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**: 2022. São Paulo: FBSP, 2022. p. 395 – 399. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/> Acesso em: 06 set. 2023.

FERES JR. João; DAFLON. Verônica Toste. Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica. **Revista Sociologias**. v.17, n.40, p. 92-123, set/dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/soc/v17n40/1517-4522-soc-17-40-00092.pdf>. Acesso em: 06 set. 2023.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de informação legislativa**. v.38, n.151, p. 129-152, jul./set. 2001. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/705>. Acesso em: 06 set. 2023.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Revista Tempo Brasileiro**, v.92, n. 93, p. 69-82, jan./fev. 1998, Disponível em: <https://institutoodara.org.br/wp-content/uploads/2019/09/a-categoria-polc3adtico-cultural-de-amefricanidade-lelia-gonzales1.pdf> Acesso em: 06 set. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MOREIRA, Adilson José. Cidadania Racial. **Revista Quaestio Iuris**. v.10, n.2, p. 1052-1089, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.22833>. Acesso em: 06 set. 2023.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. 2005. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf Acesso em: 06 set. 2023.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de informação legislativa**. v.33, n.131, p. 283-295, jul./set. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>. Acesso em: 06 set. 2023.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. 12. Santa Cruz do Sul. *Cota racial nos concursos públicos federais: afirmação em combate a desigualdade racial*. 2015. N.P. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13125>. Acesso em: 06 set. 2023.

XAVIER. Elton Dias; XAVIER. Solange Procópio. Políticas de Ação Afirmativa e Relações Raciais no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Desenvolvimento em Questão**. v.7, n.14, p. 43-87, jul/dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/download/173/129/0>. Acesso em: 06 set. 2023.

UNITED STATES COURTS. *History - Brown v. Board of Education Re-enactment*. Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>> Acesso em: 06 set. 2023.

A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO: uma análise acerca da (in) aplicabilidade da exceção de Romeu e Julieta nos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil (2018-2022)

THE PRESUMPTION OF AGE VULNERABILITY IN THE CRIME OF RAPE: an analysis of the (in) applicability of the Romeo and Juliet exception in the Courts of Justice of the southern region of Brazil (2018-2022)

Maria Eduarda Pagnoncelli¹

Julia Dambrós Marçal²

Recebido/Received: 22.09.2023/Sep 22th, 2023

Aprovado/Approved: 23.10.2023/Oct 23th, 2023

RESUMO: No presente artigo científico, analisar-se-á o crime de estupro de vulnerável e as possíveis mitigações dos efeitos penais nos casos em que há pouca diferença de idade entre os praticantes do ato sexual. Será utilizado o método qualitativo e quantitativo de pesquisa, tendo como base especialmente a doutrina e jurisprudência dos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil, no período de 2018 a 2022, a fim de encontrar hipóteses e fundamentos que ensejam ou não a relativização destes efeitos. Assim, buscar-se-á compreender quando é possível relativizar presunção de vulnerabilidade etária e aplicar a exceção de Romeu e Julieta, especialmente quando o ato sexual se dá entre adolescentes que têm relacionamentos afetivos com menores de 14 anos. A relevância da pesquisa existe diante da problemática de adolescentes e jovens serem punidos como adultos, sendo que estes primeiros, na maioria dos casos, apenas estão descobrindo a sexualidade, enquanto estes últimos aproveitam-se da imaturidade sexual de menores de 14 anos a fim de satisfazer seus próprios desejos. Os Tribunais de Justiça da região sul deste país, em sua maioria, afastam a possibilidade de relativização, seguindo o mesmo entendimento constante na Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, diante do estudo, foi possível concluir que nos casos em que há pouca diferença de idade entre os praticantes da conduta sexual, aliado ao consentimento, deve haver a mitigação, já quando é nítido o aproveitamento de crianças e adolescentes por adultos, com maturidade sexual avançada, a proteção deve incidir de forma rigorosa.

¹ Graduanda do curso Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP). Assistente Administrativo da Delegacia da Mulher. E-mail: mariaapagnoncelli@gmail.com

² Doutoranda em Desenvolvimento Regional pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) Campus de Chapecó-SC. Graduada em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus de Xanxerê-SC. Professora e pesquisadora. Integrante do grupo de pesquisa: Gênero, Juventude e Cartografias da Diferença (PPGDR/UTFPR). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6074832059544467> E-mail: profjuliamarcal@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: estupro de vulnerável; exceção de Romeu e Julieta; presunção de vulnerabilidade; tribunais de justiça; região sul.

ABSTRACT: In this scientific article, the crime of rape of a vulnerable person will be analyzed and the possible mitigations of the penal effects in cases where there is little difference in age between the practitioners of the sexual act. The qualitative and quantitative method of research will be used, based especially on the doctrine and jurisprudence of the Courts of Justice of the southern region of Brazil, in the period from 2018 to 2022, to find hypotheses and foundations that give rise or not to relativize these effects. Thus, we will seek to understand when it is possible to relativize the presumption of age vulnerability and apply the exception of Romeo and Juliet, especially when the sexual act takes place between adolescents who have affective relationships with children under 14 years of age. The relevance of the research exists in the face of the problem of adolescents and young people being punished as adults, and the former, in most cases, are just discovering sexuality, while the latter take advantage of the sexual immaturity of children under 14 years of age to satisfy your own desires. The Courts of Justice of the southern region of this country, for the most part, rule out the possibility of relativization, following the same understanding contained in Precedent 593 of the Superior Court of Justice. However, in view of the study, it was possible to conclude that in cases where there is little difference in age between the practitioners of sexual conduct, combined with consent, there must be mitigation, since when children and adolescents are being used by adults, with maturity advanced sexual intercourse, protection must be rigorous.

KEYWORDS: presumption of vulnerability; Romeo and Juliet exception; vulnerable rape; courts of law; south region.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo geral analisar o crime de estupro de vulnerável e as possíveis mitigações dos efeitos penais nos casos em que há pouca diferença de idade entre os praticantes da conduta sexual.

No Brasil, conforme dispõe o artigo 217-A do Código Penal (CP), o crime de estupro de vulnerável consiste em manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos e as penalidades serão aplicadas independentemente de a vítima ter consentido com o ato ou ter mantido relação sexual anterior ao crime, ou seja, que a presunção de vulnerabilidade é absoluta. Entendimento este, já pacificado na Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, apoiada no princípio da ampla proteção dos menores, considera também irrelevante para a configuração do delito de estupro de vulnerável, a existência de relacionamento amoroso com o agente.

Por outro lado, com a criação e aplicação da "Romeo and Juliet Law" pelo poder judiciário em algumas localidades dos Estados Unidos da América (EUA), tornou-se possível que uma pessoa mantivesse relação sexual com um menor, sem que tal prática fosse considerada crime ou, no caso de ser incriminada, tivesse menores consequências. A supramencionada exceção estabelece alguns requisitos a serem cumpridos: a pouca diferença de idades entre os praticantes da relação sexual e o consentimento para a prática do(s) ato(s). Estes requisitos podem variar de um estado para outro diante da forma de estado existente nos EUA, o federalismo.

Desta forma, seria possível, no ordenamento jurídico brasileiro, a relativização dos efeitos penais do crime de estupro de vulnerável nos casos em que há pouca diferença de idade entre os praticantes da conduta sexual, da maneira que dispõe a "Romeo and Juliet Law"?

Será por meio do método qualitativo e quantitativo de pesquisa, com base especialmente em doutrinas e jurisprudências dos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil, no período de 2018 a 2022, que a (in) aplicabilidade da exceção de Romeu e Julieta no ordenamento pátrio será analisada.

Para tanto, buscar-se-á primeiramente compreender acerca da origem e aplicação da "Romeo and Juliet Law" nos estados dos EUA. Em um segundo momento, discorrer-se-á sobre a presunção de vulnerabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. E, por fim, realizar-se-á uma análise jurisprudencial nos Tribunais de Justiça dos estados do Paraná (TJPR), Rio Grande do Sul (TJRS) e Santa Catarina (TJSC), acerca do tema objeto da pesquisa.

1 "ROMEO AND JULIET LAW": UM ESTUDO SOBRE A ORIGEM E APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS ESTADUNIDENSES

Nesta inaugural etapa da pesquisa, será realizado um estudo sobre a origem da "Romeo and Juliet Law", com o objetivo de compreender quais foram os fundamentos utilizados e as hipóteses que ensejaram a criação do instituto, além de como se dá a aplicação da mencionada relativização para o crime de estupro de vulnerável nos tribunais estadunidenses.

Precipuamente, é de extrema importância compreender sobre a forma de estado dos EUA. Acerca deste tema, Flávio Martins (2022), menciona que a

Constituição dos EUA instituiu um estado federal (federação), baseado nos princípios do poder constituinte de cada ente federativo dentro dos limites previstos na Constituição, da intervenção institucionalizada na formação da vontade política federal, da repartição de competências e da igualdade jurídica dos entes federados.

Esta forma de estado dispõe de algumas características consideráveis de serem citadas neste momento, como a perda da soberania por parte dos entes federativos, que passaram, a partir do momento em que se uniram, a possuir autonomia política. Ademais, o federalismo é classificado com base em alguns aspectos, sendo eles: origem, tratamento, separação das competências e níveis de entes federativos. Quanto à origem, o federalismo dos EUA se deu por agregação, já que para que um único estado fosse constituído, os entes federativos abriram mão de sua soberania, mas mantiveram a autonomia legislativa e administrativa (MARTINS, 2022).

Seguindo esta mesma lógica, a referida autonomia possibilita que os estados federativos legislem sobre diversos temas, enquanto a competência da união, tanto em matéria legislativa quanto administrativa, acaba sendo bem menor (MOTTA, 2021).

Diante destas características, especialmente em relação à origem por agregação, ou também chamada centrípeta (MARTINS, 2022), é que cada ente federativo possui autonomia legislativa para poder definir quais condutas serão consideradas criminosas e por consequência estabelecer quais os critérios para a configuração de cada delito.

Conforme menciona Sylvio Motta (2021), a autonomia que os entes federativos possuem é conferida a eles para que possam decidir sobre assuntos que lhe são próprios, desde que esteja dentro dos limites estabelecidos por um poder anterior e superior, ou seja, a Constituição.

Partindo desta análise, pode-se dizer que nos EUA o direito penal, diferentemente do que se vê no Brasil¹, é regulado por leis estaduais. Assim, existem diversos ordenamentos, podendo, quando comparados um com o outros, existirem posições e regras distintas ainda que para o mesmo assunto (ROCHA; RUDNICKI, 2022).

¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Cabe ressaltar que todos os estados dos EUA possuem leis que proíbem a prática sexual com pessoas que ainda não tenham atingido a idade legal para consentimento. Ou seja, não se pode consentir com a prática sexual, até atingir esta idade, que pode variar de um estado para outro. Enquanto alguns estados preveem uma única idade, outros preveem critérios como a diferença de idade aceitável entre os parceiros da conduta sexual, ou idade máxima para o réu e mínima para a vítima (KERN, 2013).

A idade legal para consentimento pode ser justificada como uma forma de proteger os menores da exploração sexual praticada por adultos. Ocorre que a maioria das pessoas que acabavam sendo condenadas pela prática sexual com menores, eram os próprios adolescentes e jovens. Na Califórnia, no ano de 1999, 58% dos processados contavam com menos de 20 anos de idade (KERN, 2013).

Isto passou a acontecer porque os adolescentes e jovens começaram a se relacionar entre si, amorosa e sexualmente, muito antes do esperado. Assim dizendo, antes mesmo de atingir a idade legal para consentimento e, os mesmos admitiam tais práticas (SMITH; KERCHER, 2011).

Desta forma, o caráter absoluto trazido pelas leis estatutárias de estupro, ao longo do tempo, deixou de atender às finalidades precípuas e fez com que, na verdade, mais adolescentes passassem a responder pela prática de crimes sexuais.

Estas finalidades giravam em torno basicamente de duas perspectivas, a primeira, de proteger os vulneráveis das práticas e atos sexuais que não fossem voluntárias ou consentidas e, a segunda, da ocorrência da gravidez na adolescência (SMITH; KERCHER, 2011).

Exemplificando a problemática, cita-se o caso de Genarlow, de 17 anos, que em 2003 praticou sexo oral consentido com uma pessoa dois anos mais nova que ele. Cabe ressaltar que na Geórgia, onde os fatos se deram, a idade legal para consentimento era de 16 anos. Deste modo, ele foi condenado a 10 anos de prisão e, ainda, seria registrado como criminoso sexual. Na época, a decisão proferida pelo tribunal foi considerada injusta e houve grande repercussão sobre o caso (SMITH; KERCHER, 2011).

Muito embora as punições fossem consideradas extremamente necessárias, especialmente no caso de adultos que se aproveitam de crianças e adolescentes, coube, para o surgimento dos institutos que previam relativizações às condutas

sexuais entre adolescentes, visualizar o ponto de vista dos próprios adolescentes, que na descoberta da sexualidade se envolvem amorosamente.

Entendeu-se para tanto que os adolescentes, diferentemente dos adultos, não apresentavam maturidade sexual e, por possuírem idades mais próximas, poderiam simplesmente estar no mesmo nível da descoberta sexual e, com inocência, passarem a praticar relações sexuais consentidas.

Notou-se que não havia periculosidade alta em casos como o de Genarlow e, deste modo, não mereciam enfrentar condenações altíssimas como as previstas em lei, visto que o ato sexual entre adolescentes que possuem mínima diferença de idade, já não era mais considerado tão grave quanto adultos que exploram sexualmente os adolescentes.

Assim, as “Romeo and Juliet Laws” surgem nos EUA, inspirada na obra de Shakespeare que conta sobre a história de amor com final trágico entre Julieta, de 13 anos, e Romeu, de aproximadamente 16 anos. O referido instituto foi criado com a finalidade de cuidar dos casos excepcionais, ou seja, a prática de atos sexuais entre adolescentes com idades próximas, de forma consentida (ROCHA; RUDNIKI, 2022).

Como mencionou Reghelin (2022, p. 148-149), a “Romeo and Juliet Law” é:

[...] um mecanismo legal coerente com a vida moderna, em substituição à tradicional criminalização de adolescentes que, mediante consentimento mútuo e sem grandes diferenças etárias, envolvem-se em atos de natureza sexual, evitando-se considerá-los, necessariamente, estupradores ou autores de infrações dotadas de hediondez. A Romeo and Juliet Law trata de relativizar o entendimento jurídico diante do crime de estupro quando supostos vítima e autor possuam, em geral, diferença de idade não superior a três ou a cinco anos, conforme o estado americano, e haja consentimento das partes. Deste modo, evita-se a rotulação de “estuprador” e de “crime hediondo” (e todas as consequências que isto pode representar) para jovens que, na verdade, não são criminosos. Alerta-se que a regra não se aplica quando ausente o consentimento da vítima, ou quando esta for considerada criança.

Salienta-se que nem todos os estados adotaram o instituto e que, como dito anteriormente, tanto a idade legal do consentimento, como também a diferença de idade aceitável pode variar de um estado para outro¹ (LEGAL DICTIONARY, 2016 apud ROCHA; RUDNICKI, 2022).

¹ Georgia, Indiana, Kansas, Kentucky, Massachusetts, Michigan, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, Ohio, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, Vermont - idade para consentimento: 16; diferença de idade aceitável: 0. Alabama, Connecticut, Minnesota, Mississippi, Washington - idade para consentimento: 16, diferença de idade aceitável: 2. Alaska, Arkansas, South Dakota - idade para consentimento: 16; diferença de idade aceitável: 3. Iowa, Maryland, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Pennsylvania, West Virginia, Wyoming - idade para consentimento: 16, diferença de idade aceitável:

Cumpra elucidar também que nos EUA, a punição não significa apenas que o acusado será obrigado a cumprir determinada pena, mas também que será levado a registro *on-line* e terá diversas consequências, mesmo após deixar a prisão, já que será conhecido como um criminoso sexual pela população (TOVER, 2013).

Conforme mencionou Moreira (2017) predadores sexuais apresentam elevado risco à segurança pública, sendo assim, o Estado os monitora e supervisiona, fazendo com que cumpram as leis de registro e notificação, de modo que ficam restringidos a determinadas oportunidades de emprego e até mesmo a frequência de alguns lugares, visando a não reincidência.

De tal forma, a “Romeo and Juliet Law”, nos estados em que é aplicada, acaba por ter algumas implicações como descaracterização de delito para um menor, redução da pena, possibilidade de ter o registro apagado após o cumprimento da sentença e eliminação da exigência do registro como agressor sexual ou redução do tempo para permanecer registrado (ROCHA; RUDNICKI, 2022).

2 A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste tópico, será analisada a presunção de vulnerabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, realizar-se-á um estudo sobre a Súmula 593 do STJ e quais os fundamentos utilizados para sua edição e natureza jurídica. Além disso, falar-se-á sobre a problemática da presunção absoluta no Brasil, dada a diversificação cultural existente no país.

Neste momento da pesquisa, é de extrema importância esmiuçar o tipo penal do artigo 217-A do CP¹ que trata sobre o estupro de vulnerável. De acordo com

4. Hawaii, Maine - idade para consentimento: 16; diferença de idade aceitável: 5. Illinois, Missouri, New York - idade para consentimento: 17; diferença de idade aceitável: 0. Louisiana, Texas - idade para consentimento: 17, diferença de idade aceitável: 3. Colorado - idade para consentimento: 17, diferença de idade aceitável: 4. California, Florida, Idaho, Delaware, Utah, Virginia, Wisconsin, North Dakota - idade para consentimento: 18, diferença de idade aceitável: 0. Arizona idade para consentimento: 18, diferença de idade aceitável: 2. Oregon - idade para consentimento: 18, diferença de idade aceitável: 3. Tennessee - idade para consentimento: 18, diferença de idade aceitável: 4. (LEGAL DICTIONARY, 2016 apud ROCHA; RUDNICKI, 2022, p. 235-236).

¹ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Rogério Greco (2023) tem como bens juridicamente tutelados a liberdade, a dignidade e o desenvolvimento sexual, enquanto o objeto material, que interessa e diz respeito ao presente estudo, é a criança, ou seja, que ainda não completou 12 anos e o adolescente menor de 14 anos.

Referente ao bem jurídico tutelado, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2022, p. 52) menciona que:

[...] a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir conscientemente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para que tenha, em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual¹.

Quanto ao sujeito ativo, tanto homens quanto mulheres podem ocupar o polo e quanto ao sujeito passivo, este será ocupado pela pessoa que tiver menos de 14 anos. A consumação do delito se dá com a efetiva conjunção carnal, seja ela total ou parcial, não havendo necessidade de ejaculação, ou no momento em que o agente pratica outro ato libidinoso com a vítima. Ademais, por tratar-se de crime plurissubsistente, a tentativa é admissível (GRECO, 2023).

O tipo penal tem o dolo como elemento subjetivo, ou seja, deve o agente ter ciência de que a vítima conta menos de 14 anos, pois no caso de desconhecer, pode-se alegar erro de tipo² a fim de afastar o elemento subjetivo e consequentemente, a tipicidade. A modalidade culposa, por sua vez, não é admitida. Em regra, trata-se de crime comissivo, já que exige um comportamento positivo do agente, mas pode ser praticado por meio de omissão própria, ou seja, quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado (GRECO, 2023).

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

¹ Ressalta-se que terminologia mais adequada não é opção sexual, mas sim, orientação sexual. No entanto, devido ao fato de se tratar de citação direta longa, optou-se por manter a expressão.

² Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Guilherme de Souza Nucci (2022) dispõe sobre algumas particularidades do tipo penal, importantes de serem mencionadas, especialmente a de que se veda a prática sexual com menores de 14 anos diante do fato que a maioria não possui discernimento suficiente ou condições de arguir com o ato sexual.

O doutrinador menciona que se eliminou o disposto no artigo 224 do CP, relativo à presunção de violência, que era associado ao artigo 213 para criar a figura do estupro da pessoa menor de 14 anos, presumindo ter havido violência em razão da incapacidade de discernimento por parte da vítima (NUCCI, 2022).

Com a Lei nº 12.015/2009, foi adotada a conceituação de vulnerabilidade, tratando-se da capacidade de compreensão e consentimento para o ato sexual e, referente “à idade da vítima, quando menor de 14 anos, tem a jurisprudência interpretado, majoritariamente, tratar-se de vulnerabilidade absoluta, que não admite prova em contrário.” (NUCCI, 2022, p. 787)

É de grande valia, pois, distinguir a presunção absoluta e relativa de vulnerabilidade. Enquanto a primeira refere que a vítima é indiscutível e incontestavelmente vulnerável, a última prevê que a vítima pode ou não ser vulnerável, a depender da análise casuística (BITENCOURT, 2022).

A presunção relativa de vulnerabilidade, por sua vez, necessita de comprovação, admitindo-se prova em contrário. Outro critério que deve ser analisado, em um segundo juízo, seria o *quantum* de vulnerabilidade que a vítima apresenta, já que a depender do caso, o grau de vulnerabilidade pode ser maior, ou menor. Tornando-se possível afirmar que, a vulnerabilidade relativa pode existir ainda que para os sujeitos previstos no caput do artigo 217-A do CP (BITENCOURT, 2022).

É sabido, diante do exposto, que conforme disposto no parágrafo quinto do artigo 217-A do CP, as penas previstas no caput e nos parágrafos primeiro, terceiro e quarto¹, serão aplicadas independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (BRASIL, 1940).

¹ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Deste modo, torna-se possível dizer que qualquer pessoa menor de 14 anos, mesmo compreendendo o significado e efeitos da conduta sexual, encontrará proibição para relacionar-se sexualmente com alguém. No caso de haver descumprimento deste preceito legal, quando maior de 18 anos, o agente será punido pelo crime de estupro de vulnerável e quando menor de 18 anos, pelo ato infracional análogo ao referido delito (NUCCI, 2022).

A presunção absoluta de vulnerabilidade verifica-se na Súmula¹ 593 do STJ², o que significa que, diante deste entendimento, toda e qualquer conduta sexual praticada com menores de 14 anos será considerada crime, não abrindo espaço para relativizações. No texto da referida Súmula está descrito que pouco o consentimento, a existência de experiência sexual anterior ou de relacionamento com o agente para que o crime de estupro de vulnerável se configure (STJ, 2017).

Considerando esta perspectiva, muito embora a vítima tenha, em tese, consentido para a prática sexual, ou seja, ter mantido relação sexual por sua própria vontade, depreendeu-se que o consentimento é irrelevante, já que menores de 14 anos são ainda considerados como pessoas imaturas. Restou concluído que não era tolerável que adultos, com o intento de satisfazer seus desejos, se utilizem da imaturidade inerente aos menores de 14 anos e, por isto, os menores de 14 anos, ora vulneráveis, precisariam de maior proteção (STJ, 2017).

Esta proteção dada aos menores de 14 anos, se destina a assegurar o desenvolvimento saudável (em suas mais diversas esferas) destes menores, já que, por si só, não seriam capazes de tomar decisões acerca da prática sexual. Ademais, outro fundamento utilizado consiste em afastar os aspectos da modernidade, da evolução moral dos costumes sociais e do acesso à informação, bem como da aceitação social da conduta praticada pelo agente. Demonstrando que mesmo que

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

¹ Quanto à natureza jurídica das súmulas, salienta-se que a Emenda Constitucional n.º 45/2004 fixou que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem a possibilidade de aprovar súmulas e estas, terem efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta. (LENZA, 2020, p. 318). Ou seja, que o STF, exclusivamente, detém o poder de aprovar e publicar súmulas que tenham efeito vinculante a outros órgãos, obrigando-os. Em contrapartida, as súmulas publicadas pelo STJ não possuem o mencionado efeito e, portanto, não obrigam os demais órgãos. Isto significa que as súmulas do STJ servem apenas para sintetizar o entendimento do Tribunal sobre determinado assunto, funcionando como um referencial para casos que possuam alguma semelhança entre si, não estando os demais tribunais obrigados a acatar o entendimento.

² Súmula n. 593 - O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

houvesse aceitação por parte da sociedade, ou que a prática fosse considerada normal, ainda assim o crime restaria configurado (STJ, 2017).

O afastamento do princípio da adequação social, por sua vez, tem como objetivo evitar a carga de subjetivismo que marcaria a atuação do julgador, podendo haver danos relevantes ao bem jurídico tutelado, que é o saudável crescimento físico, psíquico e emocional das vítimas (MACHADO; COSTA, 2022).

Assim, considerando os fundamentos ora mencionados, deveria o agente ser punido, não havendo hipóteses de mitigações, já que não se tolera qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que menores de 14 anos sejam submetidos, especialmente por adultos (STJ, 2017).

Quanto à problemática da presunção absoluta da vulnerabilidade, cabe citar o Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece que se considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. O mencionado Código prevê algumas condutas que podem ser exercidas por adolescentes, como por exemplo, o consentimento com sua colocação em uma família substituta, já que sua opinião será devidamente considerada e, inclusive, a possibilidade de serem responsabilizados por atos infracionais (BRASIL, 1990).

Partindo desta análise, surge a questão, se um adolescente de 13 anos pode, por exemplo, consentir com sua colocação em uma família substituta ou ser responsabilizado por atos infracionais, o que impede este mesmo adolescente de ter capacidade para consentir e com a prática de ato sexual e entender o que esta significa?

Deste modo, analisando o Brasil, país multifacetado, que dentro de si carrega inúmeras culturas distintas, o que contribuiu consequentemente para a existência de diversos costumes, muitos destes extremamente distintos dos outros, principalmente em razão da localização geográfica, surge a problemática da incongruência das fontes do Direito.

Nucci (2022, p. 789), com tamanha propriedade, menciona:

[...] Sabe-se da existência de casais, em união estável, com filhos, possuindo a mãe seus 12 ou 13 anos. Formou-se uma família, cuja proteção advém da Constituição Federal, não podendo prevalecer a lei ordinária. [...] Pode-se dizer que a adolescente, que tenha tido relação sexual, dando à luz um filho, deve ser protegida, punindo-se o seu marido (imagine-se, maior de 18). [...] Estabelecida a família, pela união estável, com filhos, parece-nos inconstitucional retirar o companheiro desse convívio com base em vulnerabilidade absoluta, reconhecida em lei ordinária. Acima de tudo, encontra-se a entidade familiar e o direito da criança nascida de conviver com seus pais, em ambiente adequado. Punir o jovem pai com

uma pena mínima de 8 anos de reclusão não se coaduna com a tutela da família, base da sociedade, merecedora da proteção estatal. Diante disso, a única hipótese na qual se deve, privilegiando o texto constitucional em prol da família e da criança nascida, absolver o pai da acusação de estupro de vulnerável é esta. A supremacia do bem jurídico, entidade familiar e do bem jurídico prioridade de proteção à criança são suficientes para afastar a aplicação do § 5º do art. 217-A.

Cumprido frisar que é de tamanha importância a proteção que o Código Penal dá aos crimes contra a dignidade sexual, especialmente em se tratando de vulneráveis. No entanto, acreditar que toda e qualquer prática sexual que envolve um menor de 14 anos estará lesionando a dignidade sexual, sem ao menos levar em consideração a cultura e costumes na qual o suposto vulnerável está inserido e em contato, pode ser tanto quanto prejudicial.

Ou seja, incriminar um adolescente de 18 anos por se envolver amorosamente e manter relação sexual com uma adolescente de 13 anos, mesmo quando comprovado que não houve lesão à dignidade sexual da menor, poderia não ser justo e de acordo com os costumes de todas as regiões deste país.

Isto pois, não é raro que, especialmente em locais distantes dos grandes centros, na descoberta da sexualidade, jovens passem a praticar atos sexuais, que em muitas vezes pode acabar resultando em gravidez, e mesmo que estes jovens possuam o desejo de oficializar a relação e levar a gestação adiante, ficarão suscetíveis ao rigor da legislação (ESTEFAM et al, 2022).

Ou seja, em muitas regiões do país é costumeiro casar-se e constituir família cedo, inclusive com o consentimento e apoio dos próprios genitores. Analisando especialmente os casos em que ocorre a gravidez, a incriminação da prática sexual poderia ser extremamente desvantajosa, tanto à suposta vítima, que ficará totalmente desamparada, quanto ao suposto autor, que enfrentaria as penalidades previstas para o delito.

Ainda, Bitencourt (2022) afirma que casos como estes se trata de condutas neutras, ou seja, que não são capazes de produzir lesão a bem jurídico e, por conseguinte, a intervenção do Direito Penal pode vir a aplicar soluções desproporcionais a suposta ofensa a um bem jurídico que, no caso, não foi atingido. De tal forma, resta claro o impasse entre as leis e costumes, o que acaba por gerar controvérsias acerca da presunção absoluta da vulnerabilidade.

A este respeito, Sílvio de Salvo Venosa (2022, p. 130) menciona que “em que pese a prevalência da lei, mesmo no nosso sistema, o costume desempenha papel

importante, principalmente porque a lei não tem condições de predeterminar todas as condutas e todos os fenômenos.”

Por sua vez, o costume advém da consciência coletiva de um grupo social, seja ele mais ou menos amplo, não havendo necessidade de que a totalidade da sociedade tenha conhecimento dele. Ademais, surge da prática constante e repetitiva, podendo instalar-se de forma imperceptível na sociedade, fazendo o que o legislador nem sempre consegue, que é assimilar as necessidades sociais (VENOSA, 2022).

Ressalta-se que, muito embora a influência dos costumes seja reduzida em sistemas jurídicos escritos, esta não pode ser deixada de lado, já que ante o deslocamento das leis, que na maioria das vezes não cumpre o objetivo de esclarecer e acaba por confundir, cresce notadamente (VENOSA, 2022).

A este respeito, Paulo Dourado de Gusmão (2018) destaca que a introdução de princípios e normas na ordem jurídica é lenta e, por isto, ocorre um desajustamento frequente entre a ordem jurídica e a ordem social. Ainda, que o atraso existente no direito acaba sendo reduzido pela construção do direito jurisprudencial, podendo conflitar com o que está codificado.

Neste sentido, Gusmão (2018, p. 32) salienta que não deveria o direito, por se tratar de fenômeno social, se afastar da opinião pública, sob consequência de ser inobservado, ou seja, que ao deixar de lado tradições e valores, acaba por criar atrito, reduzindo sua eficácia e validade. Ademais, que "os grupos sociais e as relações sociais sofrem a influência de fatores sociais (demográficos, geográficos, econômicos, religiosos, éticos, políticos etc)" (GUSMÃO, 2018, p. 36), assim, é possível dizer que sofre o direito, influência das condições sociais.

Logo, considerando que o Brasil é um país que contém inúmeras culturas e costumes, especialmente em se tratando da questão regional, nota-se que em algumas localidades é normal e completamente natural constituir família ainda jovem, inclusive com o consentimento dos próprios genitores. E, analisando especialmente os casos em que ocorre a gravidez, a incriminação da prática sexual acaba por ser extremamente desvantajosa, tanto à suposta vítima, quanto ao suposto autor.

Desta maneira, ante os elementos explanados, se tem como consequência não custosa de visualizar, que os costumes podem, em alguns momentos,

influenciar mudanças na interpretação da lei penal, como será visto no tópico seguinte.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA (IN)APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DA REGIÃO SUL DO PAÍS

Nesta etapa da pesquisa, objetiva-se fazer busca na jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos estados da região Sul do país (Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina) acerca da (in) aplicabilidade da exceção de Romeu e Julieta no crime de estupro de vulnerável nos casos em que há pouca diferença de idade entre os praticantes do ato sexual. Para atingir tal objetivo, limitou-se a pesquisa jurisprudencial no lapso temporal de cinco anos, qual seja, de 2018 a 2022, identificando se e quais decisões aplicam a exceção.

As etapas que compuseram tal pesquisa foram as seguintes: 1) o contato inicial com os julgados obtidos a partir de pesquisas nos sítios eletrônico do TJPR, TJRS e TJSC; 2) a seleção dos julgados enquadrados no lapso temporal delimitado e relacionados com o tema; 3) a análise de quais foram as decisões tomadas; 4) estudo das decisões frente à exceção de Romeu e Julieta.

Inicialmente, na pesquisa realizada no TJPR, filtrando a busca pela “Ementa”, foram usadas as seguintes palavras-chave "estupro vulnerável Romeu Julieta" e foi encontrado um julgado apto para análise, datado de 31.08.2020, em que se analisou o caso de um adulto de 31 anos, que manteve relação sexual com uma adolescente de 13 anos, veja-se:

Apelação criminal - delito de estupro DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (art. 217-A, c/c art. 71, AMBOS do cp) - sentença absolutória - atipicidade da conduta POR ERRO DE TIPO - insurgência da acusação visando a condenação - acolhimento - CONJUNTO PROBATÓRIO DENSO E HARMÔNICO INDICANDO A CONSCIÊNCIA DO APELADO ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA - ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA IDADE QUE NÃO ENCONTROU SUSTENTO NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA - além do mais, grande diferença de idade entre réu e vítima - versão do réu isolada do conjunto probatório - condenação cabível - fixação da pena - aplicação de regime FECHADO. Diante da grande diferença de idade entre réu e vítima na data dos fatos (31a e 13a), não cabe aqui a tese de erro de tipo, pois se por um lado o réu possa alegar que desconhecia a tenra idade da vítima, por outro não pode negar que conhecimento da sua própria o que, pelas leis da experiência e fatos da natureza, bem deveria saber que estava a se relacionar com pessoa absolutamente incompatível com sua faixa etária, virgem ainda e contra a vontade da mãe da vítima. Importante tal

observação, por conta da chamada exceção de Romeu e Julieta - destaque-se, não admitida pelo STJ - inspirada por bons juristas na clássica obra do inglês W. Shakespeare, em que Julieta tinha apenas 13 anos quando manteve relação amorosa com Romeu, não obstante, pela legislação pátria se enquadrasse ela no conceito de vulnerável. A ideia da teoria é a de que, em havendo consentimento entre réu e vítima e existir uma diferença pequena de idade entre ambos (há quem indique margem de até 5 anos tal como 13 e 18 anos), não seria razoável considerar o ato sexual como um estupro, mas o autoconhecimento e descobrimento do amor carnal entre dois jovens amantes. A teoria, apesar de via de regra não ser aceita nos Tribunais Superiores, é inteligente na medida em que permite fazer distinção entre agentes que não passam de meros amantes enamorados daqueles agentes mais perfilados como predadores sexuais, inclusive de vulneráveis. Entre esses dois extremos, encontramos fatos enquadráveis no tipo legal sem qualquer benefício de exceção de antijuridicidade, em que o veredito condenatório é forçoso. recurso de apelação provido. (TJPR - 3ª Câmara Criminal - 0000306-78.2011.8.16.0028 - Colombo - Rel.: DESEMBARGADOR GAMALIEL SEME SCAFF - J. 31.08.2020).

Neste caso, considerando a idade da vítima e a idade do réu, qual seja 13 e 31 anos respectivamente, restou comprovado que a situação fugiu completamente dos requisitos estabelecidos na "Romeo and Juliet Law", ou seja, a pouca diferença de idades. E, assim, mesmo que a vítima tivesse consentido com a prática sexual, a relativização não seria aplicável diante da gritante diferença de idade entre os envolvidos.

Isto porque a exceção comporta que para existir a relativização da presunção de vulnerabilidade, é imprescindível que a suposta vítima e autor gozem de idades próximas, a fim de que a fase da descoberta da sexualidade possa ser visualizada. Em casos em que adultos se aproveitam de menores de 14 anos para satisfazer seus desejos, inexistente esta fase, já que a maturidade sexual que um adulto e um adolescente possuem, está longe de ser semelhante.

Deste modo, a exceção de Romeu e Julieta não serviu como forma de relativizar a presunção da vulnerabilidade, já que no presente caso, ficou corroborado que o adulto se desfrutou do discernimento sexual que lhe pertence para se envolver com uma adolescente que possuía idade muito distante da dele.

Posteriormente, realizada a pesquisa no TJRS, filtrando a busca pela "Ementa", foram usadas as mesmas palavras-chave "estupro vulnerável Romeu Julieta" e foi encontrado também apenas um julgado apto para análise, datado de 11.12.2020, em que foi analisado o relacionamento de adolescentes que contavam 12 e 15 anos, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. ESTUPRO. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADA. APLICAÇÃO DA "EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA". CABIMENTO. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. Fato. Estupro de

vulnerável (art. 217-A, “caput”, do Código Penal). Materialidade. Boletim de ocorrência e prova oral colhida em juízo que provam a respeito da materialidade do fato praticado. Autoria A autoria do ato infracional praticado contra a vítima restou comprovada pela prova oral colhida em juízo. Improcedência da representação. Adequada análise judicial do agente ministerial, neste grau de jurisdição, opinando pelo provimento do apelo diante da viabilidade da aplicação da “Exceção de Romeu e Julieta” ao caso concreto e, por consequência, reformar a sentença recorrida para julgar improcedente a representação e absolver o apelante do fato a ele imputado. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível, Nº 70084660364, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 11-12-2020).

Diferentemente da decisão encontrada no TJPR, que analisava o caso de um adulto de 31 anos que manteve relação com uma adolescente de 13 anos, neste julgado, foi examinado o relacionamento de adolescentes, que iniciaram sexualmente com 12 e 15 anos, de forma consentida.

Assim, diante do estudo casuístico, restou entendido que a incriminação do adolescente feriria o bom senso. Compreendeu-se que, neste caso, o que deveria levar-se em conta deveriam ser as peculiaridades próprias do costume e da forma como viviam as partes. Ou seja, que nestes casos a lei deve se adequar a realidade fática em que a sociedade está inserida. Assim, o Desembargador Rui Portanova mencionou:

Afinal, ainda que nós, adultos, na condição de pai e mãe, não concordemos com a descoberta da sexualidade de menores de 14 anos, certo é que situações como a dos autos têm se tornado cada vez mais recorrentes. A nós, adultos, caberia tão somente educar nossos jovens e informá-los sobre o que é ou não permitido. E aqui é necessário fazer algumas reflexões: como se pode esperar que um adolescente tivesse conhecimento de que é proibido ter relações sexuais com uma adolescente menor de 14 anos? Com quem, nós, adultos, esperamos que um jovem de 15 anos tenha relações sexuais? Ou esperamos que os jovens se mantenham castos até os 18 anos? (Apelação Cível, Nº 70084660364, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 11-12-2020).

Nota-se que a descoberta da sexualidade tem sido cada vez mais precoce, de modo que, muito embora os genitores possam vir a discordar da prática sexual, ela ainda ocorre. Assim, verificados e existentes os requisitos, a exceção de Romeu e Julieta serviu de fundamento para absolver o réu, não sendo imposta a ele, deste modo, nenhuma medida socioeducativa.

Por fim, realizada pesquisa no TJSC, filtrando a busca pela “Ementa”, utilizando as mesmas palavras-chave, foram encontrados dois julgados aptos para análise. O primeiro, datado de 23.05.2019 e o segundo, de 03.10.2019, ambos tratando-se de relacionamento de adolescentes com menores de 14 anos:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, "CAPUT"). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. RECURSO DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS POR PROVA DOCUMENTAL E ORAL E DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. VALIDADE E RELEVANCIA DOS RELATOS DA OFENDIDA. CONFISSÃO DO ADOLESCENTE NO MESMO SENTIDO. CARÁTER LASCIVO EVIDENCIADO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA CONSTITUI INDIFERENTE PENAL. ENUNCIADO 593 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. CIRCUNSTANCIA QUE TAMBÉM IMPEDEM A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO "ROMEU E JULIETA" E RECONHECIMENTO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. VIÉS PEDAGÓGICO E SANCIONATÓRIO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. ERRO DE TIPO NÃO EVIDENCIADO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DISPOSTA NOS ARTS. 61 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. INVIABILIDADE. FINALIDADE RESSOCIALIZADORA DA MEDIDA. ATO INFRACIONAL PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA QUE, POR SI SÓ, NÃO ENSEJA A INCIDÊNCIA DE INTERNAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A APLICAÇÃO DE MEDIDA EM REGIME FECHADO. FREQUÊNCIA ESCOLAR CONSTATADA. AUSÊNCIA DE HISTÓRICO INFRACIONAL DESABONADOR. LIBERDADE ASSISTIDA QUE SE MOSTRA ADEQUADA AO CASO CONCRETO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. [...] Parecer da PGJ pelo conhecimento dos recursos, pelo desprovimento do recurso da defesa e pelo provimento do recurso da acusação. - Recurso da defesa conhecido e desprovido; recurso do Ministério Público conhecido e provido em parte. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002138-89.2017.8.24.0004, de Araranguá, rel. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 23-05-2019).

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, CAPUT). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO IMPUGNADAS. PROVAS SUFICIENTES DE QUE O AGENTE PRATICOU CONJUNÇÃO CARNAL COM A OFENDIDA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA CONSTITUI INDIFERENTE PENAL. ENUNCIADO 593 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. CIRCUNSTANCIA QUE TAMBÉM IMPEDE A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO "ROMEU E JULIETA". O CONJUNTO PROBATÓRIO CONFIRMA A CIÊNCIA DO AGENTE ACERCA DA IDADE DA OFENDIDA. ELEMENTO SUBJETIVO COMPROVADO. VONTADE CONSCIENTE DE SATISFAZER SUA LASCÍVIA. SENTENÇA MANTIDA. - O adolescente que pratica conjunção carnal com menor de 14 (quatorze) anos comete o ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal. - Nos termos do enunciado 593 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente". - Recurso conhecido e desprovido. (TJSC,

Os julgados encontrados junto ao TJSC afastam a relativização da presunção de vulnerabilidade etária, tendo como fundamento a Súmula outrora vista neste artigo científico, mesmo que presentes os requisitos da pouca diferença de idades e do consentimento.

Desta forma, conclui-se que a maioria dos julgados encontrados acabou por afastar a aplicação da exceção de Romeu e Julieta, sendo possível depreender que o entendimento de cada Tribunal pode acabar sendo distinto, mesmo que tratando-se do mesmo assunto.

Posteriormente, foi realizada nova pesquisa nos Tribunais de Justiça, utilizando as seguintes palavras-chave “estupro vulnerável Romeu Julieta”. No entanto, desta vez, optou-se por selecionar o campo “Inteiro Teor” ao invés de “Ementa”.

No TJPR foram encontradas decisões que avaliaram o consentimento, a pouca diferença de idade, bem como a existência de relacionamento amoroso e até mesmo geração de prole. Nos casos analisados, as decisões mantiveram a absolvição dos acusados, tendo como fundamento a possibilidade de relativização da vulnerabilidade etária em decorrência da não existência de efetiva lesão ao bem jurídico. Ocorre que as decisões encontradas, muito embora evidenciem os mesmos critérios da exceção de Romeu e Julieta, esta não foi citada de maneira taxativa em suas ementas.

Deste modo, das seis decisões encontradas junto ao TJPR, quatro¹ delas afastaram a presunção de vulnerabilidade etária, seguindo os mesmos requisitos da exceção de Romeu e Julieta, embora esta não tenha sido citada na ementa do julgado, enquanto duas² afastaram a possibilidade de mitigação, também sem citar de maneira categórica a exceção.

¹ TJPR - 3ª Câmara Criminal - 0000945-51.2017.8.16.0072 - Colorado - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU ANTONIO CARLOS CHOMA - J. 05.12.2022.

TJPR - 3ª Câmara Criminal - 0003736-39.2016.8.16.0165 - Telêmaco Borba - Rel.: DESEMBARGADOR GAMALIEL SEME SCAFF - J. 03.10.2022.

TJPR - 3ª Câmara Criminal - 0002003-97.2019.8.16.0176 - Wenceslau Braz - Rel.: DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO VASCONCELOS - J. 03.08.2022.

TJPR - 3ª Câmara Criminal - 0000130-91.2017.8.16.0092 - Imbituva - Rel.: DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO VASCONCELOS - J. 18.11.2020.

² TJPR - 4ª Câmara Criminal - 0000106-51.2018.8.16.0117 - Medianeira - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU PEDRO LUIS SANSON CORAT - J. 07.08.2022.

Já no TJRS foram encontradas decisões que trouxeram à tona pontos explanados ao longo deste artigo científico, como a consensualidade para a prática sexual, existência de relacionamento amoroso, conhecimento e consentimento por parte dos genitores e a observância da maturidade psicológica da suposta vítima. Contudo, da mesma forma que no TJPR, nas decisões encontradas, a exceção de Romeu e Julieta não foi taxativamente citada em suas ementas.

Assim, das quatro decisões encontradas, três¹ delas afastam a presunção absoluta de vulnerabilidade com base nos critérios acima citados, de modo a manter a absolvição do acusado, sem citar de forma taxativa a exceção de Romeu e Julieta, enquanto uma² afasta a possibilidade de relativização, tendo como fundamento a Súmula 593 do STJ, mas também sem citar a exceção.

Por fim, no TJSC foi encontrada uma³ decisão que entendeu pela atipicidade do fato, haja vista não ter o acusado atentado contra a liberdade sexual ou desenvolvimento da suposta vítima, ou seja, que não houve lesão ao bem jurídico tutelado. No entanto, considerando que os autos estão em segredo de justiça, não foi possível analisar se a exceção de Romeu e Julieta serviu de fundamento para a decisão.

De tal maneira, das duas decisões encontradas junto ao TJSC, uma⁴ delas afastou a possibilidade de mitigação da presunção da vulnerabilidade etária, contudo, sem citar a exceção de Romeu e Julieta.

Por conseguinte, realizada análise quantitativa das decisões encontradas no TJPR, TJRS e TJSC, concluiu-se que na maioria a presunção absoluta de vulnerabilidade tem sido afastada, especialmente pelo TJPR e TJRS, com base nos critérios trazidos ao longo deste artigo, ainda que sem citar a exceção de Romeu e Julieta categoricamente em suas ementas.

TJPR - 2ª Câmara Criminal - 0061714-97.2020.8.16.0014 - Londrina - Rel.: DESEMBARGADOR JOSÉ MAURICIO PINTO DE ALMEIDA - J. 27.09.2021.

¹ Apelação Cível, Nº 70085115269, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 23-06-2021.

Apelação Criminal, Nº 70078215605, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em: 04-12-2019.

Apelação Criminal, Nº 70081140170, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em: 24-10-2019.

² Apelação Crime, Nº 70076557198, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em: 29-08-2018.

³ TJSC, Apelação Criminal n. 0001350-94.2018.8.24.0051, de Ponte Serrada, rel. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 14-07-2020.

⁴ TJSC, Apelação Criminal n. 0001945-60.2017.8.24.0041, de Mafra, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 12-03-2020.

CONCLUSÕES

A presente pesquisa teve como objetivo geral analisar o crime de estupro de vulnerável e as possíveis mitigações dos efeitos penais nos casos em que há pouca diferença de idade entre os praticantes do ato sexual.

Para tanto, foi efetuado um estudo acerca da origem e aplicação da “Romeo and Juliet Law” nos estados dos EUA, bem como acerca da presunção de vulnerabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de encontrar hipóteses e fundamentos que ensejariam ou não a relativização da vulnerabilidade etária e consequente aplicação da exceção de Romeu e Julieta.

Ademais, foi realizada uma análise jurisprudencial objetivando compreender como tem sido o entendimento dos Tribunais de Justiça da região sul do Brasil, especificamente entre os anos de 2018 e 2022. Nesta análise, constatou-se que, em sua maioria, os tribunais são desfavoráveis à relativização da vulnerabilidade em razão da idade.

No estado do Paraná, analisou-se o relacionamento de uma adolescente de 13, com um adulto de 31 anos e, diante da tamanha disparidade de idades, a exceção de Romeu e Julieta foi completamente afastada, indicando que, neste caso, o adulto aproveitou-se da maturidade sexual que lhe pertence para se envolver amorosa e sexualmente com uma adolescente. Ou seja, que não se tratava da descoberta da sexualidade entre adolescentes.

Já no estado de Santa Catarina, as jurisprudências encontradas analisaram o relacionamento de adolescentes com menores de 14 anos e, do mesmo modo que no Paraná, a relativização foi afastada. Demonstrando, de tal forma, que mesmo havendo pouca diferença de idade e consentimento por parte da suposta vítima, o tribunal não acolhe a exceção.

Concluiu-se que os entendimentos dos Tribunais de Justiça do Paraná e de Santa Catarina vão de acordo com o disposto na Súmula 593, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, que por sua vez afasta hipóteses de relativização, justificando que os menores de 14 anos são ainda pessoas imaturas, que necessitam de ampla proteção.

No entanto, verificou-se que no estado do Rio Grande do Sul, a exceção de Romeu e Julieta foi acolhida e consequentemente houve a absolvição de um

acusado. Neste caso, tratava-se de um relacionamento que se iniciou quando os adolescentes tinham 12 e 15 anos. Restou concluído que a incriminação do adolescente feriria o bom senso, já que as peculiaridades próprias do costume e da forma como os envolvidos levavam a vida deveriam ser levadas em conta.

Posteriormente, foi executada uma nova pesquisa, tendo como palavras-chave as mesmas utilizadas em um primeiro momento, no entanto, filtrou-se por “Inteiro Teor” e, deste modo, realizada uma análise quantitativa, concluiu-se que na maioria das decisões dos Tribunais da região Sul a presunção absoluta de vulnerabilidade tem sido afastada, especialmente pelo TJPR e TJRS, ainda que sem citar a exceção de Romeu e Julieta categoricamente em suas ementas, mas utilizando-se dos critérios explanados ao longo deste artigo.

Verifica-se que há divergência entre os Tribunais de Justiça quanto à presunção absoluta ou relativa da vulnerabilidade etária, entretanto, levando em consideração principalmente as culturas e costumes existentes neste país, é nítido que a incriminação do ato sexual entre adolescentes pode ser muito prejudicial aos envolvidos, trazendo danos mais graves do que o próprio bem jurídico que se buscou tutelar.

Diante de todo o exposto, é possível extrair a problemática da presunção absoluta de vulnerabilidade etária no crime de estupro, especialmente no que diz respeito à adolescentes com pouca diferença de idade, que na descoberta da sexualidade se envolvem amorosamente e mantêm relação sexual.

Isto porque, na tomada de decisões, é imprescindível ao magistrado analisar a relação existente entre o justo e o legal, pois o que está previsto na legislação pode não ser o mais adequado para o caso concreto. Deste modo, conclui-se que por vezes, o aplicador do direito decide pelo que é legal, porém, acaba por não satisfazer toda uma parcela da sociedade devido ao fato de aquilo não se enquadrar na realidade de toda a coletividade.

Assim, é fato que com o desenvolvimento da sociedade, especialmente em se tratando do acesso desenfreado às tecnologias, alguns conceitos precisam ser readequados, já que com o passar dos anos, uma redação dada a um crime pode não fazer mais jus com a realidade.

O que se verifica, de tal forma, é que o Direito Penal tem como objetivo a proibição e penalização de condutas que de alguma forma lesionam bens jurídicos. Para tanto, é indeclinável o aspecto da razoabilidade no momento de edição de tais

normas incriminadoras, visto que embora o Código seja unificado, a realidade não é e nunca será a mesma para todas as pessoas.

Então, mesmo que o legislador deseje conceituar a presunção de vulnerabilidade como absoluta, esta tentativa se mostra ultrapassada considerando os aspectos da adequação social e razoabilidade.

É de extrema importância frisar que os danos que a prática sexual entre adolescentes, bem como entre adolescentes e jovens pode trazer, quando comparado a prática sexual entre adolescentes e adultos, são muitos díspares, já que no primeiro caso, na maioria das vezes, trata-se apenas da descoberta precoce da sexualidade e verdadeira troca de afeto entre o casal, inclusive com o consentimento dos próprios genitores.

Assim, considerando toda carga doutrinária e jurisprudencial explanada neste artigo científico, extrai-se que nos casos em que há pouca diferença de idade entre os praticantes da conduta sexual, aliado ao consentimento, pode haver a mitigação, enquanto nos casos em que é nítido o aproveitamento de crianças e adolescentes por adultos, com maturidade sexual avançada, a proteção deve incidir de forma rigorosa.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública** - arts. 213 a 311-A. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro:1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília:1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 593**. Brasília, DF, 06 de novembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Criminal nº 0000106-51.2018.8.16.0117**, 4ª Câmara Criminal. Relator: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Pedro Luis Sanson Corat. Medianeira, PR, 07 de agosto de 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000021128781/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000106-51.2018.8.16.0117>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal do Estado do Paraná. **Apelação Criminal nº 0000130-91.2017.8.16.0092**, 3ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Paulo Roberto Vasconcelos. Imbituva, PR, 18 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014858361/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000130-91.2017.8.16.0092>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Criminal nº 0000306-78.2011.8.16.0028**, 3ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Gamaliel Seme Scaff. Colombo, PR, 31 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000010524371/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000306-78.2011.8.16.0028>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Criminal nº 0000945-51.2017.8.16.0072**, 3ª Câmara Criminal. Relator: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Antonio Carlos Choma. Colorado, PR, 05 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000020908401/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000945-51.2017.8.16.0072>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Criminal nº 0002003-97.2019.8.16.0176**, 3ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Paulo Roberto Vasconcelos. Wenceslau Braz, PR, 03 de agosto de 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000020658231/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002003-97.2019.8.16.0176>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Criminal nº 0003736-39.2016.8.16.0165**, 3ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Gamaliel Seme Scaff. Telêmaco Borba, PR, 03 de outubro de 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000019877001/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0003736-39.2016.8.16.0165>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Criminal nº 0061714-97.2020.8.16.0014**, 2ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. Londrina, PR, 27 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000017401721/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0061714-97.2020.8.16.0014>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70084660364**, 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. Lavras do Sul, RS, 11 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70085115269**, 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Sananduva, RS, 23 de junho de 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 70076557198**, 8ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira. Campina das Missões, RS, 29 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 70078215605**, 5ª Câmara Criminal. Relator: Desembargadora Cristina Pereira Gonzales. Charqueadas, RS, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 70081140170**, 6ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador João Batista Marques Tovo. Palmeira das Missões, RS, 24 de outubro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0001350-94.2018.8.24.0051**, 3ª Câmara Criminal. Relator: Júlio César M. Ferreira de Melo. Ponte Serrada, SC, 14 de julho de 2020. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0001945-60.2017.8.24.0041**, 5ª Câmara Criminal. Relator: Antônio Zoldan da Veiga. Mafra, SC, 12 de março de 2020. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0002138-89.2017.8.24.0004**, 1ª Câmara Criminal. Relator: Carlos Alberto Civinski. Araranguá, SC, 23 de maio de 2019. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0003839-17.2018.8.24.0080**, 1ª Câmara Criminal. Relator: Carlos Alberto Civinski. Xanxerê, SC, 03 de outubro de 2019. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 24 abr. 2023.

ESTEFAM, André; MORAIS, Alexandre Rocha Almeida de. et al. **Direito Penal Contemporâneo: temáticas em homenagem ao Professor Damásio de Jesus**. São Paulo: Saraiva, 2022.

GREGO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 16 ed. Barueri: Atlas, 2023.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 49ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KERN, Jana. **Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws?** William Mitchell Law Review, vol. 39, Minnesota, 2013. Disponível em: <https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1530&context=wmlr>. Acesso em: 10 abr. 2023.

LENZA, Pedro. **Esquemático - Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MACHADO, Altair Mota; COSTA, Maria Eunice de Oliveira. **Estupro de Vulnerável: Novas perspectivas a partir do entendimento dos tribunais**. Ratio Juris. Revista Eletrônica de Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 5. n.2, 2022. Disponível em: [file:///home/distrito/Downloads/187-Texto%20do%20artigo-908-1-10-20230106%20\(1\).pdf](file:///home/distrito/Downloads/187-Texto%20do%20artigo-908-1-10-20230106%20(1).pdf). Acesso em: 12 abr. 2023.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENON, Rangel Amanda. **A Exceção de Romeu e Julieta aplicada ao estupro de vulnerável no Brasil: uma análise da aplicabilidade do iuris tantum à vulnerabilidade etária**. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdade Doctum de Serra, Espírito Santo, 2021. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3808/1/A%20EXCE%20c3%87%20%83O%20DE%20ROMEU%20E%20JULIETA%20APLICADA%20AO%20ESTUPRO%20....pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.

MOREIRA, Paola Martins. **Romeo and Juliet law: estudo acerca da possibilidade de aplicação de instituto semelhante à exceção norte-americana ao ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11774/1/21307774.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Exceção de Romeu e Julieta, Direito Penal e Política Criminal: reflexões atuais sobre uma antiga conversa**. Revista Brasileira de Ciências Policiais. [S. l.], v. 13, n. 8, 2022. DOI: 10.31412/rbcp.v13i8.934. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/934/546>. Acesso em: 12 abr. 2023.

ROCHA, Bruna Vidal; RUDNICKI, Dani. **Estupro de Vulnerável: e quando há pequena diferença de idade entre vítima e acusado?** 2022. Disponível em:

https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/6/2022_06_0223_0252.pdf. Acesso em: 10 abr. 2023.

SMITH, Brittany Logino; KERCHER, Glen. **Adolescent Sexual Behavior and the Law**. 2011. Disponível em: <http://avoiceformalestudents.com/wp-content/uploads/2013/08/Sam-Houston-U-Statutory-Rape-Disparity-in-Sentencing.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023

TOVER, Jake. **For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception**. Nova Law Review, vol. 38, Flórida, 2013. Disponível em: <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1018&context=nlr>. Acesso em: 10 abr. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

FALSAS MEMÓRIAS, RACISMO ESTRUTURAL E A UTILIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO PROCESSO PENAL

FALSE MEMORIES, STRUCTURAL RACISM AND THE USE OF PHOTOGRAPHIC RECOGNITION IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Wellynton Pizato¹

Vithoria Simões Manfron Barros Pires²

Recebido/Received: 10.10.2023/Oct 10th, 2023

Aprovado/Approved: 17.10.2023/Oct 17th, 2023

RESUMO: Este artigo busca caminhar com os estudos da psicologia das falsas memórias, com intenção de quebrar crenças construídas sobre como funciona a memória humana, algo extremamente complexo, que é objeto de estudo da psicologia por mais de trinta anos. Ainda, para além das falsas memórias, o presente trabalho busca aliar-se aos estudos sociais acerca do racismo estrutural com intenção de trazer à luz os motivos pelos quais a interpretação e utilização prática do reconhecimento de pessoas, especificamente no que tange ao uso do reconhecimento fotográfico, em sede de investigação policial, tem como resultado potencial geração de injustiça social, especialmente de cunho racial, sintetizando um sistema de punibilidade injusta de pessoas inocentes, em sua maioria, jovens, pretas e vulneráveis. A redação legislativa em foco é trazida pelo Art. 226, do Código de Processo Penal, cuja interpretação e aplicação resultou na condenação injusta de parte da população, em especial, a acima descrita, e, por isso, é tema grandemente discutido pelos tribunais e doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal; falsas memórias; racismo estrutural; reconhecimento fotográfico.

ABSTRACT: This article seeks to walk with the studies of the psychology of false memories, with the intention of breaking beliefs built on how human memory works, something extremely complex, which has been the object of study of psychology for more than thirty years. Furthermore, beyond false memories, the present work seeks to ally itself with social studies on structural racism with the intention of bringing to light the reasons why the interpretation and practical use of the people recognition, specifically with regard to the use of photographic recognition, in the context of police investigation, has the potential to generate social injustice as a result, especially of a racial nature, synthesizing a system of unfair punishment of innocent people, mostly young, black and vulnerable. The legislative wording in focus is brought by Art. 226,

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP). E-mail: wellyntonpizato@hotmail.com

² Especialista em Direito Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) e em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5536413002892958> E-mail: vithoriasmb@gmail.com

of the Criminal Procedure Code, whose interpretation and application resulted in the unjust conviction of part of the population, especially the one described above, and, therefore, is a topic widely discussed by the courts and doctrine.

KEYWORDS: criminal procedural law; false memories; structural racismo; photographic recognition.

INTRODUÇÃO

Com intenção de analisar de maneira crítica as consequências geradas pela aplicabilidade dos dispositivos legais como fato gerador de injustiça social, acerca do reconhecimento fotográfico de pessoas no processo penal, o presente artigo passará por uma série de estudos e conhecimentos específicos que precisam caminhar lado a lado com o Direito, principalmente no que tange ao Direito Penal.

Tais estudos e análises serão pautados pelo método hipotético dedutivo para alcançar os objetivos de pesquisa, através da análise de referências bibliográficas conhecidas e devidamente consolidadas.

No primeiro momento, a presente pesquisa motiva-se em explanar brevemente do que se tratam as falsas memórias, tema amplamente discutido e conhecido no que tange às provas e aos depoimentos testemunhais, mas que tem papel fundamental para o desenrolar do processo penal, especialmente em se tratando do reconhecimento de pessoas. De modo que, com esta base, será possível cruzar a linha do que está positivado e do que de fato é aplicado em situação cotidiana e prática, e que tem levado ao cometimento de inúmeras injustiças sociais bem como causado inquietação no posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

Ademais, considerando que o sistema penal brasileiro, com texto de lei processual que data de 1941, tem bases fortemente consolidadas sobre um sistema de racismo estrutural, visa-se esclarecer que muitas decisões carecem de atenção e maleabilidade de interpretação por parte dos tribunais e operadores do direito, pois, na tentativa de encaixar a norma processual sob a perspectiva constitucional, por vezes, buscando amenizar os efeitos colaterais, acabam calhando de permanecer prejudicando, na grande maioria dos casos, a população preta, pobre e jovem do país, bem como a parcela mais vulnerável economicamente. Deste modo, é também intenção abordar como o tratamento dos tribunais sobre disposto em lei, bem como a ação policial em fase de investigação tem corroborado para que denúncias

equivocadas sejam enviadas a juízo, acarretando a prisão preventiva e injusta de diversas pessoas inocentes.

E, por fim, este estudo procura argumentar sobre as discussões recentes por parte da doutrina e entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, que é pauta recente, bem como possíveis meios de readequação da norma. O artigo analisa principalmente a aplicação do preceito legal pelos agentes policiais nas delegacias do país, a fim de coibir qualquer meio de prática que não respeite o disposto na legislação já vigente ou proposta, de modo a evitar com que mais casos de injustiça ocorram.

1 MEIOS DE PROVA

É importante que, por ora, seja compreendida, mesmo que de forma breve, a definição e conceito de prova para o Direito Processual Penal, que se encarrega de tentar estreitar o acontecido em fatos com o que é provável através do meio disposto, quase nunca suficientes para se ter plena convicção do exposto ao tempo da investigação, tempo em que se busca criar um roteiro no qual o conjunto probatório faça parte e sentido, baseando-se na suposição do que possa ser a verdade.

Saber o que aconteceu de fato, demanda, inicialmente, conceituar o que seria um fato, que apesar de soar comum e usual, não torna menos importante a sua compreensão. Fato, portanto, seria um recorte da história, e esta é tudo o que acontece do início ao fim, do homem e da humanidade enquanto tal. A encargo do processo penal ficaria então, determinar se o imputado praticou ou não determinado fato, o que implica em voltar atrás e reconstruir os vestígios apagados da história pelo delito supostamente praticado. A intenção de reconstruí-la, contudo, demanda muita cautela e carrega sérios riscos, um erro nesse processo de reconstrução acarretará sérios prejuízos (CARNELUTTI, 2009, p. 61-63).

Para o Professor Aury Lopes Jr. (2020, p. 556), o processo penal tem a função de gerar uma retrospectiva que consiga tanger o mais próximo do real, do acontecido em fatos dentro da narrativa histórica. Assim, tem a finalidade de tentar reconstruir a história através dos meios de provas, a fim de expor ao conhecimento do magistrado que julgará o caso, o que, dentro do contexto, aconteceu de acordo com o que se pode provar de um fato ocorrido no passado.

Nucci (2020, p. 685) orienta que, os meios de prova, por sua vez, são a matéria prima, extraída direta ou indiretamente, com intenção de obter-se a verdade, ou o mais próximo dela, no decurso do devido processo legal.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Lopes Jr. (2020, p. 566), é importante entender que, como ele explica, quando se fala em verdade real, comete-se um equívoco com o paralelo do imaginário. O que se estuda ao falar de fatos possíveis de um crime, está no passado, e, portanto, um conto, uma história, nunca real, sempre imaginada, enquanto a ambição da norma é justamente classificar os fatos em meio a um procedimento, de lógica dedutiva, buscando o melhor filtro possível em meio a contaminação dos fatos que ocorreram no espaço tempo passado, visando reconstruir de forma subjetiva o ocorrido.

Nas palavras de Aury, (2020, p. 566) apenas desconstruir o mito da verdade, não basta:

Mas desconstruir o mito da verdade real não é suficiente, é necessário questionar também a “verdade processual” e, principalmente, a “ambição de verdade”. A “verdade processual” não está isenta de críticas, como veremos. Não se trata, desde logo advertimos, de negar a verdade no processo penal, senão de discutir qual é o “lugar” que ela ocupa: legitimante do poder jurisdicional ou contingencial, deslocando o argumento de legitimação para o respeito ao devido processo.

Nesse sentido, a verdade, sozinha e perseguida como maior objetivo e detentora de poderes tal qual um objeto de adoração, pode ser extremamente prejudicial e potencializadora de dispêndio, conformando com o processo penal do inimigo, e, portanto, para ele, é necessário que se busque um local melhor alocado, em que sejam respeitadas as premissas da dignidade da pessoa humana, bem como da presunção de inocência, considerando um processo de corte acusatório e democrático (KHALED JR., 2016).

É indiscutível que, para julgar casos de grande importância, será posto a prova o magistrado e, demandado dele, experiência, conhecimento, paciência e sabedoria, para que este possa analisar de modo crítico as provas postas a ele, considerando o alto risco da prova testemunhal, que, contudo, é indispensável ao processo. De tal maneira, tem-se que as provas, na melhor das hipóteses, deveriam servir de bússola, apontando o norte, em direção aos fatos passados, ainda que sob o risco de perder-se em alto mar, sem a certeza da direção, não se exime do julgamento necessário. Considerada esta impotência da justiça, mas sabendo que não deve ser exposta, contudo, é correto que se aplique o princípio do mal menor

em situações de dúvida, menos danoso, é absolver um culpado a condenar um inocente (CARNELUTTI, 2001, p. 55-56).

A necessidade do descobrimento de um delito tornou-se, de um modo danoso, lazer à sociedade, incluindo elementos quase passionais ao processo e trabalho dos profissionais com a dura tarefa de reconstruir a história, com intenção de obter narrativa e material probatório mais próximo possível dos fatos ocorridos. Esses elementos que, servem de fonte de atração à imprensa e população, evidenciam a civilidade em crise e geram danos severos, não só ao imputado, mas também às testemunhas, que, retiradas da condição de indivíduos e colocados na posição perigos de objeto, à requisição de utilidade popular, considerando seu papel de material probatório dentro do processo, exprime-se daí, nada sequer fatos controvertidos e distorcidos pela crueldade de um processo que não faz sofrer porque culpados, mas para também saber se existe culpa (CARNELUTTI, 2009, p. 64-68).

Assim, fica clara ao menos, a percepção de que dada complexidade existente na tentativa de buscar reconstruir a história, na intenção de mudar fatos futuros, muitas são as variáveis e muito há de se levar em consideração quando se opera o Direito Processual Penal. Restando ainda mais evidente a necessidade de caminhar sempre ao lado de outras áreas de estudos sociais e de comportamento humano para minimizar os danos que restam da falha tentativa em reconstruir com exatidão os fatos ocorridos num passado cuja intenção é apagar.

1.1 Prova irritual

Para Renato Brasileiro (2020, p. 673), considera-se prova irritual aquela prova típica que fora obtida sem que fosse observado o modelo pelo qual deveria ser colhida previsto em lei. Deste modo, por ser obtida sem respeitar o que está previsto na legislação, a prova irritual pode ser considerada também uma prova ilegítima e, portanto, passível de ser declarada nula.

Não há que se confundir, entretanto, prova irritual com prova atípica. Como bem explica Dezem (2008, p.153), a prova irritual se trata de prova típica a qual não observou o previsto em lei, de modo que a prova atípica é prova cujo código não faz menção, ou seu procedimento não resta positivado em lei. Enquanto isso, a prova

irritual é tipo previsto em lei, porém, cujo caso específico não respeitou o que está descrito na norma.

Na prática, a utilização de prova irritual se traduz em nulidade da prova, de modo que as autoridades responsáveis não colheram ou realizaram a prova em observância da letra de lei, independentemente do motivo. Tal prova deverá ser considerada ilícita, por não cumprir com a norma. Já a prova atípica, a princípio não necessariamente será nula, visto que é passível de ser legitimada em caso de não haver desrespeito a norma Processual ou Constitucional (DEZEM, 2008, p. 154).

Neste sentido, é fundamental que se siga o rito processual para que haja validade da produção da prova, diferenciando o que são meios de prova e meios de obtenção de prova, sendo passível de nulidade por ilegitimidade, de acordo com os estudos processuais.

1.2 Ilegitimidade da prova

De acordo com os ensinamentos de Aury Lopes Jr. (2020, p. 630), o legislador não faz diferenciação entre a prova ilícita e a prova ilegítima, colocando-as em mesmo patamar ao afirmar que são ilícitas todas as provas que violem normas legais ou constitucionais, mas que, porém, a doutrina traz alguma diferenciação, tendo então, como prova ilegítima o seguinte conceito:

Prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como são as declarações escritas e sem contraditório) etc.;

É também possível distinguir a prova ilícita da ilegítima pelo momento em que ocorrem. A prova ilícita, de modo mais abrangente, ocorre fora do processo em momento que não coincide com este, podendo até mesmo ser em momento anterior, enquanto a prova ilegítima, por se tratar de prova que violou o processo, ocorre de modo simultâneo ao mesmo (DEZEM, 2008, p. 123).

2 RECONHECIMENTO DE PESSOAS

Existem, basicamente, dois tipos de reconhecimentos: o de coisas e o de pessoas. Sendo que, o reconhecimento de pessoas busca apontar o autor da

suposta ação criminosa, podendo ser dividido em algumas modalidades, como o reconhecimento presencial e visual ou o visual não presencial, sendo este segundo ainda mais problemático, utilizando-se de fotos, vídeos e outros.

Como bem menciona Mariângela Lopes (2011, p. 16) em sua dissertação, a legislação brasileira dedica três breves artigos para tratar de tais reconhecimentos. Não à toa, o reconhecimento tem se mostrado um dos meios de prova mais falhos existentes no sistema probatório e, por isso, da necessidade de uma regulamentação mais específica e detalhada, de modo que se façam garantir o respeito e eficiência dos direitos e garantias fundamentais do investigado ou acusado.

As formalidades previstas para o reconhecimento de pessoas estão contidas no Art. 226 do Código de Processo Penal, de modo que não se pode ser arbitrário ao entendimento do juízo ou das autoridades policiais, visto que está disciplinado pelo respectivo dispositivo (NUCCI, 2020, p. 835).

Contudo, o ponto chave é a inobservância do que está positivado por parte dos juízes e delegados, ferindo a forma, que é fundamental para garantir o devido processo legal, e, sendo assim, a prática abre caminhos obscuros com os reconhecimentos informais que acabam por serem admitidos em nome do livre convencimento motivado (LOPES JR, 2020, p. 770).

Segundo Lopes Jr. (2020, p. 770), o ponto chave é justamente a inobservância por parte dos delegados e magistrados no que traz o código de Processo Penal quanto à forma:

[...] Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.

Ainda segundo Aury (2020, p. 771), é uma informalidade perigosa a pergunta feita pelo magistrado à testemunha ou a vítima se a pessoa que veem presente é a autora do fato, pois, essa é uma simplificação arbitrária que despreza as formalidades necessárias do ato probatório, acarretando num atropelo do devido processo e violando o princípio da autoincriminação. É comum que os tribunais brasileiros não observem as formalidades em relação ao que foi exposto, sob a premissa do “livre convencimento do julgador”, o que pode ensejar nulidade.

2.1 Reconhecimento fotográfico

O Reconhecimento fotográfico, enquanto meio utilizado para obtenção de provas, é prática desvirtuada que tem se mostrado perigosa a população, por isso, ainda divide decisões e faz com que boa parte da doutrina dedique severas críticas à sua utilização.

No que toca ao reconhecimento fotográfico de pessoas, mesmo inexistindo previsão legal que discipline esta prática, ela ainda assim é aplicada e admitida em diversos casos. De modo que a prática imprime uma série de erros e fatores nocivos à percepção da memória humana, as amostras de imagens as quais são submetidas às testemunhas, pode gerar danos irreversíveis ao processo, alterando a percepção da parte com base no exposto como sugestão (FRAGA, 2020, p. 7-8).

Complementando, ainda conforme sugere Fraga (2020, p. 24), o fato de as imagens expostas a testemunha de reconhecimento, que o faz sob pressão de precisar apontar alguém ali, em imagens assimétricas e com nenhuma diversidade de características entre os supostos autores, são fato gerador de erro e confusão mental que a testemunha sequer acaba percebendo.

Assim, também pontua Dias, (2020, p. 24):

[...] o racismo influencia os reconhecimentos na medida em que às pessoas brancas é concedido o privilégio da dúvida de autoria – uma consequência do pacto narcísico estabelecido entre a branquitude. Ao contrário, sobre a população negra costuma recair o estereótipo de pessoa criminosa, sendo a atuação policial e a manifestação de vítimas e testemunhas voltadas para a criminalização desses corpos.

De acordo com relatório recente do Conselho Nacional de Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE, 2021), em análise sobre o reconhecimento fotográfico em delegacias que levantou dados enviados por defensores de dez estados brasileiros dentro do período de oito anos, 2012 a 2020, onde envolveram-se trinta e dois acusados, de modo que, quase metade destas ocorrências, aconteceram no estado do Rio de Janeiro. Destes acusados, apenas três não tiveram a cor constada no processo, e dos demais, 81% eram pretos ou pardos.

No reconhecimento fotográfico, a má aplicação prática, acaba cobrindo de ilegalidades o devido processo, visto que constantemente não se observa o disposto em lei, inclusive negando direitos a pessoa acusada, como por exemplo, o da não autoincriminação (DIAS, 2020, p. 24).

2.2 Racismo estrutural e o reconhecimento fotográfico

Neste título, com base na literatura e na história de construção do Direito Penal e sistema carcerário no Brasil, bem como na construção sutil e cruel de um mecanismo racista construído com base na discriminação, o intuito é acolchoar argumentos que servirão como base para os questionamentos e análises feitas acerca, principalmente, do reconhecimento fotográfico de pessoas e a sua forma de aplicação, não prevista em lei.

A rigor, como bem define Almeida (2020, p. 32):

[...] o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencem.

Ainda segundo Almeida (2020 p. 32), é importante sabermos, embora haja a relação entre os conceitos, o que é preconceito racial do que é discriminação racial, de modo que, ao atribuir inteligência aos orientais, ou violência e suspeita aos negros, estaríamos agindo de forma preconceituosa, enquanto que a discriminação demanda a identificação racial de determinados grupos e o tratamento seletivo para cada um desses grupos, assim, apenas fazendo-se possível tal estrutura com a utilização da força, como pré-requisito para a imposição de poder sobre determinado grupo.

A criminalização de corpos negros, bem como o racismo no Brasil, foram projetos, pensados e executados logo após a abolição da escravatura, através de normas penais seletivas e com sujeitos definidos. Pois, apesar de pôr fim a escravidão formalmente, na prática, corpos pretos ainda eram vistos como propriedade e força de trabalho, e esta mentalidade não é facilmente apagada ou alterada (BORGES, 2018, p. 45-46).

É necessário grande atenção e critério quando tratamos de analisar como o sistema penal brasileiro criminaliza corpos pretos, de modo institucionalizado, permitindo a aplicação de práticas convenientes ao sistema (DIAS, 2020, p. 13).

Conforme o exposto, o racismo estrutural aliado ao papel do testemunho, muitas vezes falho, com grandes chances de ser contaminado ao longo do processo, são a soma da equação que resulta na injustiça social da qual a pesquisa busca abordar através deste recorte processual.

Há evidente avanço no fundamento de desatrelar a ideia de racismo como conduta individual e passar a tratá-lo como algo que transcende para o âmbito institucional de modo estruturado. As instituições acabam por reproduzir condições historicamente construídas com intenção de manter uma ordem social pautada no privilégio branco, elaborada ao longo dos anos de tal modo que, as instituições acabam sendo, quando inertes, meras reprodutoras de condutas racistas. Ou seja, para atender aos interesses racistas, e, deste modo, quando não tomam posição ativa frente a tais conflitos de interesses enraizados, as instituições estarão reproduzindo práticas racistas tidas como normais frente ao meio social (ALMEIDA, 2020, p. 45-48).

Quando o Estado age, através de sua legislação, com intenção de criminalizar e enquadrar pretos pobres como classificação de suspeito, o mesmo está a criar um inimigo de Estado, de forma intencional e por consequência, um padrão para a sociedade (PACHECO, 2016, p. 34).

Para Almeida há, resumidamente, duas linhas de entendimento que configuram a relação entre o Direito e o racismo, sendo que, em uma delas, o Direito tem papel fundamental de promover políticas públicas que promovam a mudança social para uma estrutura mais igualitária, inclusive criminalizando e punindo civilmente os racistas. Enquanto que, na outra, mesmo que aparente, e em sua primeira camada, efetivar mudanças para grupos minoritários, o Direito faz parte da estrutura social em si, responsável por manter os interesses políticos de ideal e de prática racista (ALMEIDA, 2020, p.140).

O sistema encarrega-se de praticar controle social sobre os corpos pretos, exaurindo forças para reprimir, calar, coagir, esconder e censurar, fazendo com que esses indivíduos se tornem, de fato, invisíveis aos olhos da sociedade, inexistentes como via de regra. Contudo, quando lhe é conveniente, tais corpos são chamados à primeira oportunidade criada por um sistema penal colonial para serem identificados como culpados. Assim, os mesmos olhos que antes não viam, agora condenam (DIAS, 2020, p. 23).

O reconhecimento fotográfico, quando aliado às questões de racismo estrutural, potencializa de forma gigantesca as distorções e poluições causadas na percepção relativa do ser humano, considerando o preconceito racial como o ponto de partida, bem como o descredito montado através dessa mesma estrutura de desigualdade e racismo, que afeta de forma direta a percepção sobre qual o delito e

a estética do imputado. Em suma, quando inserido dentro da sociedade racista, como é o caso da sociedade brasileira, o reconhecimento fotográfico tem como alvo a população negra (LOPES JR.; OLIVEIRA, 2022).

3 DAS FALSAS MEMÓRIAS

A intenção do presente tópico recairá na abordagem e explanação de alguns dos principais pontos de interesse sobre como o processo de criação da memória pode ser complexo e como as falsas memórias, conseqüentemente, podem interferir no processo penal, especificamente no reconhecimento de pessoas, que tem como alicerce e que faz uso exaustivo do testemunho. De modo que, tal análise, será feita com base no entendimento da doutrina, bem como em estudos do neurodireito, e da psicologia.

Durante muitos anos de estudos, diversos pesquisadores voltaram esforços para os estudos da memória, e especificamente, da criação de memórias falsas, que de fato, não ocorreram, mas que existem. Algumas memórias falsas, são espontaneamente geradas pelo nosso funcionamento biológico natural, de forma automática se criam de acordo com o que processamos do que foi vivenciado e não o que de fato aconteceu. Enquanto outras falsas memórias, podem e são sugeridas quando somos demandados a lembrar de determinada situação, da qual não podemos ter clareza, essas são chamadas de falsas memórias implantadas (STEIN; PERGBER, 2001, p. 2).

Refletir sobre a confiabilidade das memórias e ir além, indagando-se sobre a possibilidade de grandes acontecimentos que marcaram a história dos indivíduos não serem reais ou tal qual como foram concebidas é um bom início para entender algumas questões. O processo de criação das falsas memórias pode conter, em diversas vezes, mais riqueza de detalhes do que as verdadeiras memórias. Esses desvios e a inquietação de construir lembranças de situações que sequer ocorreram motivaram uma série de estudos e avanços sobre o tema ao longo das últimas décadas (STEIN et al., 2010, p. 18).

Para Iván Izquierdo (2011, p. 13), “Memória” significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações”, de modo que, só podemos lembrar daquilo que aprendemos.

O cérebro não armazena memórias tais quais em um filme linear, como em um álbum de fotos ou qualquer outra forma de armazenamento que você possa imaginar dentro do mundo contemporâneo e tecnológico. Aliás, se assim fosse, seriam os estoques do cérebro em pouco tempo de vida, dada quantidade de informações absorvidas a cada momento vivido, bem como seria praticamente impossível acessá-las quando necessário (DAMÁSIO, 2012, p. 11).

Fator de extrema importância para o desenvolvimento da pesquisa, é o que relata Stein (2010, p. 22), “a memória pode sofrer distorções, tanto fruto de processos internos quanto externos”, e, neste sentido, é importante salientar que, uma distorção comum seria lembrar de algo que não aconteceu conosco, mas que abstraímos de outro lugar, ou então, de interferência ou indução externa de informação falsa que venhamos a somar posteriormente ao acontecimento do evento gerador da memória verdadeira. Deste modo, “a inserção de uma simples palavra no questionamento pode, instantaneamente, alterar a memória adquirida previamente” (DE ÁVILA, GAUER, FILHO, 2012, p. 6).

Assim, é preciso transpassar pela ideia de que algum ser humano seja capaz de presenciar e vivenciar fatos, que muitas vezes ocorrem em lapsos, vultos, ou borrões, como em cena de filme, como se pudessem rebobinar uma fita e voltar para o ponto que agora lhe é de interesse, visto que está sob o questionamento do que presenciou e quem mais lá estava. Ou seja, é necessário que tal reprodução de depoimentos judiciais estejam sob constante problematização e vigilância, do contrário, estaria ao menos um século atrasado em relação a temática (DE ÁVILA, DA ROSA, 2016).

Em um estudo de caso, cujo objetivo era considerar a gravidade dos efeitos de sugestão às memórias falsas, ou seja, analisar a assertividade do relato dos participantes quando submetidos a diversos testes, incluindo a indagação com contaminação de informações que sequer ocorreram nos testes. Ao relatar o ocorrido, de modo individual, os participantes do estudo tiveram relatos errados substancialmente maiores acerca do que haviam presenciado, quando submetidos a memórias falsas. Sendo que, um percentual de 79,2% das testemunhas corroborou com uma informação falsa, de que um policial (no caso do estudo) estaria envolvido nas agressões postas a eles e, 45,8% também concordaram que um inocente estaria envolvido no fato delituoso posto a eles (SARAIVA, et al. 2015, p. 6).

São inúmeras as características que influenciam na capacidade de lembrança de um indivíduo acerca de um fato ocorrido, inclusive quanto a sua precisão. Uma importante característica, dentre todas, é o fator emocional que o acontecimento pode gerar ao indivíduo, pois, de acordo com alguns estudos, a carga emocional que contém as lembranças, faz com que elas sejam lembradas em maior quantidade, o que poderia levar a crer, então, que acontecimentos com carga emocional alta, seriam necessariamente lembrados com mais precisão. Contudo, o que acontece é o contrário, bem como acontecimentos marcados com cargas emocionais são gravados em maior quantidade, as pesquisas mostram que eles também podem ser contaminados e a eles anexadas mais informações falsas (STEIN et al., 2010, p. 90-92).

A base de estudos e pesquisas dentro da psicologia são de extrema importância para a compreensão do porque é inconcebível pensar o reconhecimento de pessoas e o testemunho como prova dentro de um processo sem entender os mecanismos de funcionamento da mente humana, sobretudo da capacidade de armazenar informações, que como mencionado acima, não tem funcionamento tal qual uma máquina e, portanto, está constantemente passível de abstrações, distorções e erros.

4 INTERPRETAÇÃO E ENTENDIMENTO ACERCA DO RECONHECIMENTO

Tratar-se, aqui, do objeto casuístico da pesquisa, com intenção de conhecer o dispositivo que versa sobre reconhecimento de pessoas como meio de prova, bem como os problemas trazidos pela relativização da norma, pelos tribunais, tratando-a, em diversos casos, como mera recomendação, relativizando sua aplicação ao validar, por exemplo, o reconhecimento fotográfico já citado como objeto de estudo, e que acaba por prejudicar, quase que num total de vezes, a população preta.

O Código de Processo Penal, capítulo VII, traz em seu Art. 226¹, a redação sobre o reconhecimento de pessoas em um rol com a forma de como deve ocorrer

¹ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

este processo, de modo que quem fará o reconhecimento, deve previamente descrever a pessoa a ser reconhecida, bem como ser colocado frente a ela, pessoas com as características semelhantes ao do acusado (BRASIL, 1941).

O reconhecimento fotográfico poderá ser utilizado como instrumento meio, substituindo o que está disposto no Art. 266, I, contudo, ressaltando que não há pacificação da matéria no âmbito doutrinário, e há decisões por parte do Superior Tribunal de Justiça que admitem tal reconhecimento, desde que seja observado o disposto no artigo supracitado (LOPES JR., 2020, p. 774).

Em decisão recente, a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que não é possível a condenação meramente com base no reconhecimento fotográfico, em Habeas Corpus que concedeu liberdade a homem que respondia por suposta prática de roubo. O ministro relator enfatizou que passara da hora da mudança de postura do tribunal diante do assunto, de modo que o entendimento fosse passar a exigir obrigatoriedade de as autoridades policiais competentes seguirem o código, visto que se as formalidades lá estão postas, não são meramente expositivas, mas sim essenciais à tutela dos direitos e liberdade. Neste mesmo processo, o apelante é o Ministério Público de Santa Catarina, que sustenta em sua apelação, tinha como principal meio de prova o reconhecimento fotográfico que, entretanto, não foi suficiente (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6ª turma). Habeas Corpus Nº 598.886. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. – Santa Catarina. 27/10/2020).

Com intenção de evitar novas condenações injustas o presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Luiz Fux instituiu através da portaria Nº 209 de 31/08/2021, grupos de trabalho com esforços voltados a regulamentar diretrizes e procedimentos nos processos criminais que envolvam reconhecimento pessoal no âmbito do Poder Judiciário (PUENTE, 2021).

A fim de agir em favor do interesse público, tendo em vista que o reconhecimento pessoal equivocado é um dos principais fatores de injustiça por parte do judiciário, levando inocentes a injusta condenação. Considerando levantamento feito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

constatou que, em média, as prisões preventivas duram em média nove meses e que, 83% dos casos de reconhecimento equivocado, segundo mesmo levantamento de dados, afetavam pessoas pretas, deixando clara a estrutura de racismo e seletividade do sistema penal brasileiro. Além de uma série de fatores, incluindo a falibilidade do processo de criação da memória humana, facilmente influenciada por fatores internos como as emoções bem como fatores externos que envolvem o reconhecimento e sua subjetividade. Institui-se a referida portaria.¹ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Em voto de Recurso Habeas Corpus Nº 206.846, o Min. Gilmar Mendes argumentou que, nos casos em que o reconhecimento seja feito de forma irregular na em fase de inquérito policial, não basta a repetição em juízo para sustentar condenação, visto que, é imprescindível a confiabilidade da informação que dependa da memória em casos de reconhecimento, sendo necessária a produção de provas em juízo que corroborem com tais elementos probatório, especialmente no que tange ao reconhecimento fotográfico previsto no Art. 226 do Código de Processo Penal. Tendo em vista reiteradas vezes que a prática levou a erros danosos, tal dispositivo deve ser analisado com cautela (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Habeas Corpus Nº 206.846 MC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. – São Paulo. 28/09/2021).

Atualmente existe também em tramitação o Projeto de Lei nº 3300/19, proposto pelo senador Ciro Nogueira, com proposta determinando que nos casos de reconhecimento pessoal ou fotográfico, do disposto no Art. 226 do CPP, sejam postos, lado a lado, suspeito e mais cinco indivíduos com “fisionomia compatível” com a sua, ou mesmo, sem sua presença neste grupo de pessoas para serem apresentados a quem fará o reconhecimento. A pessoa que fará o reconhecimento deverá ser alertada da possibilidade de o suspeito não estar presente entre aquelas

¹ Art. 1º Instituir Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação que estabeleça diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar eventual condenação de pessoas inocentes, doravante denominado “GT Reconhecimento Pessoal”.

Art. 2º São atribuições do Grupo de Trabalho:

I – realizar estudos necessários ao diagnóstico dos elementos catalisadores da condenação de inocentes no sistema de justiça criminal brasileiro, por meio da atuação integrada entre a magistratura e parceiros estratégicos;

II – sugerir proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal no país e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário; e

III – organizar publicação destinada ao aperfeiçoamento e à aplicação em ações de formação na temática. [...]

peçoas. Será vedado também  autoridade policial interferir de qualquer forma que possa influenciar no reconhecimento. Deve constar no ato do reconhecimento o grau de certeza da testemunha bem como outras duas peçoas que testemunharam o reconhecimento sem envolvimento com o caso.

Resta que, conforme demonstrado através da bibliografia, tal tema demanda atenção e profundidade de análise, bem como esforços para que a mudança efetiva e prática ocorra dentro do nosso sistema penal. Conforme pode se observar, há avanços recentes no entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o assunto, bem como um amplo campo já explorado e conhecido no que tange aos conhecimentos acerca do funcionamento da memória e da estrutura social que, ainda hoje, mantm o racismo como ponto de intersecção direta e indireta com o Direito Penal brasileiro, algo a ser debatido com zelo e persistência.

CONCLUSÕES

A presente pesquisa nasce da insatisfação com a injustiça gerada pela m aplicação dos instrumentos de transformação social que o Direito, em sua ampla definição, proporciona aos seus operadores, que, por sua vez, nem sempre cumprem do melhor modo o papel valioso que lhes  concedido.

A intenção principal foi identificar e explanar os motivos pelos quais o Judiciário tem errado tanto no que se refere ao reconhecimento fotográfico de peçoas, e a quais peçoas esses erros acabam afetando.

Então, de modo breve, o alicerce da pesquisa aborda três temas principais e presentes nos casos recorrentes de erro em condenações judiciais e prisões injustas, por parte do sistema judiciário, sendo, os estudos da produção de memórias falsas, o racismo estrutural e, como a má aplicação do dispositivo legal tem sido motor de condenações injustas.

O Direito, enquanto ciência humana, não precisa e nem deve caminhar sozinho na busca pela justiça. É o oposto disso, se não caminhar ao lado de outras diversas áreas de estudo da ciência, bem como de disciplinas que tenham como objeto de estudo o ser humano e a sociedade em que este está inserido, corre risco de caminhar na direção contrária, vindo a cometer injustiças irreparáveis a determinados uma parcela da população bem definida, que, via de regra, dada

condição de fragilidade, por muitas vezes sequer tem possibilidade de exercer a plenitude de defesa.

A parcela da população afetada pela utilização deturpada da letra de lei que dispõem sobre o reconhecimento de pessoas, é a mesma afetada pelo Sistema Penal como um todo, jovem, pobre e preta. Tamanhas são as injustiças geradas pela má aplicação da lei, ou mesmo pela sua intenção, que corrobora com interesses sociais de privilégio e que, nem sempre seja válida a todas as pessoas de modo minimamente igual.

Neste sentido, falar sobre as estruturas sociais sob as quais foram consolidadas nossa democracia e nossas instituições, é parte elementar do processo para a compreensão da falibilidade e impotência frente as situações de injustiça vivenciadas por quem é tornado invisível frente ao poder estatal.

Fato é que, ao analisar brevemente a história, é possível perceber que estas questões estão longe de mudança enquanto caminharmos no mesmo sentido do Brasil colônia, que ainda se mostra extremamente presente em nosso código Penal e de Processo Penal.

O racismo estrutural vem como objeto de pesquisa com intenção de transpassar a ideia da violência que parte de um indivíduo para outro, enquanto discriminação, mas sim como projeto em nosso país, como forma de normalização das relações, através da economia, política e subjetividade.

Deste modo, os indivíduos são cotidianamente constrangidos e lesados, tendo lugar de fala caçado, posições em cargos de poder mínimos, menores salários, e para além disso, imagem atrelada a selvageria e criminalidade, de modo que, seu encarceramento bem como a violência contra pessoas negras é normalizado, a morte delas, não causa choque. Isso torna comum que a parte privilegiada, perceba que em espaços de poder e decisão não há negros em proporção participando e ignorar que 52% da população brasileira assim é.

Como os dados da pesquisa mostram, não é coincidência que essa população mais vulnerável seja a mais afetada pela visão estigmatizada do nosso sistema judiciário e punitivista.

O que essa estrutura mostra, é que, aliada aos estudos de implantação de falsas memórias e como a cognição humana se limita a gravar informações e deturpá-las, fica claro o ponto chave em que peca o judiciário ao que tange o reconhecimento de pessoas através do meio fotográfico, por exemplo.

Ao indagar se uma testemunha presenciou ou não determinado fato e, se este fato foi operado por uma pessoa que supostamente estaria em um catálogo de imagens na delegacia; catálogo este com aparência bem definida, no mesmo padrão, “cor de ladrão”, que diariamente noticiam os canais de reportagem criminal. A convicção da testemunha chamada aos anseios da população em encontrar um culpado, certamente se aflorará, e, assim, contribuirá para as estatísticas postas pela Defensoria Pública acerca da condenação injusta de pessoas negras, como vimos nos escritos do trabalho.

Através das falsas memórias, é possível perceber que, o risco da utilização da prova testemunhal como principal meio de prova é alto e que embasar-se exclusivamente nela pode gerar prejuízos graves e injustos ao acusado.

Porém, com os esforços corretos para entender como as memórias funcionam, utilizar-se da prova testemunhal combatendo a ideia da busca utópica por uma verdade real e visando minimizar perdas e distorção dos fatos, além de evitar as implantações externas de memórias falsas, pode contribuir para um resultado mais justo ao final do processo.

Empregar dessas ciências, minimamente norteará a reconstrução de parte da história que se deseja alcançar através da narrativa subjetiva e superficial da testemunha, colocando-a em condição humana, de indivíduo e não como máquina de acesso da qual se deseja extrair informações que versarão sobre a vida de outro indivíduo.

A urgência de pesquisa e estudos sobre esse assunto, justamente em lugares em que essa parcela da população não tem voz ativa, bem como o trabalho realizado pelas Defensorias Públicas dos estados e advogados de defesa, abre precedente para que a pauta seja trazida à discussão pela doutrina e pelos tribunais com mais afinco.

Desse modo, é mais provável que medidas sejam realizadas a fim de que o Poder Judiciário deixe o lugar de sujeito passivo e passe a ocupar o polo ativo, evitando novas condenações injustas e o dano que elas carregam.

Ao longo da pesquisa, novas recomendações e decisões por parte do Judiciário, corroborando com a ideia de que apenas o reconhecimento fotográfico colhido em fase de investigação policial repetido em juízo de forma isolada, não basta para que haja condenação.

Mesmo que ainda não haja pacificação sobre o assunto, pequenos avanços são de importante valia, sobre tudo, para que essas pessoas possam seguir suas vidas sem a preocupação de que sua cor de pele possa ser fato determinante na segurança de sua liberdade, sem o risco de serem deliberadamente ligadas a fatos jamais praticados ou sequer conhecidos por elas.

Por fim, cabe ressaltar que a tarefa de dizer o Direito não é simples. Legisladores, doutrinadores, magistrados e tribunais necessitam usar de suas atribuições com intenção de agir com consciência humanitária, aliando-se a pessoas qualificadas e engajadas de forma ativa. Só assim, respeitando os princípios democráticos e humanos, não inertes ao interesse normal da preservação de privilégios de classes dominantes.

Isto é fator fundamental para o avanço social e para que as estruturas do Poder Judiciário possam minimamente caminhar para uma sociedade mais justa e igualitária, nos mais abrangentes sentidos que a palavra justiça possa conter.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2019. 264 p. v. 1. ISBN 978-85-98349-74-9.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?**. Belo Horizonte - MG: Letramento: Justificando, 2018. 144 p. ISBN 978-85-9530-049-1.

BRASIL. **Decreto-lei , de nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6ª turma). **Habeas Corpus Nº 598.886**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. – Santa Catarina. 27/10/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001796823. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Habeas Corpus Nº 206.846 MC**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. – São Paulo. 28/09/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1240314/false>. Acesso em: 9 out. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Pillares, 2009. 127 p. ISBN 978-85-89919-40-1.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. 127 p. ISBN Departamento Nacional do Livro.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Luiz Fux. **PORTARIA No 209, DE 31 DE AGOSTO DE 2021**. Institui Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes. [S. l.], 31 ago. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12581520210901612f78e70aada.pdf>. Acesso em: 9 out. 2023.

DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes**: Emoção, Razão e o Cérebro Humano. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 303 p. v. 1. ISBN 978-85-359-2200-4.

DE ÁVILA, G.N.; DA ROSA, A.M. Você Precisa Saber o que são Falsas Memórias. **Empório do Direito**, [S. l.], 25 jan. 2016. Disponível em: <https://emporiოდodireito.com.br/leitura/voce-precisa-saber-o-que-sao-falsas-memorias>. Acesso em: 9 out. 2023.

DE ÁVILA, G.N.; GAUER, G.J.C.; FILHO, L.A.B.S.P. “Falsas” Memórias e Processo Penal: (Re)discutindo o Papel da Testemunha. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 1, ed. 12, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas**: (atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08). Campinas: Ed. Millennium Editora, 2008.

DIAS, Camila Cassiano. **Olhos que Condenam”**: Uma Análise Autoetnográfica do Reconhecimento Fotográfico no Processo Penal. *Revista Ajuris*: [s. n.], 2020. 28 p. Disponível em: http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1153/Ajuris_148%20_DT%2014. Acesso em: 9 out. 2023.

FRAGA, Clarice. **A Influência das Falsas Memórias no Reconhecimento Fotográfico**. [S. l.: s. n.], 2020. 29 p. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf. Acesso em: 9 out. 2023.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2ª. ed. rev. e aum. São Paulo: Artmed Editora SA, 2011. 145 p. v. 1. ISBN 978-85-8271-135-4.

KHALED JR, SALAH H. Repensando a verdade no processo penal. **Canal Ciências Criminais**, Site, 22 ago. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/repensando-a-verdade-no-processo-penal-por-salah-h-kaled-jr/>. Acesso em: 9 out. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único** 8ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 1.952 p. ISBN 978-85-442-3501-0.

LOPES, Mariângela Tomé. **O RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA:** Necessidade de reformulação do Direito Brasileiro. Orientador: Antonio Scarance Fernandes. 2011. 112 f. Tese de Doutorado (Doutorado) - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17^a. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2020. 1937 p. ISBN 788553619030.

LOPES JR, Aury; OLIVEIRA, Jhonatan. **Limite Penal:** A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova. Consultor Jurídico, [S. l.], p. 1-1, 14 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova>. Acesso em: 9 out. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17^a. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2020. 1644 p. ISBN 978-85-309-8998-9.

PACHECO, Ronilso. **Ocupar, resistir, subverter**. Igreja e teologia em tempos de violência, Racismo e Opressão. Rio de Janeiro: Novos Diálogos, 2016.

PUENTE, Beatriz. CNJ criará regras para barrar falhas no reconhecimento fotográfico. **CNN Brasil**, [S. l.], p. 1-1, 10 set. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cnj-criara-regras-para-barrar-falhas-no-reconhecimento-fotografico/>. Acesso em: 9 out. 2023.

RELATÓRIOS indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico. **Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos Gerais**, CONDEGE, 19 abr. 2021. Disponível em: <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoos-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>. Acesso em: 9 out. 2023.

SARAIVA, Renan Benigno; IGLESIAS, Fabio; MICAS, Gabriel Fontenello; ARAÚJO, Clara Pires Nunes; LIMA, Clara Correa; COSTA, Marcela de Vasconcelos. **Conformidade entre testemunhas oculares:** Efeitos de falsas informações nos relatos criminais. 2015. 10 p. Artigo (Psicologia) - Psico USF, [S. l.], 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusf/a/VxtVsD4FX59VJRpp6CsDYvv/abstract/?format=html&lang=en#>. Acesso em: 9 out. 2023.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 3.300/19, de 13 de junho de 2019**. Altera o art. 226 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para regular o procedimento de reconhecimento de pessoas. [S. l.], 13 set. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137160>. Acesso em: 9 out. 2023.

STEIN, L.M. et al. **Falsas Memórias:** Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. São Paulo: Artmed Editora SA, 2010. 258 p. v. 1. ISBN 978.85.363.2153-0.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGBER, Giovanni Kuckartz. **Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas**. 2001. 14 p. Artigo (.) - Psicologia, Reflexão e Crítica, [S. l.], 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/dcwgNySpxtXsHgrpX6fvxrK/abstract/?lang=pt#ModalArticles>. Acesso em: 9 out. 2023.