



# *IURISPRUDENTIA*

Revista Semestral da Faculdade de Direito da Ajes  
Juína/MT • Ano 8 • nº 15 • Jan/Jun • 2019



## EXPEDIENTE

---

**Diretor Geral**  
Clódis Antônio Menegaz

**Coordenação do Curso**  
Alcione Adame

**Coordenação Editorial**  
Maurício Zanotelli

---

### Conselho Editorial

#### Interno

Alcione Adame  
Cláudio Silveira Maia  
Luis Fernando Moraes de Mello  
Marina Silveira Lopes

#### Externo Nacional

Elisabete Maniglia (UNESP)  
Flávia Piovesan (PUC/SP – PUC/PR)  
Luiz Gonzaga Silva Adolfo (UNISC/  
RS – ULBRA/RS)  
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS)  
Vicente de Paulo Barretto (UERJ –  
UNESA/RJ)

#### Externo Internacional

Ana Fernanda Neves (Universidade de Lisboa - Portugal)  
Cinzia Gamba (Università degli Studi di Pavia – Itália)  
David Almagro Castro (Universidad de Sevilla - España)  
Hugo Enrique Ortiz Pilares (Universidad de Alicante – España)  
Pamela Juliana Aguirre Castro (Universidad Andina Simón Bolívar/Universidad  
Espíritu Santo - Ecuador)  
Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto - Portugal)  
Maria João Estorninho (Universidade de Lisboa - Portugal)  
Martín Vivanco Lira (Escuela Libre de Derecho – México)

---



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

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

**Editor**

Maurício Zanotelli

**Diagramação**

Cristhian Freitas

**Capa**

Imagem - Julgamento de Galileu Galilei

**Projeto Gráfico**

Cristhian Freitas

**Revisão**

Dr. Cláudio Silveira Maia

**Bibliotecário Responsável**

Salatíel José Gonçalves Blanco

CRB1 – 2528

**Editora:**

Gráfica Printstore

**Tiragem:**

500 Exemplares

**Ficha Catalográfica**

Prof. Romualdo Duarte Gomes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R361 Iurisprudência – Revista da Faculdade de Direito da AJES  
Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do  
Juruena / AJES – v.8 n.15 -Juína  
Juína - MT: Gerdan, 2019, pág. 165

v.8 n.15 (Jan./Jun. 2019)

Semestral

ISSN 2237-8154

1. Direito – Jurisprudência. 2. Produção científica. 3. Juína –  
MT. I. AJES – Faculdade de Administração e Ciências  
Contábeis do Vale do Juruena

CDU 34

Catálogo na fonte: Bibliotecário Salatíel J. G. Blanco - CRB1- 2528

**Submissões de trabalhos**

[www.revistaiurisprudencia.com.br](http://www.revistaiurisprudencia.com.br)

**Email para contato:**

[coordenacao@revistaiurisprudencia.com.br](mailto:coordenacao@revistaiurisprudencia.com.br)

# Nota Editorial

---

A Revista *Iurisprudentia* tem por lisonja apresentar o seu novo número editorial, composta por artigos científicos de renomados pesquisadores brasileiros que foram selecionados visando assegurar uma produção, no Direito, com prudência: eis a *iurisprudentia*, em (re)vista.

Este volume conta com aprofundamentos sobre a flexibilização das normas no Direito do Trabalho, assim como a precarização das relações trabalhistas em uma discussão frente ao princípio da dignidade da pessoa humana como, por exemplo, a terceirização e os possíveis prejuízos ao trabalhador.

Apresenta-se, também, a temática da alienação parental em mediação; ou seja, uma avaliação da mediação como instrumento na resolução de possíveis conflitos emergidos desta síndrome, almejando-se o reestabelecimento do vínculo afetivo como a mais eficaz forma de solução, pela mediação.

Igualmente, compõe nossa edição, a pesquisa sobre os refugiados e seus direitos trabalhistas no Brasil – uma análise que perpassa a legislação nacional, avançando às Convenções e Tratados Internacionais sobre o tema.

Outrossim, apresenta-se uma investigação sobre o problema enfrentado na adoção – resultando-se a adoção internacional uma possível hipótese ante a adoção nacional, uma vez que a exigência dos pretendentes nacionais na hora de escolher o perfil do menor poderá obstruí-la, pelo preconceito ou discriminação.

Ademais, os mecanismos judiciais de proteção ao investidor nas sociedades anônimas e mercados de capitais são debatidos em direito comparado no Brasil e no direito norte americano, buscando-se no sistema norte-americano soluções viáveis ao direito brasileiro.

Ainda, a contextura da geração de lixo eletrônico é despertada pela pesquisa frente ao crescente consumismo e a necessidade de conscientização que faz repensar inclusive a utilização de recursos naturais e forma de produção eletrônica.

Por fim, a temática da necessidade do diálogo transconstitucional é enfrentada em meio à sociedade pós-moderna e o constitucionalismo, à

luz da leitura social de Niklas Luhmann – fazendo-se necessárias medidas alternativas para se evitar conflitos, ante as mudanças de concepção de sociedade, por exemplo.

É um prazer tê-lo conosco. Votos de uma próspera leitura...

Prof. Me. Maurício Zanotelli



# Sumário

---

**Nota Editorial**.....05

---

## **DOCTRINA NACIONAL**

**A flexibilização das relações de trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana**

*Ana Caroline Maraia; Larissa Copatti Dogenski; Nader Thome Neto*.....9

**A mediação como instrumento eficaz na solução da alienação parental**

*Daiane Maiara Piovezana; Lanaira da Silva; Caio Fernando Gianini Leite*...31

**A perspectiva de trabalho do refugiado de acordo com a aceitação em legislação nacional de convenções internacionais**

*Diego Pereira Batista; Luís Fernando Moraes de Mello; Maurício Zanotelli*.....61

**Adoção internacional como mecanismo para a realização da adoção**

*Larissa Marciely Brum dos Santos; José Natanael Ferreira*.....93

**Mecanismos judiciais de proteção ao investidor nas sociedades anônimas e mercado de capitais: uma análise comparativa entre o direito brasileiro e o direito norte americano**

*Givago Dias Mendes* .....119

**A obsolescência dos aparelhos eletrônicos: geração de lixo eletrônico e a solução na logística reversa**

*Verediana Bielak de Oliveira; Alcione Adame; Nader Thome Neto*.....145

**Sociedade pós-moderna, constitucionalismo e a necessidade do diálogo transconstitucional**

*Gabriele Juli Gandolfi; Paulo Roberto Ramos Alves*.....155





# A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Ana Caroline Maraia<sup>1</sup>  
Larissa Copatti Dogenski<sup>2</sup>  
Nader Thome Neto<sup>3</sup>*

---

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo retratar sobre a flexibilização de normas trabalhistas como influência na precarização das relações de trabalho e como isso agride o princípio da dignidade da pessoa humana. A terceirização é um reflexo da flexibilização, o qual diante das novas disposições legais no âmbito trabalhista impulsionou também a flexibilização de normas e direitos, o que vem proporcionando alguns problemas para o trabalhador. O foco do trabalho está voltado para os prejuízos que a terceirização como um mecanismo flexibilizador trouxe para o trabalhador, através de relações e empregos precários, os quais diminuem esse trabalhador como indivíduo dentro da sociedade o qual convive, denegrindo sua dignidade, prejudicando o sustento de sua família e suas relações sociais. Por fim, as conclusões pertinentes acerca do estudo sobre a flexibilização das relações de trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana, observando o papel de alguns mecanismos como a terceirização como fator da precariedade das relações de trabalho e sociais do trabalhador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade da pessoa humana. Trabalhador. Relações de trabalho. Flexibilização.

**ABSTRACT:** The present study aims to portray the flexibilization of labor standards as an influence on the precariousness of labor relations and how this harms the principle of the dignity of the human person. Outsourcing is a reflection of flexibilization, which, faced with the new legal provisions in the labor sphere, also boosted the flexibility of norms and rights, which has given some problems to the worker. The focus of the work is on the damages that outsourcing as a flexibilizing mechanism brought to the worker, through precarious relationships and jobs, which diminish this worker as an individ-

---

<sup>1</sup>Acadêmica do X Termo do curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES. E-mail: anacmaraia@gmail.com

<sup>2</sup>Mestra em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande. Docente no curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES. Correio eletrônico: larissa-cd@outlook.com

<sup>3</sup>Professor, Advogado, Graduação em Direito pela UNIPAR, Especialista em Direito Tributário pela CES-CAGE. E-mail: naderthomeneto@uol.com.br

ual within the society which coexists, denigrating his dignity, harming the livelihood of his family and his social relations. Finally, the pertinent conclusions about the study on the flexibilization of labor relations and the principle of the dignity of the human being, observing the role of some mechanisms such as outsourcing as a factor of the precariousness of labor and social relations of the worker. This work was carried out based on a bibliographical research.

**KEY WORDS:** Dignity of the human person. Worker. Labor relations. Flexibilization.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O princípio da dignidade da pessoa humana; 2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho; 2.2 A dignidade humana nas relações de trabalho 3 O sentido do trabalho; 4 A flexibilização das relações de trabalho; 5 A precarização das relações de trabalho pela violação da dignidade do trabalhador; 6 Conclusão; Referências

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho possui um papel de grande importância na vida de qualquer ser humano, pois faz parte da sua identidade como indivíduo dentro da sociedade o qual está inserido. Torna-se importante considerar alguns princípios fundamentais para se manter o respeito entre as relações em comunidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base para que o indivíduo consiga evoluir socialmente, fundamentado pelo respeito e pela compreensão de todas as pessoas em uma sociedade. A necessidade de harmonizar as relações sociais é uma característica da tentativa de reduzir conflitos resultantes de opiniões diversas, considerando que o ser humano necessita se relacionar uns com os outros para sobreviver.

O direito do trabalho surge na tentativa de reger e conduzir da melhor maneira possível uma das principais relações da vida do ser humano que é o trabalho. As relações de trabalho devem respeitar todos os direitos fundamentais e trabalhistas existentes, considerando a necessidade de atender todas as obrigações necessárias para caracterizar assim uma relação de trabalho.

Com a evolução das relações de trabalho, a flexibilização surgiu como um fenômeno que viabiliza novas oportunidades, tanto para o empregador, quanto para o empregado, na tentativa de estender ainda mais as relações de trabalho.

Devemos nos atentar se, com a flexibilização das relações de traba-

lho, todos os princípios e direitos trabalhistas estão sendo respeitado, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é a base do indivíduo para este construir sua identidade juntamente com o seu trabalho.

No presente estudo, em um primeiro momento, será retratada a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente em relação ao direito do trabalho, sobre a necessidade de respeitá-lo e preservá-lo dentro das relações de trabalho, entendendo a gravidade de sua violação, e o quanto isso seria prejudicial ao trabalhador.

Em um segundo momento, é necessário entendermos a importância do trabalho na vida de nós seres humanos, e qual o sentido que isso agrega em nossas vidas, considerando o grande papel que ele ocupa, e a necessidade de preservar essa importância.

Após compreender a importância das relações de trabalho, será abordando novas formas de flexibilização no âmbito trabalhista, considerando que a terceirização surgiu como um reflexo dessas mudanças, dispondo sobre seu funcionamento e suas áreas de atuação. Será analisado a viabilidade desse mecanismo para as relações de trabalho, considerando o grande avanço da precarização das relações de trabalho, e qual o papel da flexibilização trabalhista para o aumento dos empregos precários, o qual acarretou prejuízos na vida familiar e social desse trabalhador.

## 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes nas relações jurídicas, considerando que nos referimos a um princípio constitucional, o qual se concretizou efetivamente em nosso ordenamento jurídico.

Pode-se notar a dignidade quando refletida nas relações humanas através de atitudes, pois o digno que todos buscamos, deve ser o mínimo que o ser humano deve buscar e alcançar ao longo de sua vida, pois faz parte da formação de sua personalidade dentro de uma sociedade.

A dignidade é algo muito complexo de se conceituar, já que é construída através de um agregado de costumes éticos e morais que habitam dentro da sociedade. Dessa forma não podemos ter um conceito específico de dignidade humana, considerando a diversidade de costumes entre diferentes povos e comunidades, torna-se possível apenas tentar entender a dignidade da pessoa humana como um atributo que foi criado pelo homem, resultante das relações do ser humano em sociedade<sup>4</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet dispõe que dignidade seria:

---

<sup>4</sup>LEMISZ, Ivone Ballao. *O Princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.diretonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>> Acesso 25 Mar 2017.

Assim, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente<sup>5</sup>.

Diante dessa perspectiva, entendemos que a dignidade da pessoa humana seria uma qualidade distinta de cada ser humano, o qual lhe faz merecedor de respeito e consideração da comunidade e do Estado, pois está relacionada a direitos e deveres fundamentais, que garantem o mínimo de condições existenciais para uma vida saudável com uma participação ativa e co-responsável quando se relacionar uns com os outros.

## **2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho**

Os seres humanos possuem uma necessidade enorme em se relacionar com outros indivíduos, o que resultou na necessidade de se criar normas que regulamentassem essas relações, pois havia uma grande diversidade de pensamentos que resultavam em diversos conflitos.

Diante dessa necessidade, foram criadas normas e dispositivos legais que poderiam atender as mais diversas necessidades que uma situação ou relação poderia acarretar, com o intuito de estabelecer o respeito e harmonia entre esses indivíduos, e proporcionar um bom relacionamento.

O direito do trabalho é uma área jurídica que se relaciona com diversos outros ramos, principalmente com os direitos humanos, o qual possui uma grande importância para as relações sociais entre as partes em uma relação de trabalho.

O indivíduo como ser humano, constrói a sua identidade através do trabalho, buscando como base um mínimo de dignidade, que se refletirá em uma relação de trabalho ou emprego através do respeito e de perspectivas de crescimento em seu ambiente de trabalho, como na sua vida em sociedade.

## **2.2 A dignidade humana nas relações de trabalho**

O direito do trabalho surge como um meio regulador e disciplinar das relações de trabalho, o qual visa garantir o respeito e os direitos fundamentais do trabalhador, que juridicamente e economicamente é mais frágil dessa relação.

---

<sup>5</sup>SALETE, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2010. p. 50.

Em um cenário onde os direitos fundamentais conquistaram espaço, torna-se importante considerar o sentido do trabalho, pois é através dele que o trabalhador conseguirá usufruir de uma vida digna dentro da sociedade em que convive, conseguindo assim atender suas necessidades mínimas de sobrevivência através do seu labor.

Surge então a união dos direitos humanos com o direito do trabalho, o qual se concretizou através de um contexto evolucionista das relações de trabalho, que proporcionou ultrapassar fronteiras conquistando direitos importantes como a liberdade, intangibilidade física e psíquica como qualidade da pessoa humana, qualidades estas que se reflete na figura do trabalhador como ser humano<sup>6</sup>.

Os direitos humanos regulam a modalidade de inserção dos indivíduos dentro de uma sociedade, principalmente em um sistema capitalista através das relações de trabalho, o qual tem como a principal função de assegurar a civilidade nestas relações, garantindo que nenhum direito fundamental sendo individual ou coletivo, seja violado, considerando que a dignidade da pessoa humana não se restringe a sua liberdade, mas, também à integridade física e psíquica do trabalhador, o qual serve como base para um bom relacionamento de trabalho e no seu ambiente social<sup>7</sup>.

Hannah Arendt argumenta que algumas atividades humanas são fundamentais, como o labor, o trabalho e a Ação. O labor corresponde a um processo biológico do corpo humano, o qual se reflete nas necessidades vitais produzidas ou introduzidas pelo indivíduo ao decorrer de sua vida<sup>8</sup>.

O trabalho é a base da existência do ser humano, pois o ajuda a produzir um mundo de coisas artificiais, diferente de um meio ambiente natural, já a ação corresponde à condição humana da pluralidade, pois os homens vivem na terra e habitam o mundo.<sup>9</sup> Nesse sentido, é notável que seja através do trabalho, que o homem irá construir sua vida, adquirindo bens, e proporcionando uma boa qualidade de vida a sua família.

A necessidade de regulamentar as relações humanas através de normas, estabeleceu alguns princípios básicos, o que serviu como base para um relacionamento pacífico. Em osso ordenamento jurídico, a norma suprema a Constituição Federal de 1988 traz como um dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, o qual resulta e garante um Estado democrático de Direito, o qual dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-

<sup>6</sup>DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo. Ed. LTr. 2014. p. 82.

<sup>7</sup>DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo. Ed. LTr. 2014. p. 82.

<sup>8</sup>ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro. Ed. Florense Universitária. 2005. p. 15.

<sup>9</sup>ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro. Ed. Florense Universitária. 2005. p. 15.

se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana; [...] <sup>10</sup>

Para alcançar este ideal de vida digna, a legislação brasileira buscou encontrar também outras disposições negais, não apenas a Constituição, mas também admitiu direitos fundamentais que provem dos tratados internacionais.<sup>11</sup> O mínimo de dignidade humana é o mesmo em diversos países, os tratados servem como base para estabelecer o respeito nas relações internacionais de forma igualitária, caracterizando assim o seu objetivo, dando prioridade os princípios importantes, na tentativa de minimizar as desigualdades sociais e jurídicas, com o intuito de equilibrar as relações humana mantendo o respeito entre os indivíduos.

O Princípio da dignidade da pessoa humana tem como objetivo nos influenciar a realizar condutas positivas em efetivar a proteção à pessoa humana, e o Estado deve garantir esta proteção e promover condições proporcionarão uma vida com digna e com decência <sup>12</sup>.

Nesse sentido, Sidney Guerra dispõe que:

A dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana que não pode ser afastada de quem quer que seja. Não se pode cogitar, por exemplo, que uma determinada pessoa esteja despida dessa qualidade, ainda que seja um ser considerado repugnante pela sociedade na qual esteja inserida. Isso porque, como visto a dignidade é inerente à própria pessoa, em que pese não observar a prática de comportamentos que sejam considerados dignos por todos<sup>13</sup>.

Podemos compreender que a dignidade se tornou a base que compõe o âmbito moral de cada pessoa, e não depende da vontade. A sociedade ao qual está inserido esse indivíduo deverá respeitar o mínimo possível de dignidade, independentemente das atitudes que essa pessoa possa tomar ao longo de sua vida, pois como argumento o autor, a dignidade é pertinente à própria pessoa, mesmo se esta for oprimida ou excluída de sua comunidade pelas suas más escolhas, o respeito deve sempre ser mantido.

Assim, é garantido a qualquer cidadão ter a sua dignidade respeitada, e se relacionar com a sociedade e o Estado de uma forma correta. Nas relações de trabalho não seria diferente, devemos considerar a obrigatoriedade da existência de dignidade nas relações de trabalho, já que deve se manter o

---

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 25 Mar 2017. Acesso em 03 Ago 2017.

<sup>11</sup> GUERRA, Sidney. *Direitos humanos*. 2. ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2014. p. 206.

<sup>12</sup> GUERRA, Sidney. *Direitos humanos*. 2. ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2014. p. 206.

<sup>13</sup> GUERRA, Sidney. *Direitos humanos*. 2. ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2014. p. 206.

mínimo de respeito entre o empregador e o empregado, e este deve usufruir de um trabalho respeitoso, não violando seus direitos, lhe proporcionando uma vida de qualidade para si mesmo e sua família.

Nesse sentido o direito do trabalho possui como objetivo a melhora das condições laborais e sociais do trabalhador, e devemos relacionar isto através da adoção destes princípios fundamentais e normas jurídicas que harmonizem e preserve direitos. Em uma relação de trabalho existe algumas obrigações, como, de um lado a do empregado que é a prestação de serviço e de outro lado, a do empregador que irá decorrer do pagamento da remuneração pelos serviços prestados<sup>14</sup>.

Torna-se notório o entendimento de que a vida humana depende do trabalho, e que para sobreviver o trabalhador necessita exercer atividade laborais, buscando uma vida honrada, e conseguir alimentos, saúde e segurança.

O princípio da dignidade da pessoa humana defendido pela Constituição, como já mencionado é bastante amplo, o significado de dignidade abrange o bem-estar e conforto e muitos outros direitos de um cidadão. Está relacionado com o que o Estado defende como direito fundamental, como o saneamento básico, a saúde, a educação, a segurança, e muitos outros direitos elencados pela Constituição da República.

O ser humano como empregado, busca alcançar uma vida digna refletida pelo seu trabalho, devendo ter como base uma relação de trabalho fundamentado pelo respeito mútuo, o qual deve ter garantido nessa relação todos os direitos trabalhistas, os quais são amparados por nosso ordenamento jurídico<sup>15</sup>.

Nas relações trabalhistas o Princípio da dignidade da pessoa humana é aplicado para suprir a ausência de lei, e para proteger o trabalhador de atos que violam direitos e afetam a dignidade, e deve garantir condições de trabalho saudáveis e digna. Os princípios são uma das fontes do direito, resultantes de costumes e entendimentos importantes em uma sociedade, na ausência de uma lei específica, os princípios servem como base para solucionar conflitos.

Os direitos trabalhistas são tutelados pela Constituição Federal, o qual oferece garantias ao trabalhador através do Estado, o que proporciona assim essa proteção, caracterizando uma relação entre o cidadão trabalhador e o Estado na defesa de sua relação de emprego caso ocorra abuso do po-

<sup>14</sup>NICOLAU, Maira Ceschin. *A efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7368/A-efetividade-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-nas-relacoes-de-trabalho>> Acesso em 25 Mar 2017.

<sup>15</sup>NICOLAU, Maira Ceschin. *A efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7368/A-efetividade-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-nas-relacoes-de-trabalho>> Acesso em 25 Mar 2017.

der diretivo do empregador, favorecendo a garantia do mínimo ético, o qual deve ser preservado dentro das relações do nosso ordenamento jurídico, o que favorecendo a organização moral de uma sociedade através de uma vida digna, boa saúde, a preservação da integridade física, e a garantia da sua personalidade<sup>16</sup>.

Existem outros princípios que versam sobre características que proporcionam a dignidade no trabalho, ou seja, garantindo um ambiente de trabalho saudável.

O princípio da proteção possui e garante uma teia de proteção à parte que é hipossuficiente nesta relação entre o empregador e o obreiro, o qual é o empregado, visando diminuir desequilíbrios existentes em um contrato de trabalho, garantindo no ramo jurídico regras protetivas, tutelando a vontade e os interesses do trabalhador, todos os seus princípios são voltados ao trabalhador, garantindo um trabalho digno<sup>17</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana, mas conhecido como princípio do valor humano, considera o trabalhador como ser humano e não como uma mercadoria ou um elemento de produção de determinada empresa. O trabalhador deve ser visto como um sujeito de grande importância para o desenvolvimento, nosso ordenamento jurídico é rico em direitos, o que não gera a necessidade de criar novos, mas sim de manter e garantir a eficácia da lei e de direitos já existentes, encontrando um meio mais seguro de evitar a violação destes<sup>18</sup>.

Em um mundo dominado pelo capitalismo, se tornou difícil considerar o empregado como ser humano, pois o objetivo das empresas capitalistas passou a ser a obtenção de lucros e a redução de gastos. Devemos considerar que existem leis que garantem direitos fundamentais como este discutido, é extremamente importante exigir a sua eficácia e, conseqüentemente tentar minimizar os conflitos que resultam da violação desse direito, e definitivamente aceitar o empregado como um indivíduo, o qual é importante em uma relação de trabalho.

Deve ser prioridade mundial proporcionar um trabalho digno a cada cidadão, considerando que se trata de um meio que garante a existência de cada pessoa, e estimula o progresso econômico e social de uma sociedade. A OIT- Organização Internacional do Trabalho possui como objetivo promover um trabalho digno, buscando através de atividades que irão resultar na pro-

<sup>16</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo. Ed. LTr. 2014. p. 120 e 121.

<sup>17</sup>DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo. Ed. LTr. 2014. p. 196 e 197.

<sup>18</sup>SILVA, Rogerio Geraldo da. *A terceirização no Brasil e a súmula 331 do TST*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10278](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278)> Acesso em 04 de abr. 2017.



teção social, e principalmente na efetividade dos princípios e de direitos fundamentais que integram o cenário trabalhista promovendo o diálogo social<sup>19</sup>.

Em um cenário mundial, os acordos e tratados internacionais buscam manter o respeito entre todos os indivíduos, garantindo da melhor maneira possível a igualdade em todos os lugares, garantir assim a cada pessoa o seu espaço como indivíduo, proporcionando a efetividade de seus direitos, buscando proteger aqueles que já sofreram violações, e tentando manter o equilíbrio das relações humanas.

As pessoas se deparam com inúmeras dificuldades e exclusões sociais que se refletem sobre a forma de desemprego e subemprego, o que resulta em empregos de baixa qualidade e improdutivos. A falta de segurança no trabalho, a desvalorização do serviço pela baixa remuneração, a violação de direitos e a desigualdade entre os sexos ainda é um problema na busca pela efetivação pela proteção e a igualdade de direitos no trabalho. A OIT através de seu trabalho vem buscando minimizar e tentando solucionar estes problemas através de programas que os identificam e buscam soluções para os conflitos, e assim busca proporcionar um trabalho digno as pessoas com a garantia de que seus direitos não sejam violados<sup>20</sup>.

O mundo trabalhista sofreu muitas mudanças com o passar do tempo, reflexo disso são as novas formas de organização de trabalho, o qual se caracteriza pela sua precariedade, a flexibilização e a desregulamentação das normas trabalhistas, principalmente para os trabalhadores assalariados<sup>21</sup>. As mudanças no âmbito trabalhista se refletem nas relações de emprego, o que resulta no mal-estar do trabalho, problemas estes que passam despercebidos pelos trabalhadores, o resultado do medo de perder o emprego, de não conseguir mais adquirir o seu sustento e de sua família o assombra, pois o ser humano quase sempre vive apenas para o trabalho, situação esta que desconfigura o sentido do trabalho, quando consideramos que o trabalho deveria proporcionar mecanismos e meios alternativos para que todos pudessemos viver dignamente e em harmonia.

### 3 O SENTIDO DO TRABALHO

O trabalho possui um grande papel na vida das pessoas, pois é através de trabalho digno que podemos construir uma vida digna dentro de uma

---

<sup>19</sup>TRABALHO DIGNO – *A chave do progresso social*. Disponível em:

<[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal\\_visita\\_guiada\\_02\\_pt.htm](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_02_pt.htm)>  
Acesso em: 06 Abr 2017.

<sup>20</sup>TRABALHO DIGNO – *A chave do progresso social*. Disponível em:

<[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal\\_visita\\_guiada\\_02\\_pt.htm](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_02_pt.htm)>  
Acesso em: 06 Abr 2017.

<sup>21</sup>ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo. Ed. Boitempo. 2006. p. 45.

sociedade, o sistema capitalista que nos governa, nos obriga a buscar uma vida econômica dentro dos mesmos parâmetros de uma sociedade capitalista, assim é necessário ter um mínimo possível de capital para conseguir sobreviver dignamente. Existe a necessidade de se procurar constantemente uma remuneração melhor.

O trabalho possui como finalidade fazer com que o homem se esforce, para que seja possível obter os bens necessários para sua sobrevivência. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e dispõe sobre os direitos fundamentais necessário para uma vida em sociedade<sup>22</sup>.

É notório o entendimento de que a vida não se subsiste sem os bens necessários à existência, deve-se considerar que só se torna possível consegui-los de uma maneira digna e dentro da lei através de um trabalho honesto, que se encaixe dentro dos parâmetros que integram a sociedade o qual está inserido, respeitando os princípios e leis existentes, que são resultados das ações e costumes dentro de uma comunidade.

A vida humana é baseada em ações, e o trabalho é uma delas, na tentativa de se ter um reconhecimento, e de adquirirmos experiências, devemos contribuir com a sociedade. Trabalhar é algo extremamente necessário para reduzir à ociosidade da humanidade, o qual dá um significado a existência de nós seres humanos, pois será através do trabalho que poderemos ter uma perspectiva de vida, e se tornar possível elaborar objetivos, criar ambições, e perspectivas de buscar o melhor para uma vida digna, e principalmente de garantir nossas necessidades<sup>23</sup>.

O trabalho é a base da evolução do ser humano, pois seu crescimento racional, moral e econômico está vinculado a sua fonte de renda, o que serve de motivação para suas ações, motivação, está que servirá como propulsor para o seu crescimento social, o favorecendo a colher bons resultados do seu trabalho.

Irany Ferrari dispõe que o homem deve possuir como base o sentido do trabalho como uma forma de motivação para existir em sociedade:

A espécie humana, de geração a geração, mantém-se viva pelo trabalho, sob forma de cooperação ou trabalho coletivo, determinando entre os indivíduos participantes, relações sociais de ordem econômica, pela produção, distribuição e troca de produtos; de ordem ética, por normas religiosas, morais e jurídicas e que regulam a vida de cada um em meio à corporação classe ou sociedade<sup>24</sup>.

<sup>22</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARI, Irany. FILHO, Ives Granda da Silva Martins. *História do trabalho do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr. 2002. p. 62.

<sup>23</sup>MENDES, Jerônimo. *O sentido do trabalho*. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/carreira/o-sentido-do-trabalho/37324/>> Acesso em 25 Mar 2017.

<sup>24</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARI, Irany. FILHO, Ives Granda da Silva Martins. *História do*

O trabalho contribui para a construção de uma identidade positiva das pessoas, pois devemos sempre considerar que o empregado é mais importante do que a mercadoria que está produzindo, algumas vezes esse limite é ultrapassado e o trabalhador passa a ser apenas uma etapa para a construção de determinado produto, assim estamos distorcendo o verdadeiro sentido do trabalho, e mais grave ainda, estamos degradando sua dignidade, pois esse trabalhador deixa de ser respeitado por suas ações, quando a mercadoria se torna mais importante o despersonalizando o indivíduo, brutalizando sua perspectiva de exercer o seu ofício dignamente e ao considerando o sistema capitalista o qual vivemos torna-se difícil não nos depararmos com essa situação onde o trabalhador está alienado ao emprego, e passa a ser o menos importante nesta relação de trabalho<sup>25</sup>.

Ao ultrapassar o limite da dignidade afetamos a vida social do indivíduo, em uma relação de emprego, se este indivíduo não possuir uma perspectiva, o significado do trabalho é frustrado, e junto à dignidade desse trabalhador, pois viver do seu labor é o único meio para buscar seu crescimento, e se isto é retirado, lhe resta apenas ser um dos mecanismos para obtenção de lucros no sistema capitalista em que vivemos, sem motivação para crescimento, e as consequências disso se refletem na família, na saúde e no ambiente de trabalho.

O trabalho se tornou um referencial para o ser humano, pois contribui com a construção de sua identidade individual e o insere no meio social, se ocorrer uma interrupção deste trabalho, o qual é provocada por acidentes, podem resultar em consequências irreversíveis, como doenças do trabalho ou até mesmo o desemprego, e isso irá fragilizar sua identidade, prejudicando o trabalhador individualmente e socialmente<sup>26</sup>.

Na atualidade nenhum setor do trabalho está imune ao desemprego, principalmente se considerarmos a grandes crises econômicas, o que ocasiona à miséria desumana do desemprego e do trabalho temporário, o qual podemos considerar como um emprego flexível, o qual vem influenciando a precarização do emprego<sup>27</sup>.

O desemprego é uma característica dominante do sistema capitalista atual em que estamos, pois visa somente a busca pelo lucro, e tem como prioridade a redução de custos, o que vem frustrando o sentido e danificando

---

*trabalho do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr. 2002. p. 21 e 22.

<sup>25</sup>DRUMOND, Valeria Abritta Teixeira. *O papel do trabalho na construção da identidade do trabalhador*. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D2-11.pdf>> Acesso em: 06 Abr 2017.

<sup>26</sup>DRUMOND, Valeria Abritta Teixeira. *O papel do trabalho na construção da identidade do trabalhador*. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D2-11.pdf>> Acesso em: 15 Jun 2017.

<sup>27</sup>ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Ed. Boitempo. 2006. p. 27.

o bem-estar no trabalho, configurando a precariedade nestas relações de emprego, que se resultam em grandes prejuízos, tanto para o empregado, como para o empregador ou tomador de serviços.

Ao analisarmos o grande papel que o trabalho ocupa na vida das pessoas, devemos considerar que a sua ausência se resulta em diversas consequências negativas, visto que o desemprego exclui o trabalhador da sociedade produtiva, da sociedade que presta serviços, ou seja da sociedade ativa, o que prejudica e frustra o seu crescimento social e a sua busca por riquezas, descaracterizando sua identidade pessoal construída por através de suas ações dentro da comunidade.

Ao relacionarmos o sentido do trabalho em seu contexto histórico, nota-se que o significado do trabalho surge de uma atividade humana, por um esforço, como uma espécie de pena, ou até mesmo um castigo, se considerarmos os aspectos sorológicos do trabalho ligados a escravidão, o qual ao longo de séculos serviu como base para o homem produzir bens, ter uma fonte de sustento, e construir sua personalidade social<sup>28</sup>.

O direito do trabalho possui a finalidade de proporcionar humanismo jurídico no âmbito social, atendendo as necessidades sociais dos trabalhadores no âmbito trabalhista, proporcionando um melhor relacionamento entre o homem que trabalha e aqueles que o trabalho será destinado<sup>29</sup>. O sentido do trabalho possui como base um bom relacionamento entre as partes, o que se resulta em frutos saudáveis para a vida social deste trabalhador e em lucros para o empregador, caracterizando assim o objetivo da relação de trabalho.

Nesse sentido, esse ramo jurídico forma uma plataforma de direitos básicos, direitos garantidos pela Constituição Federal, proporcionando um trabalho digno, o descaso diário, semanal ou anual, garantindo a proteção da integridade física e a saúde deste trabalhador. Assim, o direito do trabalho cumpre com a função de tutelar e coordenar as relações trabalhistas individuais e coletivas<sup>30</sup>.

A função social do trabalho no âmbito jurídico possuindo como finalidade a realização de valores sociais e não valores econômicos, tendo como maior objetivo a preservação da dignidade da pessoa humana em um estado universal. Priorizando este pensamento que os empregados conquistaram o emprego assalariado como uma forma padronizada mundialmente, o emprego se tornou protegido pela justiça social mundial, criando um vínculo com organizações sindicais o contribui com normas para a preservação de um

---

<sup>28</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARI, Irany. FILHO, Ives Granda da Silva Martins. *História do trabalho do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr. 2002. p. 14.

<sup>29</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: Ed. LTr. 2014. p. 73.

<sup>30</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: Ed. LTr. 2014. p.73.

trabalho digno<sup>31</sup>.

O ordenamento jurídico atua nas relações trabalhistas com o objetivo de atender as necessidades dos trabalhadores o qual é a parte inferior nesta relação, buscando proporcionar um trabalho digno, onde os trabalhadores respeitam as leis trabalhistas e possam usufruir de um bom emprego, com boas condições laborais, e proporcionar ao trabalhador através de seu labor perspectivas de crescimento, contribuindo com sua evolução social através do trabalho.

As inovações trabalhistas resultaram na flexibilização de meios de produção e de direitos, o qual acarretou a grandes prejuízos nas relações de trabalho, se considerarmos que vem precarizando constantemente essas relações, influenciando na perda da identidade do trabalhador, que passou ser apenas um instrumento de uma grande produção, o que frustra o sentido do trabalho e enfraquece a figura do trabalhador.

## 4 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O trabalho ocupa grande parte da vida de cada indivíduo, pois constrói sua identidade dentro da sociedade o qual está inserido. Ao longo de séculos a sociedade tenta encontrar maneiras viáveis para incluir todos os indivíduos no âmbito trabalhista, com o intuito de favorecer a este o seu sustento e conquistar uma vida digna.

Se tornou frequente a busca de novos institutos trabalhistas pela legislação, com o objetivo de flexibilizar contratos de trabalho, temos como exemplos as leis de trabalho temporário, o trabalho a tempo parcial, a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, etc.<sup>32</sup>.

Rodrigo Goldschmidt dispõe sobre o que seria flexibilização:

[...] entende-se por “flexibilização” o movimento impulsionado pela ideologia neoliberal, que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual com o seu empregador, com vistas a “baratear” a mão-de-obra e o “custo” da produção, viabilizando, pretensamente, a competitividade das empresas no mercado de trabalho<sup>33</sup>.

Podemos observar que esse movimento surgiu com o intuito de

---

<sup>31</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: Ed. LTr. 2014. p.71.

<sup>32</sup>ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Manual de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus. 2008. p. 8.

<sup>33</sup>GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: Ed. LTr. 2009. p. 129.

“baratear” a mão-de-obra e relativiza algumas normas jurídicas relação a garantias contratuais, propondo um aumento de produção, e aumentando a competitividade entre as empresas.

A evolução das novas trabalhistas favoreceu a internacionalização de mercados o que proporcionou ainda mais a competitividade entre os mercados, juntamente com o avanço da tecnologia a flexibilização trabalhista se refletiu em novas práticas de gestão, essas mudanças tiveram início nos anos de 1960 à 1970 devido à crise do sistema taylorista-fordista, que influenciou no sistema organizacional do ambiente trabalhista, impondo uma nova estrutura produtiva sendo mais flexível, surgindo assim terceirização de atividades<sup>34</sup>.

Em nosso ordenamento jurídico podemos compreender a terceirização como uma forma de descentralização produtiva, ou uma descentralização de serviços, considerando que existe a transferência de atividades especializadas e acessórias, as quais não se vinculavam a atividades essenciais ou permanentes de uma determinada empresa, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, conceito este que sofreu algumas alterações diante das novas necessidades de crescimento econômico, e alguns tipos de contratos de trabalho.

O projeto de lei nº 13.429/2017<sup>35</sup> reduziu as restrições sobre terceirização em relação ao contrato de emprego temporário, o que favoreceu a contratação de serviços que resultem na atividade fim de uma empresa, o que não acontecia antes.

Pode-se considerar que a terceirização, em alguns contratos de trabalho, proporciona uma descentralização produtiva sem restrições, o que favorece uma empresa transferir atividades que se vinculam a qualquer tipo de finalidade, até mesmo para sua atividade-fim, de acordo com a nova lei nº 13.429/2017.

A terceirização proporcionou mais efetivação das prestações de serviços, o qual possui como objetivo à redução de custos operacionais em um cenário trabalhista e previdenciário, o que facilitou o aumento da produção de serviços daquela empresa<sup>36</sup>.

<sup>34</sup>MANDARINI, Marina Bernardo. ALVES, Amanda Martins. STICCA, Marina Gregghi. Terceirização e impactos para a saúde e trabalho: uma revisão sistemática da literatura. *Revista Psicologia: Organizações e Trabalho*, n. 16(2), abr./jun. 2016, pp. 143-152.

<sup>35</sup>BRASIL. *Lei nº 13.429 de 2017*, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília, 31 de março de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm)> Acesso em: 20 Ago 2017.

<sup>36</sup>DINIZ, Rafael Francisco Lorensini Adurens. *Problemas decorrentes da terceirização – Cuidados especiais*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI436,101048-Problemas+decorrentes+da+Terceirizacao+Cuidados+especiais>> Acesso em: 15 Mar 2017

A terceirização consiste na contratação de um terceiro para a realização de uma atividade, sendo está qualquer etapa da produção, meio ou fim. Dessa forma, a empresa que transfere as atividades é denominada como tomadora de serviços ou terceirizante, já a empresa contratada é a prestadora de serviços ou terceirizada, os trabalhadores vinculados a esta última são os terceirizados<sup>37</sup>.

Portanto, esse mecanismo busca a diminuição de custos, criando assim uma relação angular, entre o empregado, a empresa prestadora e o tomador de serviços, não existindo assim um vínculo empregatício direto com o tomador de serviços<sup>38</sup>, o empregado terceirizado estará subordinado somente a empresa que presta os serviços.

Para que se torne possível alcanças os objetivos desse mecanismo, devem ser atendidas as necessidades de todas as partes, sendo economicamente e produtivamente viável ao contratante, ser uma oportunidade de crescimento para as empresas prestadora de serviços e ser um trabalho humanamente digno ao trabalhador terceirizado.

Torna-se importante mencionar, que a terceirização como um mecanismo de flexibilização de relações trabalhistas, em suas áreas de atuação no setor privado e no setor público, traz alguns benefícios em relação ao âmbito econômico, mas possuem diversos outros aspectos negativos que sobrepõe os positivo sem ambos os setores, o que vem sendo o motivo da precarização das relações de trabalho.

O setor privado utiliza esse mecanismo como um circuito de valorização, considerando que ocorre a transferência de valor das empresas terceiras para empresas tomadoras<sup>39</sup>. O Setor Público, o qual é representado pela União, Estados e os Municípios utilizam da terceirização com o objetivo de contenção de gastos públicos o que é predominante do capitalismo<sup>40</sup>. Tanto o Setor Privado, quanto o Setor Público utilizam de um sistema flexível sob forma de um regime de acumulação de lucros.

Compreende-se que a terceirização como forma de flexibilização trabalhista, acaba se refletindo em empregos precários, pois ocorre a diminuição de salários, ausência de um meio ambiente de trabalho saudável, e uma elevada rotatividade de contratações e trocas de funcionários.

A precarização dessas relações ocasiona a predação de direitos dos trabalhadores e de alguns benefícios trabalhistas, ou a flexibilização destes, e

<sup>37</sup>SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Direito individual do trabalho*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier. 2011. Capítulo 6. p. 97.

<sup>38</sup>HERBSTTRITH, Valdemar Lopes. *Direito individual do trabalho*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier. 2011. Capítulo 5. p 87.

<sup>39</sup>ALVES, Giovanni. *A terceirização e capitalismo no Brasil: Um par perfeito*. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/71031/005\\_alves.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/71031/005_alves.pdf?sequence=1)> Acesso em: 29 Set 2017.

<sup>40</sup>ALVES, Giovanni. *A terceirização e capitalismo no Brasil: Um par perfeito*. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/71031/005\\_alves.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/71031/005_alves.pdf?sequence=1)> Acesso em: 29 Set 2017.

a corrupção da coisa pública agrava ainda mais esse problema, pois se tornou comum o descaso e o superfaturamento de contratos de terceirizados dentro do Setor Público<sup>41</sup>.

Observando os impactos negativos que a terceirização proporciona nas relações de trabalho, nota-se que a má aplicação desse mecanismo lesiona o âmbito trabalhista, pois serve como propulsor para a precariedade das relações de trabalho, considerando que em uma relação terceirizada de fato, já se torna uma relação frágil, e a inexistência de vínculos entre o empregado terceirizado e o tomador de serviços dificulta um bom relacionamento neste ambiente de trabalho, e também reflete nas relações sociais nesse mesmo local.

Portanto, de fato é possível entender que a terceirização influencia no crescimento econômico, mas é inevitável não considerar que ao flexibilizar os contratos de trabalho em relações terceirizadas não eficazes, e não fiscalizadas, esse mecanismo deixa de ser eficaz e se torna precário, dificultando às relações de trabalho.

## **5 A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO PELA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR**

Ao flexibilizar normas trabalhistas através da terceirização ocasionou-se muitos prejuízos, principalmente para o trabalhador, tanto laborativos como sociais, o quais diante da necessidade de inclusão, e de sobrevivência passou a aceitar esses prejuízos como uma espécie de normalidade, o que vem denegando sua dignidade.

Essa precarização resultante da terceirização influencia também na vida social desse trabalhador, oriundos de um plano de fundo com crescente processo de individualização do trabalho, devemos considerar a ruptura dos laços de solidariedade em um ambiente de trabalho, resultado do adoecimento psíquico, que pode favorecer o suicídio no local de trabalho<sup>42</sup>.

Uma pessoa, quando se torna doente psicologicamente causa diversos danos a si mesmo, e no ambiente de trabalho não é diferente, essa individualização do trabalho, ligada ao assédio moral reflete de forma negativa ao psicológico desse trabalhador, que se sente inferiorizado como uma peça no ambiente de trabalho, o que desconstrói o sentido do trabalho.

Entende-se que os reflexos da precarização das relações de trabalho também influencia negativamente o contexto social que esse trabalha-

<sup>41</sup>ALVES, Giovanni. *A terceirização e capitalismo no Brasil*: Um par perfeito. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/71031/005\\_alves.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/71031/005_alves.pdf?sequence=1)> Acesso em: 29 Set 2017.

<sup>42</sup>ANTUNES, Ricardo. PRAUN, Luci. *A sociedade dos adoecimentos no trabalho*. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 123, jul./set. 2015, pp. 407-427.



dor convive, pois é comum vivenciarmos inúmeras formas de desigualdade, agravos a saúde, o desemprego, a ausência de sistemas que proporcionam a proteção social, a fome, desigualdades estas que vem aumentando constantemente a vulnerabilidade das relações sociais<sup>43</sup>.

A terceirização influencia nas relações sociais através de seus problemas políticos, sociais e econômicos, os quais foram concretizados diante da evolução do capitalismo com a classe operária, que fortaleceu a ideia de que a questão social envolvida nessa relação precária do trabalho é o resultado de conflitos entre capital e trabalho<sup>44</sup>.

Quando procuramos alternativas para solução desses problemas, nota-se que o Estado não se vê mais capaz de resolver, pois consegue enxergar apenas o que a terceirização trouxe de positivo, desconsiderando qualquer outro ponto que não o favorece.

Apesar da existência do benefício previdenciário os trabalhadores adoecem, aumentando a situação de vulnerabilidade social, através do sofrimento que decorre de sua incapacidade física e psíquica, que possui como base o preconceito de se ter um trabalhador doente no ambiente de trabalho, preconceito este construído por seus colegas ou pela chefia<sup>45</sup>.

As crises econômicas influenciam os governos a tomarem atitudes em relação à economia, visando lucros e diminuição de gastos, tentando se adaptar a esse cenário de crises. Porém, essas mudanças deterioram as condições sociais, através da expansão dos trabalhadores em ambientes com condições precárias de trabalho, o desmantelamento das políticas sociais pelo serviço público, o que desconsidera o Bem-Estar Social de todos os indivíduos<sup>46</sup>.

Com a “acumulação flexível<sup>47</sup>” houve a ruptura dos padrões de proteção social, através da desregulamentação dos direitos, com capitalismo im-

<sup>43</sup>RODRIGUES, Priscila Françoise Vitaca. BELLINI, Maria Isabel Barros. Organização do trabalho e as repercussões na saúde do trabalhador e sua família. *Textos & Contextos (Porto Alegre)*, v. 9, n. 2, ago./dez. 2010, pp. 345-357.

<sup>44</sup>RODRIGUES, Priscila Françoise Vitaca. BELLINI, Maria Isabel Barros. Organização do trabalho e as repercussões na saúde do trabalhador e sua família. *Textos & Contextos (Porto Alegre)*, v. 9, n. 2, ago./dez. 2010, pp. 345-357.

<sup>45</sup>RODRIGUES, Priscila Françoise Vitaca. BELLINI, Maria Isabel Barros. Organização do trabalho e as repercussões na saúde do trabalhador e sua família. *Textos & Contextos (Porto Alegre)*, v. 9, n. 2, ago./dez. 2010, pp. 345-357.

<sup>46</sup>RODRIGUES, Priscila Françoise Vitaca. BELLINI, Maria Isabel Barros. Organização do trabalho e as repercussões na saúde do trabalhador e sua família. *Textos & Contextos (Porto Alegre)*, v. 9, n. 2, ago./dez. 2010, pp. 345-357.

<sup>47</sup>David Haver conceitua “A acumulação flexível, como vou chamá-la, é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimentos de serviços financeiros, novos mercados, e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional”. HAYER, David. *Condição pós moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adali Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Editora Loyola, 2008. p. 140.

pondo novas regras, e o Estado, contribuindo com esse sistema, se eximindo do papel de fornecer políticas sociais, que seriam capazes de minimizar a exclusão social, o que precarizou ainda mais o mundo do trabalho<sup>48</sup>.

Esses problemas sociais, são reflexos da precariedade das relações de trabalho que influencia na vida desse trabalhador, que sofre com a erosão dos sistemas de proteção social, aumentando a vulnerabilidade das relações sociais e trabalhistas, e nesse cenário o desemprego, favorece a existência de empregos precários, consequência da submissão dos trabalhadores ao mercado de trabalho atual.

Assim, entende-se que o desemprego se tornou um grave problema social, resultado este das relações precárias, os quais tendem a piorar considerando os agravantes. As crises econômicas e sociais vêm se prolongando ao passar dos anos, e a redução de emprego se tornou uma alternativa para as empresas em reduzir despesas, e se manter no mercado.

Diante da imensidão de desempregados, o mercado de trabalho passou a exigir mais de seus candidatos, e estabelecendo condições desfavoráveis ao trabalhador, o qual está encurralado pela necessidade de sobrevivência, se vem obrigado a aceitar qualquer tipo de emprego, mesmo que isso afete sua dignidade.

Em relações terceirizadas, o desemprego é ainda mais frequente, se considerando que na grande maioria se trata de trabalhos temporários, que não oferecem estabilidade, apenas podem usufruir de um ambiente totalmente inseguro, não tendo uma perspectiva de crescimento, rodeados de fatores que o denigre como indivíduo, e com suas condições laborais reduzidas a um ambiente precário.

Para um ambiente de trabalho se tornar saudável, é necessário existir o respeito e favorecer relações de solidariedade e cooperação no cotidiano laborativo, os quais são essenciais manter uma boa saúde e segurança para os trabalhadores, mas nesse novo contexto de flexibilização trabalhista, os trabalhadores estão presos a um sistema de competição predatória das empresas, que é altamente valorizado pela sociedade empresarial e comercial<sup>49</sup>.

Portanto, a precarização influencia tanto no ambiente de trabalho como na vida social desses indivíduos, principalmente com relação a sua família e a comunidade em que convive. A terceirização não atende as necessidades do trabalhador, apenas o diminuiu como indivíduo, pois a taxa como um ser inferior em relação aos outros trabalhos, o que deteriora a dignidade

<sup>48</sup>RODRIGUES, Priscila Françoise Vitaca. BELLINI, Maria Isabel Barros. Organização do trabalho e as repercussões na saúde do trabalhador e sua família. *Textos & Contextos (Porto Alegre)*, v. 9, n. 2, ago./dez. 2010, pp. 345-357.

<sup>49</sup>RODRIGUES, Priscila Françoise Vitaca. BELLINI, Maria Isabel Barros. Organização do trabalho e as repercussões na saúde do trabalhador e sua família. *Textos & Contextos (Porto Alegre)*, v. 9, n. 2, ago./dez. 2010, pp. 345-357.

desse trabalhador, descaracterizando assim o sentido do trabalho, o qual deveria ter como objetivo integrar todos de forma igualitária, não o diminuir dentro de uma sociedade.

## 6 CONCLUSÃO

Portanto, diante do estudo apresentado é visível a importância de princípios e normas para reger as relações humanas em comunidade, principalmente ao considerarmos as relações de trabalho. O princípio da dignidade da pessoa humana possui essa função de impor o respeito e harmonizar as relações, em um cenário trabalhista isso não seria diferente.

As pessoas buscam se integrar à sociedade em que convive, alcançando esse objetivo através de seu trabalho, o qual irá direcioná-las a sobreviver dignamente. O sentido do trabalho de fato é um propulsor para estimular o indivíduo a buscar melhores condições de vida, influenciando a encontrar um trabalho em que haja respeito, e possa contribuir para sua evolução moral e social.

As relações de trabalhos estão evoluindo constantemente, diante das novas formas de flexibilização de trabalho, as quais temos como exemplo a terceirização como mencionado. Entende-se que esses mecanismos de flexibilização não se tornaram boas soluções, pois o resultado colhido apenas fortalece a ideia de que se tornou algo prejudicial as relações de trabalho.

A necessidade de impor novas oportunidades de trabalho através da flexibilização trabalhista desordenada, a qualquer custo, trouxe resultados desastrosos, considerando o cenário precário o qual se encontra os ambientes de trabalho terceirizados. As relações de trabalho já não são as mesmas, pois não há mais eficácia de direitos fundamentais como o princípio da dignidade. Através da flexibilização do trabalho ocorre também a flexibilização de direitos trabalhista, o que demonstra o quanto o direito do trabalho está retrocedendo em suas conquistas.

Enquanto a sociedade não aceitar que a flexibilização das normas trabalhistas como a terceirização não viável, não encontramos soluções para melhorar as relações de trabalho e acabar com os empregos precários. Torna-se difícil detectar um problema quando não existe interesse em resolver, a força dos trabalhadores se enfraqueceu diante da necessidade de sobrevivência, o qual os obriga a aceitar condições de trabalho indignas, para alcançar o sustento a sua família, do que correr o risco de não ter trabalho algum.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Manual de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus. 2008.
- ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Ed. Boitempo. 2006.
- \_\_\_\_\_. PRAUN, Luci. *A sociedade dos adoecimentos no trabalho*. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 123, jul./set. 2015, pp. 407-427.
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária. 2005.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 25 Mar 2017.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 13.429 de 2017, de 31 de março de 2017*. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília, 31 de março de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm)> Acesso em: 04 Abr 2017.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2010.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo. Ed. LTr. 2014.
- DRUMOND, Valeria Abritta Teixeira. *O papel do trabalho na construção da identidade do trabalhador*. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D2-11.pdf>> Acesso em: 06 Abr 2017.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: Ed. LTr. 2009.
- GUERRA, Sidney. *Direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2014.
- HAVEY, David. *Condição pós moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultura*. Tradução de Adali Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Editora Loyola, 2008.
- LEMISZ, Ivone Ballao. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio>>

-da-dignidade-da-pessoa-humana> Acesso 25 Mar 2017.

MANDARINI, Marina Bernardo. ALVES, Amanda Martins. STICCA, Marina Gregghi. Terceirização e impactos para a saúde e trabalho: uma revisão sistemática da literatura. *Revista Psicologia: Organizações e Trabalho*, n. 16(2), abr./jun. 2016, pp. 143-152.

MENDES, Jerônimo. *O sentido do trabalho*. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/carreira/o-sentido-do-trabalho/37324/>> Acesso em 25 Mar 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARI, Irany. FILHO, Ives Granda da Silva Martins. *História do trabalho do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr. 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: Ed. LTr. 2014.

NICOLAU, Maira Ceschin. *A efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho*. Disponível em: <<http://www.direito-net.com.br/artigos/exibir/7368/A-efetividade-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-nas-relacoes-de-trabalho>> Acesso em 25 Mar 2017.

RODRIGUES, Priscila Françoise Vitaca. BELLINI, Maria Isabel Barros. Organização do trabalho e as repercussões na saúde do trabalhador e sua família. *Textos & Contextos (Porto Alegre)*, v. 9, n. 2, ago./dez. 2010, pp. 345-357.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2010.

SILVA, Rogerio Geraldo da. *A terceirização no Brasil e a súmula 331 do TST*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10278](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278)> Acesso em 04 Abr 2017.



# A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO EFICAZ NA SOLUÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

*Daiane Maiara Piovezana<sup>1</sup>*

*Lanaira da Silva<sup>2</sup>*

*Caio Fernando Gianini Leite<sup>3</sup>*

---

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo conceituar a mediação e avaliá-la como instrumento eficaz na resolução de conflitos advindos da prática da alienação parental. Nesta espécie de guerra conjugal, configura-se um fenômeno chamado de Síndrome da Alienação Parental – SAP. Neste artigo, far-se-á uma conceituação desse fenômeno, sendo que o foco do trabalho está na afirmação que a mediação é mais benéfica do que a judicialização destes conflitos, e que o instrumento da mediação busca o reestabelecimento do vínculo afetivo entre as partes, e não apenas um “acordo”, reestabelecimento este que é essencial para que os alienadores entendam o quanto um ato de alienação pode ser prejudicial para seus filhos. Por fim, a partir de uma sucinta análise acerca deste tema, apresentar-se-ão as conclusões pertinentes acerca do presente estudo, buscando-se demonstrar que a mediação é a forma mais eficaz na resolução de conflitos advindos da prática da alienação parental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação. Alienação Parental. Resolução de Conflitos. Reestabelecimento do Vínculo Afetivo.

**ABSTRACT:** The present study aims to conceptualize mediation and to evaluate it as an effective instrument in the resolution of conflicts arising from the practice of parental alienation. In this kind of conjugal war, a phenomenon called the Parental Alienation Syndrome (SAP) is formed. In this article, a conceptualization of this phenomenon will be made, with the focus of the work being on the affirmation that mediation is more beneficial than the judicialization of these conflicts, and that the instrument of mediation seeks the reestablishment of the affective bond between the parties, not just

---

<sup>1</sup>Acadêmica do X Termo do curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES. E-mail: daayh\_jna@hotmail.com

<sup>2</sup>Mestre em Direito Público pela Unisinos. Docente no curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES. Correio eletrônico: lanaira75@gmail.com

<sup>3</sup>Professor, Advogado, Especialista em Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em direito constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, Núcleo Bauru/SP. E-mail: caiogianini@bol.com.br

an “agreement”, a reestablishment that is essential for the alienators to understand how an act of alienation can be harmful to their children. Finally, from a brief analysis on this topic, we will present the pertinent conclusions about the present study, trying to demonstrate that mediation is the most effective way to resolve conflicts arising from the practice of parental alienation.

**KEY WORDS:** Mediation. Parental Alienation. Conflict resolution. Reestablishment of Affective Bond.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A história do conceito da síndrome da alienação parental; 2.1 Comentários gerais à lei 12.318/2010; 2.2 O veto à mediação nos casos de alienação parental no Brasil; 3 Mediação como meio de reestabelecer a comunicação nas relações de afeto; 3.1 Superação do litígio como forma de dissolução da alienação parental: o papel da mediação; 4 Considerações Finais; Referências

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo avaliar o instituto da mediação como instrumento eficaz na solução de conflitos decorrentes da alienação parental.

É de extrema importância o assunto tratado, haja vista o contexto em que ele se insere, a família. Podemos tomar como base o artigo 226<sup>4</sup>, caput, da Constituição Federal de 1988 que dispõe que a família tem especial proteção do Estado, bem como o artigo 227<sup>5</sup> que confere os direitos das crianças e adolescentes como sendo direitos fundamentais, de proteção integral, trazendo assim uma igualdade extremamente determinante entre pais e filhos.

Também deve ser levado em consideração que a Constituição Federal assegura que o Estado tem o dever de garantir às crianças e adolescentes os direitos fundamentais específicos, sendo eles: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de deixá-los ressalvados de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Há vários fatos que causam a dissolução do casamento, tendo aqui o rompimento do vínculo afetivo, aí busca-se um “culpado” e os filhos são

---

<sup>4</sup>“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

<sup>5</sup>“Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”



usados como “armas” pelos pais para atingirem uns aos outros.

Então, em 26 de agosto de 2010 surge a lei que dispõe sobre a alienação parental, que tem como principal objetivo assegurar o menor sofrimento da criança e adolescente envolvidos em uma dissolução conjugal. Aqui, se vê necessário um instrumento que possa transformar condutas, qual seja, a mediação, que vai trabalhar diminuindo os conflitos entre os pais, mas principalmente em prol da criança e do adolescente.

O presente trabalho abordará a importância e a grande eficácia da mediação para casos em que ocorre a alienação parental, posto que o processo da mediação tem muita importância para o fortalecimento de vínculos, ou seja é uma porta de acesso à justiça que tem como objetivo reestabelecer vínculos, casos esse extremamente necessários em conflitos advindos da prática do ato da alienação parental.

Por fim, a partir de uma sucinta análise acerca deste tema, apresentar-se-ão as conclusões pertinentes acerca do presente estudo, buscando-se demonstrar que a mediação é a forma mais eficaz na resolução de conflitos advindos da prática da alienação parental.

## 2 A HISTÓRIA DO CONCEITO DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Primeiramente, é necessário constatar que a Síndrome da Alienação Parental foi estudada por Richard Gardner, professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, e diagnosticada como sendo uma patologia conhecida como SAP – Síndrome da Alienação Parental<sup>6</sup>:

Um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável<sup>7</sup>.

<sup>6</sup>GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> Acesso em: 18 maio. 2017.

<sup>7</sup>GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> Acesso em: 18 maio. 2017.

A síndrome da alienação parental pode ser definida como uma perturbação da infância, que acontece quando os pais se divorciam.

Em nosso ordenamento jurídico a alienação parental foi regulamentada através da lei nº 12.318/10. A lei definiu alienação parental em seu artigo. 2º:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avôs ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculo com este.

Pode-se definir essa alienação parental como sendo a forma que um dos genitores usa para induzir a criança, interferindo assim na formação do seu desenvolvimento psicológico.

Ainda, nos ensinamentos de Jorge Trindade, no que se refere à alienação:

É um processo que consiste em programar uma criança ou adolescente para, sem motivo, odiar o pai ou a mãe, até o ponto de que a própria criança ou adolescente ingressa nessa alsa trajetória de desconstrução do outro<sup>8</sup>.

Gardner, o criador da patologia denominada como SAP – Síndrome da Alienação Parental, foi psiquiatra forense e um dos seus trabalhos era fazer avaliação de crianças em que suas famílias estivessem passando pelo divórcio. Durante essas avaliações, começou a notar que crescia progressivamente o número de crianças que demonstravam rejeição em relação a um dos pais, sentimento este que, que não existia quando não se tinha o processo de separação litigiosa<sup>9</sup>.

De início, pensou em se tratar de um tipo de lavagem cerebral feita por parte de um dos genitores para denegrir a imagem do outro, porém, posteriormente, Gardner concluiu que não se tratava apenas de uma lavagem cerebral, e então passou a utilizar o termo Síndrome da Alienação Parental para explicar referidos acontecimentos.

No decorrer de seus estudos, Gardner constatou que a síndrome acontecia, na maioria dos casos, pela mãe da criança e usou como justificativa o fato de que no ano de 1970 o tratamento legal acerca do divórcio deixou

<sup>8</sup>TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 26.

<sup>9</sup>GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> Acesso em: 18 maio. 2017.

de priorizar a mulher quanto à guarda dos filhos e instituiu a guarda compartilhada, observando o que seria melhor para a criança. Assim, como as mães ficavam descontentes com tal situação, passaram a utilizar estratégias “malévolas” para que continuassem a ser beneficiadas. E assim, começava a prática da alienação parental<sup>10</sup>.

Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

A síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor<sup>11</sup>.

Essa situação é comum no cotidiano dos casais que se separam, haja vista que, um dos genitores, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, e usa como “arma” denegrir a sua imagem perante ao outro genitor. Cria-se, nesses casos, em relação ao menor, a situação conhecida como “órfão de pai vivo”. Ou seja, a criança tem pai e mãe, porém é como se um não estivesse vivo, pelo simples fato de não lhe dar atenção, carinho, amor<sup>12</sup>.

Pode-se concluir que a alienação parental é uma maneira que os genitores possuem de interferir no psicológico da criança ou adolescente, e tem como principal finalidade causar sentimentos negativos a parte que for agredida, ficando assim afetado o direito fundamental da criança ou adolescente de ter um convívio familiar tranquilo e saudável.

## 2.1 Comentários gerais à lei nº 12.318/2010

Em 26 de agosto de 2010 entrou em vigor a Lei nº 12.318, que dispõe acerca da Alienação Parental. Sobre o artigo 1º, nos ensinamentos de

<sup>10</sup>GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> Acesso em: 18 maio. 2017.

<sup>11</sup>DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. São Paulo: RT, 2008. p. 52.

<sup>12</sup>NOGUEIRA, Vicente Fernanda. NOGUEIRA, Vicente Felipe. *Alienação Parental nos casos de divórcio judicial*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3747>> Acesso em: 18 maio. 2017.

Douglas Phillips Freitas é importante ressaltar o seu entendimento, o autor entende que:

[...] embora haja a máxima de que a legislação não promove mudança de comportamento, historicamente, leis que instituíram a obrigatoriedade do cinto de segurança, ou majoraram a punição para o consumo de álcool antes de dirigir, tiveram profundo impacto social e que no caso da Lei de Alienação Parental, além de oficialmente assinalar à população em geral, inclusive aos operadores de direito, a existência desta síndrome e formas de combatê-la, também promoverá grande impacto jurídico-cultural<sup>13</sup>.

Fica claro que independente das causas que desacorrentaram a alienação parental, o alienador é ciente de que sua conduta é tutelada por uma lei específica.

Como já exposto no capítulo acima, em seu artigo 2º, a lei traz o conceito legal da Síndrome da alienação parental, sendo definido da seguinte forma:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Ou seja, trata-se de um conjunto de condutas que visam modificar a consciência do filho em relação ao outro genitor (alienado), e que tem como objetivo dificultar, diminuir ou impedir os vínculos afetivos entre estes.<sup>14</sup> Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias: “a Síndrome de Alienação Parental pode ser chamada de implantação de falsas memórias, pois o alienador passa a inculcar no filho falsas ideias sobre o outro genitor, implantando por definitivo as falsas memórias”.<sup>15</sup> Podemos elencar alguns atos que podem ser chamados de alienadores, como por exemplo, quando o genitor passa a distorcer os recados deixados para ambos, quando deixa de comunicar ao outro as atividades escolares para que o outro genitor não compareça, quando recusa a passar as chamadas telefônicas, ou até mesmo mudar de número, na tentativa de romper o contato entre ambos. Sempre tentando implantar falsas

<sup>13</sup>FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 35.

<sup>14</sup>GAUDIOSO, Guimarães Laura Ana. *Alienação parental: a mediação deveria ser utilizada com alternativa de solução do conflito?* Disponível em: <[http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA\\_LAURA.pdf](http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA_LAURA.pdf)> Acesso em: 04 set. 2017.

<sup>15</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 409.

memórias na cabeça da criança, e faz tudo isso com a finalidade específica de afastar o filho do genitor.

Importante ressaltar que podemos elencar como sujeitos ativos da alienação parental, não somente os pais, mas qualquer pessoa que tenha a guarda ou vigilância do menor, como por exemplo, os avós. Deve ser assegurado o direito de convivência do menor com toda a família, não se restringindo apenas aos pais. Vejamos a decisão abaixo, apreciada pela Câmara, devido à inconformidade dos avós com a decisão que suspendeu as visitas ao neto menor de idade:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. AVÓS PATERNOS VERSUS MÃE. SUSPENSÃO DAS VISITAS DOS AVÓS. REFLEXO DA CELEUMA VIVIDA PELOS AVÓS PATERNOS E A MÃE DO MENOR DE IDADE, ATENDENDO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA ENVOLVIDA. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70052418043, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 28/03/2013) Data de Julgamento: 28/03/2013. Publicação: Diário da Justiça do dia 02/04/2013<sup>16</sup>.

No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público:

(...) no mérito, insurgem-se os agravantes contra a decisão que suspendeu o direito de visitas ao menor de idade. Não merece reparo a decisão recorrida. Inobstante as afirmações dos recorrentes, não há prova substancial que evidencie a inexistência de atos de alienação parental. Pelo contrário, a admitida litigiosidade entre os avós e a genitora da criança indica a razoabilidade de manter suspensas as visitas e o acerto da decisão de primeiro grau. Ademais, conquanto encerrada a instrução do processo de reversão da guarda, não há elementos comprobatórios das acusações de negligência no trato do menor imputadas à genitora e tampouco, nos 22 limites da demanda, de que o prêmio do seguro DPVAT teria sido indevidamente resgatado pela agravada. Como se sabe, no caso de ocorrência de morte do segurado, a indenização deve ser paga de acordo com o disposto no art. 792 do Código Civil, ou seja, na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, o capital segurado é pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem de vocação hereditária. Sendo assim, tendo em vista que nenhuma das alegações veio amparada por respaldo probatório, revela-se prudente a manutenção da suspensão ao direito de visitas determinada na deci-

<sup>16</sup> Agravado de Instrumento Nº 70052418043, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 28/03/2013). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112800904/agravo-de-instrumento-ai-70052418043-rs/inteiro-teor-112800914>> Acesso em: 04 set. 2017.

são recorrida. (...)¹⁷.

A Lei tem como finalidade proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente que são vítimas da alienação parental, isso é o que nos diz o artigo 3º da referida lei, vejamos:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Resta demonstrado que a ofensa ao direito fundamental da criança e o descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental, constitui abuso moral.

O artigo 4º da referida Lei, dispõe que quando é identificado indícios de que está ocorrendo a alienação parental, o Juiz dará tramitação prioritária ao processo, com a ajuda do representante do Ministério Público, e promoverá medidas assecuratórias cabíveis afim de preservar a integridade psicológica da criança e em defesa do genitor alienado, viabilizando a efetiva reaproximação entre ambos.

Ainda, de acordo com o parágrafo único, é possível, por exemplo, fixar um período de convivência assistido, sendo viável a suspensão de visitar ou inversão da guarda somente em casos extremos, em que esteja comprovado o risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional competente¹⁸.

Assim:

Ementa: DIREITO DE VISITAS. PAI. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO. POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 1. Como decorrência do poder familiar, o pai não-guardião tem o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação, de forma a estabelecer com ela um vínculo afetivo saudável. 2. A mera suspeita da ocorrência de abuso sexual não pode impedir o contato entre pai e filha, mormente quando existe laudo de estudo social sugerindo a ocorrência de processo de alienação parental. 3. As visitas ficam mantidas conforme 23 estabelecido, com assis-

---

¹⁷ Agravo de Instrumento Nº 70052418043, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 28/03/2013). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112800904/agravo-de-instrumento-ai-70052418043-rs/inteiro-teor-112800914>> Acesso em: 04 set. 2017.

¹⁸ GAUDIOSO, Guimaraes Laura Ana. *Alienação Parental: a mediação deveria ser utilizada com alternativa de solução do conflito?* Disponível em: <[http://fapam.web797.ghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA\\_LAURA.pdf](http://fapam.web797.ghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA_LAURA.pdf)> Acesso em: 04 set. 2017.

tência e intermediação de Oficial de Justiça e membro do Conselho Tutelar, com o que restará assegurada a integridade física e psicológica da menor durante o convívio com o genitor. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70051595841, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 12/12/2012)

Data de Julgamento: 12/12/2012. Publicação: Diário da Justiça do dia 14/12/2012<sup>19</sup>.

Em seu artigo 5º, é disposto que a alienação parental pode ser identificada tanto em ação autônoma quanto em ação incidental. Então, é cediço que, por exemplo, nas ações que versam sobre regularização de guarda, alimentos, divórcio, pode ser discutido de forma incidental a ocorrência da prática da alienação parental, e uma vez apurado que houve indício da alienação parental, o juiz, determinara que seja feito a perícia psicológica ou biopsicossocial para que seja averiguado os fatos.

Aqui, se vê necessário a ajuda de um profissional que tenha conhecimentos técnicos ou científicos na área, para que assim o juiz possa ter certeza dos fatos.

O artigo 6º dispõe acerca da possibilidade de ampla utilização, pelo juiz, de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos de acordo com a gravidade da situação. Vale ressaltar, que de acordo com a própria Lei, as medidas que são aplicadas não excluem a responsabilização do agente na esfera civil e penal, quando for o caso. Desta forma, trata-se de rol exemplificativo, podendo o juiz utilizar outras medidas que em seu ponto de vista, serão mais eficazes para cessação do ato<sup>20</sup>.

Em seu inciso primeiro, é elencado a possibilidade do Juiz declarar a ocorrência da alienação parental e advertir o alienador, para que o mesmo tente minorar a prática da alienação parental.

Já no inciso segundo, é aconselhável que o regime de convivência familiar seja ampliado em favor do genitor alienado, haja vista que assim, este poderá passar mais tempo com seu filho, tendo a possibilidade de estreitar os vínculos de afeto com o mesmo.

No inciso terceiro, é elencado acerca da estipulação de multa ao alienador, estipulação esta que é perfeitamente cabível para cessar os casos em que o genitor se utiliza de atos que dificultam a harmonia do convívio entre

<sup>19</sup>Agravo de Instrumento Nº 70051595841, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 12/12/2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22362600/agravo-de-instrumento-ai-70049836133-rs-tjrs>> Acesso em: 04 set. 2017.

<sup>20</sup>GAUDIOSO, Guimaraes Laura Ana. *Alienação Parental: A mediação deveria ser utilizada com alternativa de solução do conflito?*. Disponível em: <[http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA\\_LAURA.pdf](http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA_LAURA.pdf)> Acesso em: 04 set. 2017.

o filho e outro genitor alienado. Desta forma, quando há uma obrigação imposta que não foi devidamente cumprida, o juiz pode estipular a aplicação de multa. Como bem nos ensina Douglas Phillips Freitas, “o valor da multa deve ser compatível com as condições financeiras do alienante, para que não haja o seu empobrecimento, ou o enriquecimento do genitor alienado e ainda que a ordem judicial não seja ridicularizada<sup>21</sup>”.

Em seu inciso quarto, dispõe que o juiz poderá determinar que haja o acompanhamento psicológico ou biopsicossocial para que seja averiguado os fatos.

Já no inciso quinto, caso haja necessidade, o juiz poderá alterar a guarda para guarda compartilhada ou sua inversão, com a finalidade de cessar os atos decorrentes da alienação parental. Como já disposto acima, caso o juiz verifique a alienação por parte de ambos os genitores, ele poderá conceder aos avós, a guarda provisória.

Quanto ao inciso sexto, é rotineiro, e pode ser considerado como prática da alienação parental, a mudança de endereço sem qualquer comunicação com o intuito de romper o contato entre o filho e o outro genitor. Desta forma, o juiz, para impedir que ocorram tais atitudes, pode determinar a fixação do domicílio do menor, fazendo assim com que nenhum dos genitores perca o contato com o filho.

No que tange ao inciso sétimo, o juiz poderá declarar a suspensão da autoridade parental.

No artigo sétimo da referida Lei, é elencado que quando não for possível a aplicação da guarda compartilhada, o genitor que tenha se mostrado disposto a viabilizar a guarda e a convivência com o outro genitor que será beneficiado com a guarda da criança, fazendo assim com que o menor não perca os laços afetivos com nenhum dos pais.

Sobre o previsto no artigo oitavo, o foro competente para apreciar a causa é o domicílio do menor, contudo, se houver indícios de que a alteração do domicílio foi intencional para prejudicar o andamento processual ou até mesmo para afastar o filho do outro genitor, este deverá ser desconsiderado, devendo o juiz determinar a fixação cautelar do domicílio<sup>22</sup>.

Então, pode-se concluir que a Lei 12.318/2010 preenche a lacuna no que se refere à proteção psicológica do menor, haja vista que ao dispor sobre a alienação parental vem controlar esse tipo de comportamento tão prejudicial à formação da criança e adolescente e ampliar a proteção integral

<sup>21</sup>FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 43.

<sup>22</sup>GAUDIOSO, Guimarães Laura Ana. *Alienação Parental: a mediação deveria ser utilizada com alternativa de solução do conflito?* Disponível em: <[http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA\\_LAURA.pdf](http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA_LAURA.pdf)> Acesso em: 04 set. 2017.



ofertada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Não devemos esquecer que a Constituição Federal dispõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>23</sup>.

## 2.2 O veto à mediação nos casos de alienação parental no Brasil

O artigo 9º da referida lei exposta no tópico acima, foi vetado pelo Presidente da República por meio da Mensagem nº 513, quando de sua promulgação. O artigo 9º previa expressamente a possibilidade de submeter o litígio à mediação e seu veto excluiu a possibilidade das partes buscarem medidas alternativas para a solução de conflitos. A mediação, que seria feita por profissionais habilitados, indicados pelas partes com a assessoria do Ministério Público, Juízes, e dos Conselhos Tutelares, não violaria o artigo 227 da Constituição Federal ou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao contrário do que foi mencionado nas razões do veto. Essa interpretação aparentemente desconsiderou o § 3º do artigo 9º:

[...] Art. 9º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial. § 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente. § 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental. § 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial. [...]

O projeto de lei originalmente tinha dispositivo que possibilitava às partes envolvidas no litígio utilizar-se da mediação como forma de solucionar o conflito antes de se instaurar o processo judicial. O mediador poderia ser escolhido pelas partes e o termo de ajustamento de condutas resultante

<sup>23</sup> Filho, Joaquim Azevedo Lima. *Alienação Parental segundo a lei 12.318/2010*. Disponível em: <<https://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010>> Acesso em: 28 ago. 2017.

da mediação seria analisado pelo Ministério Público e levado para homologação judicial. O dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que o direito à convivência familiar é indisponível por força de norma constitucional (artigo 227/CF). Assim, segundo as razões do veto, o direito em tela não poderia ser apreciado em sede extrajudicial. Ainda seguindo esse raciocínio, a mediação também contrariaria o princípio da intervenção mínima previsto no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que cabe ao pai e a mãe, de igual modo, exercer o poder familiar<sup>24</sup>.

A mediação não se presta para acobertar ilegalidades, uma vez que a utilização do referido método não permitiria o descumprimento do direito, visto que é legalmente vedado que o acordo mediado afronte dispositivo constitucional, sob pena de ser considerado inválido, pois o parágrafo 3º do artigo vetado dispunha que, após o procedimento de mediação, o termo resultante seria levado ao crivo do Ministério Público e do Poder Judiciário, podendo haver ou não a homologação do documento. Fica expressa a crítica de Maria Berenice dias:

De forma para lá de desarrazoada foram vetados dois procedimentos dos mais salutares: a utilização da mediação e a penalização de quem apresenta relato falso que possa restringir a convivência do filho com o genitor. Assim a lei que vem com absoluto vanguardismo deixa de incorporar prática que tem demonstrado ser a mais adequada para solver conflitos familiares<sup>25</sup>.

Sem dúvidas, se faz necessário solucionar o problema antes que o mesmo se agrave, tendo em vista que quando o conflito está começando ainda há como solucionar o problema de maneira mais fácil, porque com o passar do tempo às brigas se agravam e as partes se tornam mais resistentes, fazendo assim, surgir à necessidade de adoção de medidas que realmente surtam resultados, seja na prevenção ou recuperação dos envolvidos<sup>26</sup>.

A alienação parental impede o genitor alienado de participar da criação e educação do filho, excluindo assim seu direito de exercer o poder familiar. Certamente, a mediação estaria respeitando o princípio da intervenção mínima, haja vista que o intuito da mediação não busca em si que haja um “acordo”, mas sim fazer com que as pessoas envolvidas no conflito enten-

<sup>24</sup>PEREZ, Elizio Luiz. *Breves comentários acerca da lei da alienação parental (lei nº 12.318/2010)* In: DIAS, M.B. (coord.). *Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver*, 2ª Ed., São Paulo, 2010. p. 60.

<sup>25</sup>DIAS, Maria Berenice. *Alienação Parental: uma nova lei para um velho problema!* Disponível em: <://www.mariaberenice.com.br/uploads/alienae%7%E3o\_parental\_-\_uma\_nova\_lei\_para\_um\_velho\_problema.pdf.> Acesso em 28 ago. 2017.

<sup>26</sup> GAUDIOSO, Guimarães Laura Ana. *Alienação Parental: a mediação deveria ser utilizada com alternativa de solução do conflito?* Disponível em: <http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA\_LAURA.pdf> Acesso em: 28 ago. 2017.

dam o que está acontecendo e procurem uma forma de solucionar o problema, evitando assim, a judicialização dos conflitos.

A mediação não deve ser vista como um método extrajudicial de solução de litígios, haja vista que, diferente desses, ela não visa um acordo de vontades, embora o objetivo, mas sim o restabelecimento do diálogo entre ambos os envolvidos, fazendo assim com que eles possam buscar juntos soluções para suas controvérsias.

Nas palavras do Dr. Elizio Perez<sup>27</sup>, um dos maiores estudiosos do tema da alienação parental:

[...] considero que a mediação pode trazer importantes contribuições, em muitos casos. Lamentavelmente, o artigo do projeto de lei da alienação parental que tratava da mediação e tinha por objetivo intensificar sua aplicação foi vetado. Isso, no entanto, não impede que a mediação continue sendo aplicada. As soluções eventualmente decorrentes de processos de mediação são claramente mais consistentes, pois há maior espaço para comunicação e análise das questões efetivamente envolvidas no dissenso; há a possibilidade de construção de saídas conjuntas e com o atributo de compreenderem contribuição pessoal dos envolvidos<sup>28</sup>.

Não se pode falar em violação ao direito indisponível, tendo em vista que em uma decisão judicial, que fica estabelecida a guarda da criança a um dos genitores e possibilidade de visitação ao outro não fica assegurado a incoerência de alienação parental, afinal, o estabelecimento da guarda decorre da vontade do juiz ao apreciar os fatos apresentados no processo, diferentemente do que ocorre na mediação, onde é possibilitado às partes decisões visando unicamente o melhor interesse dos envolvidos.

Ainda, se houvesse um possível acordo advindo da mediação, este seria analisado pelo Ministério Público, para só a partir daí ter a homologação do Magistrado, o que, por obvio, impossibilitaria a violação aos direitos da criança e do adolescente, uma vez que, se fosse constatado algo neste sentido, justificada estaria a não homologação do acordo. Portanto, não pode se falar em violação aos direitos pelo simples fato do acordo ter por origem a mediação.

Neste sentido, Marcântonio e Wust, afirmam:

[...] lastimável o veto à mediação no que concerne aos litígios decor-

<sup>27</sup>Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Famílias – Janeiro de 2011. *Entrevista sobre alienação parental*. Disponível em: <<https://danielabertolierovertrice.wordpress.com/tag/12318/>> Acesso em: 10 set. 2017.

<sup>28</sup>Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Famílias – Janeiro de 2011. *Entrevista sobre alienação parental*. Disponível em: <<https://danielabertolierovertrice.wordpress.com/tag/12318/>> Acesso em: 10 set. 2017.

rentes da alienação parental, sendo que a oposição à prática da mediação vai de encontro ao melhor interesse da criança e do adolescente, que perdem a oportunidade de serem pacificada a sua situação e a de seus pais, avós ou responsáveis<sup>29</sup>.

Assim, considerando os inúmeros benefícios que pode se obter através da mediação resta mais do que comprovado a importância da mesma, e apesar do veto ao artigo 9º da referida Lei, cabe as partes utilizarem tal instrumento para conversar sobre o conflito, expor as mágoas, as preocupações, e buscarem juntos uma solução. É uma oportunidade muito boa, haja vista que as partes poderão chegar um verdadeiro consenso, e isso significa qualidade de vida para seus futuros<sup>30</sup>.

Rafael Selonk, menciona que:

O fato de o veto ter atingido o dispositivo legal que previa a utilização da mediação não tem o intuito, nem ao longe, de proibir sua prática nos Juízos de Família, quando se está diante da síndrome da alienação parental. Se as partes possuem legitimidade para realizar acordo e submetê-lo à homologação judicial, a fim de acertarem pela mediação pontos controversos, a exemplo de questões relacionadas à síndrome da alienação parental, disso nada as impede<sup>31</sup>.

### No entendimento de Beatriz Bambozzi Bellini:

Os conflitos familiares possuem um aspecto mais frágil do que os demais, já que lidam diretamente com a entidade familiar, e os seus resultados poderão modifica-la permanentemente. É incomum que a sentença judicial produza efeitos que não arrisquem a deterioração da família, visto que a competitividade e a visão de ganhador e perdedor estão presentes durante o processo comum, e prosseguem quando ocorre a resolução da lide pelo juiz, ficando uma parte, se não ambas, insatisfeitas com os resultados<sup>32</sup>.

<sup>29</sup>MARCANTÔNIO, Roberta; WÜST, Caroline. A Mediação como forma de tratamento dos conflitos decorrentes da Alienação Parental: Uma análise da Lei 12.318/2010 e o veto ao artigo 9º. In: *I seminário internacional de mediação de conflitos e justiça restaurativa, 2013, universidade de santa cruz do sul*. Disponível em: <[http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao\\_e\\_jr/article/](http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/)>. Acesso em: 05 set. 2017.

<sup>30</sup>MARCANTÔNIO, Roberta; WÜST, Caroline. A Mediação como forma de tratamento dos conflitos decorrentes da Alienação Parental: Uma análise da Lei 12.318/2010 e o veto ao artigo 9º. In: *I seminário internacional de mediação de conflitos e justiça restaurativa, 2013, universidade de santa cruz do sul*. Disponível em: <[http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao\\_e\\_jr/article/](http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/)>. Acesso em: 05 set. 2017.

<sup>31</sup>SELONK, Rafael. *Síndrome da alienação parental e a mediação como caminho possível*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3105, 1 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20756>>. Acesso em: 10 set. 2017.

<sup>32</sup>BELINNI, Bambozzi Beatriz. *Viabilização da mediação familiar nos casos de alienação parental*. disponível em: <[eventoscopq.mackenzie.br/index.php/jornada/jornada/paper/download/46/45](http://eventoscopq.mackenzie.br/index.php/jornada/jornada/paper/download/46/45)> Acesso em:

Portanto, resta claro que a mediação deve ser usada sim nos conflitos em que envolvam a alienação parental, o reestabelecimento do diálogo entre alienante e alienado só será possível através de uma conversa, conversa está que se dará na mediação.

Em uma sentença judicial alguma das partes sempre vai ficar insatisfeita com o resultado, e já na mediação tem-se a possibilidade de entrar em um consenso onde ambas as partes podem sair satisfeitas.

Ante ao exposto, o veto não foi adequado, devendo o dispositivo ser incorporado ao direito brasileiro, em razão dos benefícios proporcionados pela mediação nos conflitos familiares<sup>33</sup>.

### **3 MEDIAÇÃO COMO MEIO DE REESTABELECER A COMUNICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE AFETO**

Os benefícios, alcançados com a mediação na solução dos conflitos familiares, se tornaram visíveis ao longo do presente trabalho, mas tal resultado só se torna eficaz quando aplicado de forma correta e responsável. Neste sentido, Bianca da Rosa Bittencourt:

Há uma considerável diferença entre o processo de mediação e o processo no Judiciário. Na mediação o acesso é mais fácil devido à ausência de burocracias, a solução se torna mais rápida pelo trabalho realizado com mais agilidade. Trabalhando o ser humano e não o “papel”, a solução se torna eficaz, pois há uma resolução do problema. As pessoas são trabalhadas emocionalmente para a solução de seu conflito, sendo esta ou uma separação amigável ou até uma reconciliação, como já dito anteriormente. É importante verificar que a decisão judicial, muitas vezes, não satisfaz a nenhuma das partes, é algo imposto, descompassado da realidade. Na mediação não há como chegar a uma solução sem o amadurecimento das partes, da origem e consequência de seus atos, da solução interior para o sofrimento causado pelo conflito e a melhor maneira de amenizá-lo. Saliente-se ainda que as partes mantêm-se no controle dos trabalhos durante todo o procedimento, desde a escolha do mediador, até o encerramento a qualquer tempo. As partes negociam as suas próprias soluções através do mediador, tornando-se responsável e tendo maior controle sobre os resultados que vierem obtendo com o passar do processo<sup>34</sup>.

---

11 set. 2017.

<sup>33</sup>BELINNI, Bambozzi Beatriz. *Viabilização da mediação familiar nos casos de alienação parental*. Disponível em: <eventoscopq.mackenzie.br/index.php/jornada/jornada/paper/download/46/45> Acesso em: 11 set. 2017.

<sup>34</sup>BITTENCURT, Bianca da Rosa. *Mediação: Uma alternativa para a resolução de conflitos no Direito de Família*. Revista Jurídica da Unifil. Ano V, Nº 5.

Dessa forma as partes se sentem capazes de decidir a respeito de seus próprios conflitos, tem a possibilidade de encontrar uma solução que se o conflito fosse entregue a judiciário talvez não teria a mesma satisfação.

A mediação deve ser usada como meio de restabelecer a comunicação nas relações de afeto, através dela pode ser feito uma “reunião” com os pais, onde o que se visa não é a proposta de um acordo, mas sim a superação dos conflitos, fazendo com que os pais entendam que o futuro da criança depende muito deles, que a criança não tem nada a ver com o passado mal resolvido ou cheio de rancor dos mesmos, e é através da mediação que se torna possível encontrar uma forma de viver, evitando-se que se de entrada em uma ação judicial. No entendimento de Maria Berenice:

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimentos de amor e ódio se confundem. A resposta judicial jamais corresponde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar além dos limites jurídicos<sup>35</sup>.

Conforme ensina a autora, em processos que envolvam partes que estejam repletas de temores, mágoas, sentimentos de amor e ódio que se confundem a resposta judicial nunca corresponderá aos anseios de quem procura a solução para o problema. Uma decisão ou sentença proferida pelo Juiz nunca produzirá o efeito acalmador desejado.

Aqui vemos o quanto é importante a mediação, haja vista que o mediador tem o papel de tentar reestabelecer o contato entre as partes, tentar fazer com que as partes entendam o que esta acontecendo, instruindo a amenizar as diferenças, ao contrário do que se acontece quando é procurado a via judicial, pois além de demorar anos para que se possa tentar resolver o problema, quando é prolatado a sentença apenas uma parte se dá por vencida.

O mediador deve estimular para que as partes cheguem a um acordo, de forma participativa e nunca de forma interventiva.<sup>36</sup> Neste sentido:

A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a res-

<sup>35</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 84-85.

<sup>36</sup>GAUDIOSO, Guimarães Laura Ana. *Alienação Parental: a mediação deveria ser utilizada com alternativa de solução do conflito?* Disponível em: <[http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA\\_LAURA.pdf](http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA_LAURA.pdf)> Acesso em: 28 ago. 2017.

ponsabilidade por suas próprias escolhas. Não é meio substitutivo da via judicial. Estabelece uma complementaridade que qualifica as decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes. Cuida-se de busca conjunta de soluções originais para pôr fim ao litígio de maneira sustentável.<sup>37</sup>

É claro que a via judicial tem diversos mecanismos que visa evitar ou até mesmo cessar a prática da alienação parental, podemos utilizar como exemplo a modificação da guarda. Mas o que acontece, na maioria dos casos é que a efetivação destes mecanismos não vai mudar o pensamento e muito menos a consciência do genitor alienador, mas sim aumentar a divergência entre os pais e acabar prejudicando ainda mais a criança ou adolescente. Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENORES. ALTERAÇÃO. DISPUTA ENTRE OS GENITORES DA CRIANÇA. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. PRECEDENTES. As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois implicam mudança na rotina de vida e nos referenciais dos menores, podendo gerar transtornos de ordem emocional. Caso concreto em que inexistia situação de risco à saúde ou integridade física dos menores a justificar a alteração da guarda, deferida provisoriamente à mãe, mormente considerando a tenra idade dos infantes. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70050901412, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 21/11/2012)<sup>38</sup>.

Assim, mesmo quando já foi utilizado a via judicial, nada impede que seja feito um novo trabalho que objetive a conscientização do genitor alienador para que o mesmo se desprendam das amarras que o levam a utilizar o filho como um objeto a fim de atingir o outro. No entendimento de Renata Sarmiento Santos e Roberto Freire Melo Júnior:

É possível que a mediação prévia seja capaz de diminuir ou até mesmo findar o estado beligerante dos separandos, o que poderá interferir diretamente na questão da SAP. Como os atos alienadores ocorrem principalmente no contexto do divórcio e da consequente disputa pela guarda dos filhos, um casal que já tenha passado pela fase de mediação, tendo dialogado, discutido e feito concessões recíprocas, poderá lidar melhor com o fim do casamento, não incitando na criança o ódio

<sup>37</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 85.

<sup>38</sup>Agravado de Instrumento Nº 70050901412, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 21/11/2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22782405/agravo-de-instrumento-ag-70050901412-rs-tjrs>> Acesso em: 28 ago. 2017.

injustificado ao outro genitor<sup>39</sup>.

Vale ressaltar que nem sempre as medidas protetivas isoladas vão ser vantajosas para a criança. Exemplo disso se dá quando se tem uma ordem de busca e apreensão para efetivar o convívio com outro genitor. Quando acontece isso, muitas vezes, devido a implantação das falsas memórias que é feito com a criança, a mesma não se sente protegida ao lado do genitor que foi alienado, sendo afastada do outro genitor – alienador – que no seu ponto de vista, é quem lhe protege<sup>40</sup>.

É uma injustiça muito grande o que o alienador faz, haja vista que prejudica muito a criança, que não consegue distinguir a parte que está lhe prejudicando e entender a realidade dos acontecimentos. Na maioria das vezes, como a criança ainda não sabe e não consegue entender o que está se passando, ela não consegue saber o que é verdade e o que não é.

Diante disso, pode-se dizer que a via judicial, tem mecanismos que interferem diretamente na relação entre os filhos e os genitores, e isso não é bom, tendo em vista que qualquer ato que for demandado pelo juiz em favor de um dos genitores, pode acabar alimentando ainda mais o desejo de vingança do alienador em face do outro.

Entretanto, o mais viável é fazer um tratamento espontâneo, através da mediação, haja vista que a mediação busca a cooperação entre ambos, a efetiva resolução do conflito. O mediador não tem o poder de decisão, e é isso que o torna extremamente importante em casos como o de alienação parental, o mediador tentará através de um sessão reunir os interesses dos genitores, propor ideias, apresentar perspectivas, fazendo assim com que as partes tenham a consciência do que é melhor para seus filhos.

Leonora Roizen Albek Oliven, afirma:

Ao encorajar a reflexão sobre a própria dor, sobre o vazio do rompimento das relações afetivas para a construção de um novo caminho, a mediação estimula uma atividade interna que conduza e direcione a própria vida. Possibilitando uma nova dimensão e compreensão do sofrimento e da dor pela separação, o par seria capaz de elaborar as suas diferenças e construir um novo e diferente diálogo<sup>41</sup>.

<sup>39</sup>SANTOS, Renata Sarmento; MELO JÚNIOR, Roberto Freire. Síndrome de alienação parental e mediação familiar. Do conflito ao diálogo. *Revista do curso de direito*, Salvador, n. 128, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/>> Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>40</sup>GAUDIOSO, Guimarães Laura Ana. *Alienação Parental: a mediação deveria ser utilizada com alternativa de solução do conflito?* Disponível em: <[http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA\\_LAURA.pdf](http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA_LAURA.pdf)> Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>41</sup>OLIVEN, Leonora Roizen Albek. *Alienação parental: a família em litígio*. 2010. Dissertação (Mestrado Profissional em Psicanálise, Saúde e Sociedade), Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[https://www.uva.br/index.php?q=mestrado/dissertacoes\\_](https://www.uva.br/index.php?q=mestrado/dissertacoes_)> Acesso em: 31 ago. 2017.



Então, a partir da mediação busca-se resgatar o respeito e a comunicação entre as partes envolvidas, para que as mesmas possam decidir juntas e de forma consciente os conflitos que os envolve, e principalmente para que possam decidir o que é melhor para o futuro de seus filhos, evitando toda e qualquer prática que possa afastá-los do convívio parental.

Muitas vezes, o que os pais precisam, é resolver questões que vão muito além do aspecto legal, e a mediação proporciona a comunicação entre ambos, comunicação esta que às vezes eles nunca tiveram, por conta de todo o sentimento ruim que existe entre os dois, e na mediação busca-se reestabelecer essa comunicação, resolver as questões emocionais para que estas não se transformem em uma batalha.

Warat, ressalta que:

[...] fazer mediação nada mais é do que viver, ter o direito de ficar só, mas também, o direito de compartilhar com o outros nossas angustias e aflições, para que isso ocorra, tem-se que começar a utilizar a linguagem do coração, do amor e do desejo e o mediador necessita ter a sensibilidade para auxiliar as partes envolvidas no conflito para que as mesmas ouçam a “melodia que chega da camada oculta da segunda linguagem como a possibilidade de conversão do conflito”<sup>42</sup>.

Por isso, a mediação pode ser conhecida como uma terapia, a terapia do reencontro, ou seja, “uma forma alternativa (com o outro) de intervenção nos conflitos”<sup>43</sup>. Assim, através da mediação pode-se produzir diferenças no conflito, ou seja, procurar reconstruir os vínculos esmagados e construir vínculos de cuidado, amor e afeto para com o outro<sup>44</sup>.

Os resultados que são obtidos através da mediação servem como instrumento eficaz para restaurar entre pai e filho o vínculo afetivo que havia se rompido.

E mesmo quando as partes não chegam a um acordo, a mediação pode ser considerada frutífera, uma vez que ela “não deve concluir nem decidir nada, deve apenas fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação”<sup>45</sup>.

Neste sentido, se posiciona a Ministra Fátima Nancy Andrighi:

<sup>42</sup>WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 29.

<sup>43</sup>WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 69.

<sup>44</sup>THAINES, Hummes Aleteia; MELEU, Marcelino. *Mediação waratiana: uma aposta na alteridade*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/mwhGNpTvy7tq3Ezd.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>45</sup>OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. A mediação como política pública de tratamento dos conflitos de guarda. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Disponível em: <[http://www.unisc.br/pt/portal/upload/com\\_editora\\_livro/mediacao.pdf](http://www.unisc.br/pt/portal/upload/com_editora_livro/mediacao.pdf)> Acesso em: 31 ago. 2017.

Em conflito de família deve-se primar pela diluição do conflito e não pela solução dele. O solucionar se opera com a prolação de sentença que é imposta às partes, da qual sempre advirá um vencedor e um vencido. O diluir pressupõe que as próprias partes encontrem o caminho da convivência respeitosa, subjazendo aí a continuidade da relação pós-separação. Dessa forma se poderá priorizar a relação ‘pai-mãe’ em lugar da relação ‘marido e mulher’, o que permite colocar, acima de tudo, o bem-estar dos filhos, garantindo-lhes o direito de uma convivência tranquila com ambos<sup>46</sup>.

É cediço que a mediação busca recuperar a sensibilidade, porque só assim ela atingirá a simplicidade do conflito, haja vista que as partes necessitam ter seus conflitos internos resolvidos para que possam se abrir para o amor.<sup>47</sup> Warat entende que o processo de mediação: “[...] não é uma técnica, nem uma filosofia ao modo tradicional; ela é uma forma de ver a vida que encontra o sentido da mesma, unicamente vivendo-a. Falo da mediação como uma forma de cultura, um determinando de uma forma de vida<sup>48</sup>”.

Através da mediação pode ser reestabelecidos vínculos que nunca se reestabeleceriam se o problema fosse judicializado, onde pelo processo judicial sempre uma parte sai ganhado e a outra perdendo e as vezes ambas saem infelizes com o resultado.

“O objetivo maior da mediação é atingir a satisfação das partes envolvidas, buscando o seu interesse e observando as suas necessidades essenciais no tocante ao conflito<sup>49</sup>.” Visando buscas a solução dos problemas, a prevenção dos conflitos, inclusão social e a paz social.

Portanto, fica evidente o ganho para ambas as partes da situação conflituosa. Quando os envolvidos conseguem chegar a um consenso que beneficie ambos, as possibilidades do acerto perdurar no tempo são maiores, aqui pode-se dizer mais um objetivo da mediação: o pensamento no futuro.

### **3.1 Superação do litígio como forma de dissolução da alienação parental: o papel da mediação**

É de fundamental importância que os pais saibam superar o fim do

<sup>46</sup>OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. A mediação como política pública de tratamento dos conflitos de guarda. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Disponível em: <[http://www.unisc.br/pt/portal/upload/com\\_editora\\_livro/mediacao.pdf](http://www.unisc.br/pt/portal/upload/com_editora_livro/mediacao.pdf)> Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>47</sup>WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 32.

<sup>48</sup>WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 33.

<sup>49</sup>NETO, Braga Adolfo. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 15, out./dez. 2007. p. 85.

vínculo conjugal, não utilizando a criança como um objeto de vingança. Sobre o tema, se manifesta Maria Berenice Dias:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança. O filho é utilizado como instrumento da agressividade – é induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos<sup>50</sup>.

Por isso, a mediação é um procedimento benéfico, pois sugere um trabalho de desconstrução da agitação, é através dela que se busca entender o que está obscuro, jogar na mesa todo o conflito que existe, chegando a uma solução em que ambas as partes saem felizes com o resultado, diferente do que acontece quando há uma sentença. Neste sentido, Ademir Buitoni:

Às vezes, pode ser muito mais difícil mediar um conflito do que obter uma decisão judicial. Mas os resultados serão, certamente, mais duradouros e mais profundos quando as partes resolverem seus conflitos, livremente, através da Mediação. As transformações subjetivas permanecem, enquanto as decisões objetivas, não raro, são ineficazes para corrigir os problemas que tentam resolver. É preciso tentar desenvolver a experiência da Mediação como uma possibilidade de superar a Dogmática Jurídica que não responde, adequadamente, às necessidades do mundo atual<sup>51</sup>.

Muitas vezes, a verdadeira solução para o problema está oculta, e não é um juiz que vai conseguir mudar isso, e sim as partes, que tem condições muito melhores de encontrar o problema. Nas palavras do MM. Juiz Sami Storch:

Um jovem atormentado por questões familiares pode tornar-se violento e agredir outras pessoas. Não adianta simplesmente encarcerar esse indivíduo problemático, pois se ele tiver filhos que, com as mesmas raízes familiares, apresentem os mesmos transtornos, o problema social persistirá e um processo judicial dificilmente resolve essa realidade complexa. Pode até trazer algum alívio momentâneo, mas o problema ainda está lá<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 409.

<sup>51</sup>BITONI, Ademir. *A dogmática jurídica e a indispensável mediação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9619>>. Acesso em: 16 set. 2017.

<sup>52</sup>BANDEIRA, Regina. *Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes das sessões de concili-*

Uma criança que é “usada” como forma de vingança por um casal, certamente poderá se tornar uma pessoa violenta e conseqüentemente ter sua vida psicológica muito abalada, é necessário que os pais tenham a consciência disso o quanto antes, para que o problema não se torne ainda pior. E a mediação seria um instrumento eficaz para resolução desse tipo de conflito.

Um dos pontos mais delicados para decidir em um divórcio é a guarda dos filhos, e por essa razão a mediação seria um instrumento preferível para dissolução desses tipos de conflitos, conforme ensina Sandri: “Em uma sociedade marcada pela complexidade das relações sociais, um processo judicial para a dissolução do vínculo acaba agravando ainda mais o sofrimento daqueles que já se encontram, possivelmente punidos pelas circunstâncias da vida<sup>53</sup>”.

A realidade é que quem mais sofre quando acontece à dissolução da sociedade conjugal, são os filhos, que eram acostumados a viver em uma rotina com ambos os pais, e de repente são obrigados a conviver em uma rotina completamente diferente, sem um dos pais.

O problema maior é que na maioria das vezes, quando os pais resolvem se divorciar já estão desgastados demais, e dessa forma não conseguem manter uma relação saudável, contribuindo para que os efeitos do rompimento sejam minimizados diante dos filhos.

A síndrome da alienação parental é uma realidade preocupante, tendo em vista os transtornos que causa para a criança, além de afastar o genitor alienado, a criança acaba se tornando introspectiva e agressiva, e conseqüentemente, repercutira na vida social e acadêmica dessa criança que ainda está em desenvolvimento.

A dificuldade que os genitores se deparam para manter uma relação amigável após o divórcio é cada vez maior, e certamente esse é um dos motivos que mais contribuem para a alienação parental<sup>54</sup>.

A mediação tem sido entendida como um processo de aprendizagem, onde a solução dos problemas é encontrado pelas próprias partes:

A mediação familiar, como técnica alternativa para levar as partes a encontrar uma solução consensual, vem ganhando cada vez mais espaço. Pode ser definida como um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida ponderada, eficaz e satisfatória aos interesses em conflito. A decisão não é

---

liação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62242-juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-ssesoes-de-conciliacao>> Acesso em: 16 set. 2017.

<sup>53</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze., PAMPLINO FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, direito de família*. Volume VI. São Paulo-SP. Editora Saraiva. 2014, p. 563.

<sup>54</sup>TORRES, Marcela; GALVÃO, Camilla. *A mediação como instrumento eficaz na solução da alienação parental*. Disponível em: <<https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/145435277/a-mediacao-como-instrumento-eficaz-na-solucao-da-alienacao-parental>> Acesso em: 26 set. 2017.

tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas. Não é um meio substitutivo da via judicial. Estabelece uma complementaridade que qualifica a decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes<sup>55</sup>.

É preciso tranquilidade para ser um mediador, o mediador deve ter uma escuta atenta até mesmo diante do silêncio, e saber que é necessário que haja a desconstrução do conflito, reconstrução da relação e co-construção da solução a partir da remodelação da relação<sup>56</sup>. Vejamos:

Quando alguém nos agride, observemo-lo. A agressão tornar-se-á uma flor. Absorveremos a energia dela, deixando-a lutar com um vazio. É o desarmado descobrindo uma beleza profunda que estava escondida na agressividade periférica. Se alguém pretende que ele se choque, deixemos que ele passe através de nós. Não sejamos uma parede, não fiquemos no caminho, sejamos poderosos<sup>57</sup>.

Luis Alberto Warat, continua:

Quando um mestre Zen nos convida a tomar uma xícara de chá, o que esse está dizendo é: ‘tudo isto que você está perguntando e falando é bobagem. Seria melhor que você ficasse mais alerta em você mesmo e no mundo.’ O convite a tomar chá de um mestre Zen significa: ‘tenha um pouco de meditação, um pouco mais de consciência’. E um convite para que você se desprenda de seu ego e comece a ligarse com a essência de seu ser. E um convite para que possamos voltar para dentro, afinemo-nos e esperemos pela entrega, pelo elixir da vida, pela transmutação (que é algo muito maior que uma simples mudança). Tomar uma xícara de chá é um convite a encontrar o amor, o êxtase, a unidade, a inocência e a simplicidade. E sintonizar como todos esses elementos para simplesmente ser; é também uma forma de evitar tomar o caminho das mil e uma formas de destruição: status social, um nome prestigioso, ganhos pessoais, espírito de luta, a idéia de que sempre se ganha ou se perde, e a riqueza, que com frequência ocultam, negam, o autêntico ser interior, fazendo-nos sentir como um viajero que não encontra o caminho de casa. Contam que uma vez um filósofo procurou um mestre Zen para que ensinasse-lhe os segredos de sua sabedoria. O mestre primeiro ficou em silêncio e logo o convidou a

<sup>55</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 80.

<sup>56</sup>GROSSI, Tereza Mônica Sarquis Bezerra de Menezes. *Movimento pela conciliação numa perspectiva social – Democrática*. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Tereza-M%C3%B4nica-Sarquis-Bezerra-de-Menezes-Grossi.pdf>> Acesso em: 26 set. 2017.

<sup>57</sup>WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador - Surfando na Pororoca*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 38.

beber uma xícara de chá. Ao servir o chá, o mestre encheu a xícara do filósofo, mas continuou despejando sem parar. O filósofo ficou por um tempo observando o transbordamento até não poder se conter, então pediu ao mestre que parasse de encher a xícara. E o mestre respondeu com estranheza: ‘como essa xícara, você está cheio de opiniões alheias, idéias, modas intelectuais, filosóficas, doutrinas, discursos, vaidades. Você está cheio de perguntas. Como posso lhe mostrar o Zen antes que você esvazie sua xícara?’. Não é possível saber alguma coisa, quando se tem excesso de conhecimento. O excesso de informação impede o acesso à sabedoria. A existência fecha-se às idéias. Um espírito carregado de conceitos perde asas para voar e as raízes que possam lhe outorgar identidade. Para encontrar nosso autêntico ser, temos que esvaziar nosso interior, quebrar a xícara ou impedir que a xícara vazia possa ser cheia novamente. A xícara não pode ser cheia com nada que venha do exterior. E difícil crescer, viver amar, vincular-se porque carregamos toneladas de saberes que temos medo de abandonar, na incerteza das formas de sua substituição, medo do encontro com o novo que nos habita sem sabermos (nossa reserva selvagem de sensibilidade)<sup>58</sup>.

Num eterno aprendizado, o mediador se aperfeiçoa cada vez mais para poder estar habilitado para ajudar as partes na desconstrução de um conflito.

Entre pais e filhos, familiares, na escola, no trabalho, o emocional não pode ensombrar a razão e a lógica de que é através da comunicação – capacidade de pensar criativamente –, que surge possibilidade para o encontro de soluções satisfatórias, resgate da autonomia, aprimoramento de relacionamentos, onde ambos juntos, possam construir com sabedoria, espaços promotores da Paz<sup>59</sup>.

A linguagem da ciência e da comunicação ou da razão ordinária é inadequada para exprimir os mistérios da vida e do coração, sendo, portanto, inadequada para trabalhar os conflitos nos processos de mediação. Os que tentaram compreender logicamente um conflito medieval ficaram desorientados. Eles somente puderam ser assimilados sensivelmente, poeticamente e unicamente poderão ser abordados com profundo sentimento e amor. Não é possível abordar um processo de mediação por meio de conceitos empíricos, empregando a linguagem da racionalidade lógica. A mediação é um processo do coração; o conflito precisamos senti-lo ao invés de pensar nele; precisamos senti-lo ao invés de pensar nele; precisamos em termos de conflito,

<sup>58</sup>WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador - Surfando na Pororoca*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 20.

<sup>59</sup>GROSSI, Tereza Mônica Sarquis Bezerra de Menezes. *Movimento pela conciliação numa perspectiva social – Democrática*. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Tereza-M%C3%B4nica-Sarquis-Bezerra-de-Menezes-Grossi.pdf>> Acesso em: 26 set. 2017.

sê-lo para conhecê-lo. Ser e conhecer, não há outro conhecimento. Os conflitos reais, profundos, vitais, encontram-se no coração, no interior das pessoas. Por isto é preciso procurar acordos interiorizados. E por isso que a mediação precisa escolher outro tipo de linguagem. Ela precisa da linguagem poética, da linguagem dos afetos, que insinue, a verdade e não a aponte diretamente; simplesmente sussurre e não grite. Um sentido vem a nós quando há uma conexão profunda. Uma linguagem usada como estratégia, de tal modo que os corações em conflito possam ser tocados. Estamos falando de uma linguagem poética sem nenhuma pretensão estética ou literária. E uma poesia, às vezes, rústica, sempre exaltada por sua maneira indireta, feminina de insinuar coisas. A linguagem que nos permite vincular, recebermos, como uma melodia, o sentido do amor<sup>60</sup>.

Quando há diferentes percepções, integradas por vários sentimentos acaba gerando conflitos, e cabe ao mediador transformar o paradigma adversal em cooperativo, criando um espaço de consenso. A mediação é uma interface entre o conflito e a paz, e ensina que diante das adversidades deve-se ultrapassar os obstáculos numa visão positiva<sup>61</sup>.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dificuldade que muitos genitores se deparam ao tentar manter uma relação amigável um com o outro após o divórcio é cada vez maior, e esse certamente é um dos motivos que mais contribuem para que ocorra a alienação parental, haja vista que, quando o casal resolve se separar é porque a situação está insustentável.

E ante a constância em que esses casos foram ocorrendo, foi criada a Lei 12.318/2010 que traz o conceito de alienação parental e as medidas judiciais cabíveis para combater esse problema.

Ocorre que o processo judicial não é a melhor forma para resolver esses conflitos, pois além de ser um procedimento demorado, dificulta, ainda mais, a possibilidade de entendimento entre os genitores, agravando os efeitos sobre os filhos.

No presente trabalho, pode-se identificar que a mediação é um dos instrumentos mais eficientes para resolução de conflitos advindos da prática da alienação parental, em virtude do alto grau de interação entre as partes, que decorrem através do diálogo, ideias, sugestões e considerações que tem

<sup>60</sup>WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador* - Surfando na Pororoca. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 28-29.

<sup>61</sup>GROSSI, Tereza Mônica Sarquis Bezerra de Menezes. *Movimento pela conciliação numa perspectiva social – Democrática*. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Tereza-M%C3%B4nica-Sarquis-Bezerra-de-Menezes-Grossi.pdf>> Acesso em: 26 set. 2017.

como objeto reestabelecer o vínculo, as relações interpessoais entre ambas as partes.

Por conseguinte, a mediação não visa apenas à resolução dos conflitos, mas sim o reestabelecimento do diálogo, que é de extrema importância em casos em que ocorre a alienação parental, onde os pais muitas vezes, inconformados com o término do relacionamento usam os filhos como “objeto” de vingança para prejudicar o outro.

No decorrer do trabalho se observou que quando a mediação é utilizada, tem-se a isonomia de maneira respeitosa entre os mediados, para que ambos busquem de maneira amigável a solução do problema. Através da mediação é possível ter celeridade nos processos judiciais, mas principalmente, o mais importante é o fato de que se consiga resolver esses conflitos antes mesmo de o problema ser judicializado por meio de uma ação judicial.

É cediço que com a aplicação da mediação as pessoas são beneficiadas e os conflitos são resolvidos de maneira a resolver e manter as relações interpessoais e alcançar a paz social, importante também ressaltar o conhecimento que as partes adquirem através da mediação, possibilitando assim, que as mesmas possam resolver seus conflitos de maneira amigável, construindo uma sociedade mais pacificada.

Por fim, conclui-se que a mediação é um instrumento transformativo que visa o reestabelecimento do diálogo, da compreensão, da comunicação, do amor, da paz, um instrumento que facilita as partes que compreendam o posicionamento um do outro, facilitando assim que não ocorram casos decorrentes do ato da alienação parental.

## REFERÊNCIAS

Agravo de Instrumento Nº 70050901412, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 21/11/2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22782405/agravo-de-instrumento-ag-70050901412-rs-tjrs>> Acesso em: 28 ago. 2017.

Agravo de Instrumento Nº 70051595841, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 12/12/2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22362600/agravo-de-instrumento-ai-70049836133-rs-tjrs>> Acesso em: 04 set. 2017.

Agravo de Instrumento Nº 70052418043, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 28/03/2013). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112800904/agravo-de-instrumento-ai-70052418043-rs/inteiro-teor-112800914>> Acesso em: 04 set. 2017.



BANDEIRA, Regina. *Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes das sessões de conciliação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62242-juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao>> Acesso em: 16 set. 2017.

BELINNI, Bambozzi Beatriz. *Viabilização da mediação familiar nos casos de alienação parental*. Disponível em: <[eventoscopq.mackenzie.br/index.php/jornada/jornada/paper/download/46/45](http://eventoscopq.mackenzie.br/index.php/jornada/jornada/paper/download/46/45)> Acesso em: 11 set. 2017.

BITTENCURT, Bianca da Rosa. *Mediação: Uma alternativa para a resolução de conflitos no Direito de Família*. *Revista Jurídica da Unifil*. Ano V, Nº 5.

BUITONI, Ademir. *A dogmática jurídica e a indispensável mediação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9619>>. Acesso em: 16 set. 2017.

Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Famílias – Janeiro de 2011. Entrevista sobre alienação parental. Disponível em: <<https://danielabertolierovertrice.wordpress.com/tag/12318/>> Acesso em: 10 set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Alienação Parental: uma nova lei para um velho problema!* Disponível em: <[//www.mariaberenice.com.br/uploads/alienacao%20parental\\_-\\_uma\\_nova\\_lei\\_para\\_um\\_velho\\_problema.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/alienacao%20parental_-_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf)>. Acesso em 28 ago. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. São Paulo: RT, 2008.

Filho, Joaquim Azevedo Lima. *Alienação Parental segundo a lei 12.318/2010*. Disponível em: <<https://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010>> Acesso em: 28 ago. 2017.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINO FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, direito de família*. Volume VI. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.

GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacao-parental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> Acesso em: 18 maio. 2017.

GAUDIOSO, Guimarães Laura Ana. *Alienação parental: a mediação deveria ser utilizada com alternativa de solução do conflito?* Disponível

em: <[http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA\\_LAURA.pdf](http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/28092015194909ANA_LAURA.pdf)> Acesso em: 04 set. 2017.

GROSSI, Tereza Mônica Sarquis Bezerra de Menezes. *Movimento pela conciliação numa perspectiva social – Democrática*. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Tereza-M%C3%B4nica-Sarquis-Bezerra-de-Menezes-Grossi.pdf>> Acesso em: 26 set. 2017.

*Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)> Acesso em: 04 out. 2017.

*Lei 13.140 de 26 de junho de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em: 04 out. 2017.

*Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 04 out. 2017.

*Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 04 out. 2017.

MARCANTÔNIO, Roberta; WÜST, Caroline. A Mediação como forma de tratamento dos conflitos decorrentes da Alienação Parental: Uma análise da Lei 12.318/2010 e o veto ao artigo 9º. In: *I seminário internacional de mediação de conflitos e justiça restaurativa, 2013, universidade de santa cruz do sul*. Disponível em: <[http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao\\_e\\_jr/article/](http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/)>. Acesso em: 05 set. 2017.

NETO, Braga Adolfo. *Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, ano 4, n. 15, out./dez. 2007.

NOGUEIRA, Vicente Fernanda. NOGUEIRA, Vicente Felipe. *Alienação Parental nos casos de divórcio judicial*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3747>> Acesso em: 18 maio. 2017.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. A mediação como política pública de tratamento dos conflitos de guarda. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Disponível em: <[http://www.unisc.br/pt/portal/upload/com\\_editora\\_livro/mediacao.pdf](http://www.unisc.br/pt/portal/upload/com_editora_livro/mediacao.pdf)> Acesso em: 31 ago. 2017.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. *Alienação parental: a família em litígio*. 2010. Dissertação (Mestrado Profissional em Psicanálise, Saúde e Sociedade), Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[https://www.uva.br/index.php?q=mestrado/dissertacoes\\_](https://www.uva.br/index.php?q=mestrado/dissertacoes_)> Acesso em: 31 ago. 2017.

PEREZ, Elizio Luiz. *Breves comentários acerca da lei da alienação parental (lei nº 12.318/2010)* In: DIAS, M.B. (coord.). *Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver*, 2ª Ed., São Paulo, 2010.

SANTOS, Renata Sarmento; MELO JÚNIOR, Roberto Freire. Síndrome de alienação parental e mediação familiar. Do conflito ao diálogo. *Revista do curso de direito*, Salvador, n. 128, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/>> Acesso em: 31 ago. 2017.

SELONK, Rafael. *Síndrome da alienação parental e a mediação como caminho possível*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3105, 1 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20756>>. Acesso em: 10 set. 2017.

THAINES, Hummes Aleteia; MELEU, Marcelino. *Mediação waratiana: uma aposta na alteridade*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/mwhGNpTvy7tq3Ezd.pdf> > Acesso em: 31 ago. 2017.

TORRES, Marcela; GALVÃO, Camilla. *A mediação como instrumento eficaz na solução da alienação parental*. Disponível em: <<https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/145435277/a-mediacao-como-instrumento-eficaz-na-solucao-da-alienacao-parental>> Acesso em: 26 set. 2017.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



# A PERSPECTIVA DE TRABALHO DO REFUGIADO DE ACORDO COM A ACEITAÇÃO EM LEGISLAÇÃO NACIONAL DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

*Diego Pereira Batista<sup>1</sup>*

*Luís Fernando Moraes de Mello<sup>2</sup>*

*Mauricio Zanotelli<sup>3</sup>*

---

**RESUMO:** O presente artigo trata sobre o refugiado e de como são tratados pelo Brasil os seus direitos trabalhistas, que são estabelecidos a nível internacional por diversas Convenções e Tratados. Para abordar o tema, utilizou-se de pesquisas bibliográficas e documentais. Este trabalho tem por objetivo geral analisar as dificuldades encontradas pelos refugiados para se estabelecerem em território nacional e a perspectiva de trabalho e por objetivo específico buscou-se abordar os principais instrumentos internacionais de afirmação dos direitos dos refugiados. A partir disso, apresentou-se os princípios referente à proteção do refugiado, delimitados por Convenções e Tratados Internacionais e pela legislação trabalhista brasileira. Discutiui-se também, neste estudo, a necessidade de adequação das normas infraconstitucionais às Convenções que versam sobre direitos humanos inerentes do indivíduo e controle de convencionalidade a ser utilizado pelo Poder Judiciário e Legislativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Refugiados. Tratados e Convenções Internacionais. Controle de Convencionalidade. Direito do Trabalho.

**ABSTRACT:** This article deals with refugees and how Brazil treats their labor rights, which are established at the international level by various Conventions and Treaties. To address the topic, we used bibliographical and documentary research. The main objective of this work is to analyze the difficulties encountered by refugees in establishing themselves in the na-

---

<sup>1</sup>Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito – X Termo, da Faculdade AJES. Correio eletrônico: diego\_tuqpena@hotmail.com

<sup>2</sup>Possui Graduação em Direito (2006) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor universitário. Correio eletrônico: luisfernandomello@yahoo.com.br

<sup>3</sup>Graduado em Direito pela Unisinos/RS. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Mestre em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante – Espanha. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra – Portugal. E-mail: zanotelli.adv@gmail.com

tional territory and the perspective of work and by specific objective was aimed at addressing the main international instruments for the affirmation of refugee rights. Based on this, the principles related to refugee protection, delimited by International Conventions and Treaties and by Brazilian labor legislation, were presented. In this study, we also discussed the need to adapt the infraconstitutional norms to the Conventions that deal with the inherent human rights of the individual and control of conventionality to be used by the Judiciary and Legislative Branch.

**KEYWORDS:** Refugees. International Treaties and Conventions. Conventional Control. Labor Law.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A Problematização da Afirmação dos Direitos do Refugiado/Migrante e a Política Migratória; 3 O Controle das Políticas Migratórias Pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos; 4 O Jus Cogens e a Busca da Concretização do Bem Comum de Nacionais e Estrangeiros; 5 Princípios Que Orientam a Proteção dos Trabalhadores Refugiados; 5.1 Princípio da Igualdade Jurídica; 5.2 Princípio Não Discriminação; 5.3 O Princípio de Proteção; 5.4 O Princípio da Irrenunciabilidade; 6 A Proibição da Diferença de Tratamento no Desfrute de um Direito Trabalhista Baseado Apenas Na Condição Migratória do Trabalhador; 7 A Necessidade de Controle de Convencionalidade das Leis e Outros Atos Do Poder Publico; 8 Considerações Finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou analisar como são tratados os direitos trabalhistas dos refugiados no Brasil, bem como a aceitação do trabalho destes migrantes pelo país que os recebe, verificando se as ações do Estado brasileiro estão de acordo com a legislação nacional e internacional, e com os instrumentos utilizados para a fiscalização. Outro objetivo do trabalho foi compreender quais os obstáculos encontrados pelos refugiados em ter seus direitos reconhecidos e garantidos.

A fim de atender os resultados pretendidos com o esse estudo abordou-se o *Jus Cogens*, a fim de enfatizar que normas que versam sobre direitos humanos do indivíduo não necessitam estar expressas em Convenções e Tratados Internacionais para que se tenha a obrigação dos Estados em garantir, proteger, reafirmar e preservar os direitos humanos e dignidade da pessoa humana.

Tratou-se sobre as políticas migratórias e como é efetuado o controle destas pelo Direito Internacional de direitos humanos. Nos países onde

há mais deslocamentos de pessoas, tornam-se mais restritos no sentido de receber e manter imigrantes. As questões de segurança nacional, política e socioeconômica influenciam para a elaboração de instrumentos pelo Estado que visem estabelecer limitações e restrições quanto às migrações.

Deste modo, abordou-se os princípios referentes à proteção do refugiado no Brasil, delimitado por Convenções Internacionais. Dentre os princípios abordados, destacam-se a não discriminação, que veda toda e qualquer discriminação do refugiado ou imigrante que estejam em território brasileiro, a igualdade jurídica. Abordou-se também princípios basilares do direito do trabalho, buscando-se analisar a proteção estabelecida pela lei em reafirmar a garantir direitos inerentes do ser humano. Nesse sentido, destacam-se a aplicação da norma mais benéfica, o princípio da proteção, a fim de amparar a parte mais vulnerável da relação de emprego: o trabalhador, bem como o princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, que considera nula toda forma estabelecida em contrato que ocasione supressão de direito trabalhista do empregado garantido em lei.

Ao final, aborda-se a proibição de tratamento discriminatório em relação aos direitos trabalhistas do indivíduo em razão de sua condição migratória. Primeiramente, discutiu-se sob a valorização do trabalho, abordando-se o dever do Estado de providenciar todas as medidas necessárias para que haja a efetivação desse princípio. A igualdade de brasileiros e estrangeiros para ter seus direitos trabalhistas garantidos irradia de Tratados e Convenções Internacionais, estabelece a obrigatoriedade em atender e proteger todos os refugiados e imigrantes que se encontram em condições análogas a de escravo, em razão do uso de poder exorbitante do empregador. Em seguida, foi abordado o controle de convencionalidade de Tratados e Convenções Internacionais, e como este instrumento pode ser utilizado para que sejam efetivados direitos e garantidas fundamentais dos refugiados

## **2 A PROBLEMATIZAÇÃO DA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DO REFUGIADO/MIGRANTE E A POLÍTICA MIGRATÓRIA**

Não é de hoje que há perseguições a determinados grupos. Surge, ainda, durante a idade Antiga (século III a.C.), principalmente com relação aos judeus e cristãos semitas. Posteriormente na Alta Idade Média, perseguições religiosas tornaram-se comuns, tendo todos aqueles que fossem de religiões diferentes da aceita em determinado país tendo que deixá-lo ou seriam punidos, como ocorreu durante a Idade Média com a igreja católica e seu tribunal de inquisição, que perseguiu grupos religiosos.

No fim do século XIX, com o surgimento dos estados unificados como a Alemanha e Itália, que mudam severamente o mapa da Europa, para-

lelo com a crise de muitos estados de sistema absolutista, cada país começa a adotar um controle mais rigoroso para entrada em seus territórios. Durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), houve o primeiro grande deslocamento de refugiados pela Europa, com o fim da guerra ainda existiam muitos conflitos no continente como a Revolução Russa e a Guerra de Independência Turca<sup>4</sup>.

Tendo formado um número muito grande de refugiados, a Liga das Nações (organização internacional fundado em 1919) nomeou um Alto Comissário, que ficaria encarregado de cuidar dos refugiados russos, Fridtjof Nansen, que pouco depois também foi encarregado de outros refugiados. Formou o que mais tarde viria a se tornar o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Trabalhou para que fossem garantidos direitos aos refugiados e junto à Organização Internacional do Trabalho (OIT), para que fossem empregados grande parte deles. Ainda introduziu um documento com o qual os refugiados tivessem acesso a outros países, conhecido como “passaporte Nansen”. Posteriormente recebeu o prêmio Nobel da Paz por este trabalho<sup>5</sup>.

Essa grande quantidade de refugiados fez com que a Organização das Nações Unidas (ONU), que substituiu a Liga das Nações em 1945, estabelecesse em definitivo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 1950. Em seguida, em 1951 realizou a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, primeira Convenção a tratar especificamente dos refugiados.

Nos dias atuais, o número de refugiados, no Brasil, vêm superando a casa dos 25 mil anuais desde 2014. No entanto, são julgados em média 2 mil processos de requerimento de refúgio por ano, de 2010 a 2015, segundo o Ministério da Justiça<sup>6</sup>. Esse sendo um dos fatores que influenciou a criação da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017). Em razão do número de refugiados e migrantes que encontram-se em território brasileiro, e considerando a demora no julgamento do requerimento de refúgio, muitos refugiados permanecem no país de forma ilegal, sujeitos a condições desumanas. A necessidade de desenvolver atividade laborativa para a própria subsistência ou de sua família e a situação irregular dos refugiados e imigrantes, os deixam vulneráveis a sofrer com o abuso de poder dos empregadores, que em muitos casos, passam a viver em regime de escravidão,

<sup>4</sup>Refugiado. In Britannica Escola. Enciclopédia Escolar Britannica, 2017. Web, 2017. Disponível em: <<http://escola.britannica.com.br/levels/fundamental/article/refugiado/482345>>. Acesso em: 4 de jun. 2017.

<sup>5</sup>ACNUR. Fridtjof Nansen. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/premio-nansen/fridtjof-nansen/>>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

<sup>6</sup>ACNUR. Brasil tem quase 9 mil refugiados de 79 nacionalidades. 10 de maio 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/brasil-tem-quase-9-mil-refugiados-de-79-nacionalidades/>>. Acesso em: 04 de jun. 2017.



sujeitos e condições de trabalho insalubres, degradantes, sem atendimento as leis de trabalho.

### 3 O CONTROLE DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

As questões da migração vêm sendo motivo de muitos debates acerca da movimentação dos migrantes e refugiados e das condições em que eles permaneceram nas áreas onde escolheram para ficar. Destacam-se também as ações sobre as classes sociais em seu amplo sentido, para os indivíduos em deslocamento e também em relação às pessoas onde são recebidos. Nos países onde há mais deslocamentos de pessoas tornam-se mais restritos no sentido de receber e manter imigrantes, até mesmo para imigrantes que vem por motivo econômico para trabalhar, e também para os imigrantes políticos, refugiados e para os que pedem asilo. Os imigrantes são muitas vezes culpados por prejuízos econômicos, além de grande repercussão midiática de crimes cometidos por uma pequena parte de migrantes, o que contribui, sobremaneira, à elaboração de instrumentos pelo Estado que visem estabelecer limitações e restrições quanto às migrações.

Devido às dificuldades cada vez maiores para imigração regular, há um crescimento no contrabando e tráfico de migrantes, que une a necessidade de trabalhadores ao desejo migratório, como nos casos que acontecem na Europa e América do Norte que conforme estimativas de 2014 do Escritório das Nações Unidas para a Droga e o Crime (ONUDD) as redes de traficantes faturam US\$ 7 bilhões (R\$ 17,5 bilhões) por ano<sup>7</sup>. No Brasil também há casos desse tipo de exploração; em 2013 a Polícia Federal encontrou pelo menos 80 pessoas de Bangladesh, que haviam sido trazidas com promessa de emprego e chegavam a pagar a quantia de até US\$ 10.000 para os traficantes. Aliado a isso, ainda utilizavam de pedido de refúgio de forma inadequada, a fim de, tornar válida a migração<sup>8</sup>. As condições em que ocorre tal tráfico, na maioria, são de forma perigosa, que incidem risco de vida. Ademais, este comércio ajuda o crime organizado e, conseqüentemente, cada vez mais aumenta a desconfiança em relação aos migrantes que são vistos como bandidos.

As sociedades que acolhiam migrantes possuíam status de superio-

<sup>7</sup>O GLOBO/COM AGÊNCIA INTERNACIONAIS. Tráfico de imigrantes gera US\$7 bilhões por ano nas duas principais rotas. *O Globo*, 06 de out. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/trafico-de-imigrantes-gera-us-7-bilhoes-por-ano-nas-duas-principais-rotas-14159777>>. Acesso em: 16 de maio 2017.

<sup>8</sup>CARVALHO, Jailton de. PF faz operação no DF contra tráfico de pessoas de Bangladesh. *O Globo*, 16 de jun. 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/pf-faz-operacao-no-df-contra-trafico-de-pessoas-de-bangladesh-8394417>>. Acesso em: 16 de maio 2017.

ridade, como ocorreu durante o fim da Segunda Guerra, em que os Estados Unidos eram contra a política de repatriação, pois achava que servia apenas para fortalecer e aumentar o controle da União Soviética, defendendo assim o reassentamento de refugiados e deslocados<sup>9</sup>, passo que durante esse período, o maior número de migrantes emergia do hemisfério sul e do leste europeu e Ásia. Ocorre que essa situação, após a Guerra Fria, desenvolveu-se em outra sistemática. A recepção de migrantes e refugiados perdeu o significado político. Houve uma crescente aversão interna e, com isso, o aumento de deslocamentos forçados.

Associado a isso, houve a desvalorização do migrante na sociedade, deixando de ser visto como quem irá acrescentar a sociedade que, em alguns casos, acabam sendo tratados com repulsa e aversão. Os Estados passam então a elaborar políticas que visem desestimular a entrada e permanência de migrantes no território, pois a estadia de maior número populacional desenfreado geraria ônus econômico e social por causa dos gastos em manter a ordem e segurança, além das despesas sociais. Despesa social esta, caracterizada como o risco iminente de ser um migrante estrangeiro bandido ou terrorista.

Em que pese existir a diferença nas espécies de migração e nacionalidades, e ainda, possuir os refugiados proteção e garantia internacional, não impossibilita que haja na sociedade o sentimento de rejeição. Nesse sentido, os argumentos utilizados para a existência de políticas migratórias possuem caráter político e securitário, remansam controversos, ao passo que, estão mais ligadas a questões econômicas.

Nesse sentido, a aversão e a hostilidade em relação a migrantes e refugiados, influência para que haja a criação de instrumentos que deixam o processo de requerimento de refúgio mais burocrático, o que dificulta a entrada e permanência em território. Por serem considerados uma ameaça, a política de controle na fronteira e a observação do deslocamento deles na sociedade tornaram-se muito severas e recorrentes. Neste sentido, fala-se em criar barreiras físicas para impedir que o migrante e o refugiado permaneçam no território em que buscam se fixar, ao passo que se cogita a possibilidade de meios de isolamentos dessas pessoas.<sup>10</sup>

Pode-se falar ainda das barreiras que impedem a mobilidade relacionadas à raça ou nacionalidade e grupos políticos, tanto no país de origem, quanto onde procuram refúgio. Isso porque, busca se evitar que conflitos

<sup>9</sup>MOREIRA, Julia Bertino. *A problemática dos refugiados no mundo: evolução do pós-guerra aos dias atuais*. Campinas. 2006. p. 4. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006\\_909.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_909.pdf)>. Acesso em: 17 de maio 2017.

<sup>10</sup>NETO, Helion Póvoa. *Barreiras físicas à circulação como dispositivos de política migratória: notas para uma tipologia*. p. 3. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/5Enc-NacSobreMigracao/mesa\\_03\\_bar\\_fis\\_circ.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/5Enc-NacSobreMigracao/mesa_03_bar_fis_circ.pdf)>. Acesso em: 25 de abr. 2017.

raciais ou políticos ultrapassem as fronteiras. Com estes procedimentos resguardariam o país que está recebendo pessoas que pudessem causar danos à sociedade.

Verificando-se dois motivos para a criação de barreiras físicas, econômica e política, percebe-se que as barreiras de mobilidade atingem a todos, tanto migrantes econômicos como os refugiados e requerentes de asilo. Ocorre que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabelece, em seu art. 13, a liberdade de todo e qualquer indivíduo de circular livremente pelo território nacional, bem como de ingressar e egressar de território de outros países.

Conquanto a DUDH estabeleça o direito à livre circulação de qualquer cidadão, leis internas dos Estados receptores estabelecem condições que visem restringir a entrada, tornando o ingresso burocrático, ou estabelecendo restrições de que não sejam recebidos de determinadas localidades. Nesse mesmo sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”.

O caráter de *Jus Cogens*, demonstra que independentemente de ratificação ou não pelo Estado acerca de Tratados e Convenções Internacionais, em se tratando de Direitos Humanos e dignidade da pessoa humana, devem todos os Estados, sem exceção, combater qualquer situação discriminatória ou que gere perda ou diminuição de direitos inerentes do ser humano. Esse princípio implica que certas regras devem ser observadas por todos os Estados, mesmo os que não tenham ratificado as Convenções, e se constitui um princípio inelutável de Direito Internacional.

É imperioso destacar que as restrições na qual os Estados possuem soberania para estabelecerem, dizem respeito ao procedimento administrativo a ser seguido quando da entrada de estrangeiros, refugiados e asilados, para fins de controle e manutenção. A restrição de migração com base na religião, orientação sexual, localidade de onde migrou, ou qualquer outra norma com caráter discriminatório são vedados pelas Convenções e Tratados internacionais.

#### **4 O JUS COGENS E A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO BEM COMUM DE NACIONAIS E ESTRANGEIROS**

O *Jus Cogens* pode ser entendido como conjunto de normas imperativas de Direito Internacional Público. O seu conceito, no entanto, é indefinido, assim como o seu conteúdo, mas o *Jus Cogens* é baseado em valores fundamentais. A Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 2009, utiliza um sinônimo para *Jus Cogens*, chamando-o de norma imperativa do direito internacional geral ou normas peremptórias de Direito Internacional e define como:

Art. 53 – (...) uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Nesse sentido, é uma norma aceita pela comunidade Internacional e qualquer norma que entre em conflito com uma norma imperativa de Direito Internacional é anulada. Como descrito no artigo 64 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969 e ratificado pelo Brasil em 2009: “Art. 64 - Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

É forçoso constatar que, as normas de Jus Cogens se fazem presentes em Tratados e Convenções Internacionais. No entanto, não será identificado no texto destes instrumentos internacionais que se tratam de normas Jus Cogens, apenas serão identificadas pelas matérias de que tratam, como direitos humanos, meio ambiente, Direito Humanitário, Direito de Guerra, entres outros temas.

Impende destacar que algumas normas de Jus Cogens poderão ser modificadas a qualquer tempo. No entanto, as alterações somente poderão ocorrer em detrimento de normas da mesma natureza. Algumas normas possuem estabilidade de alteração, em razão da natureza do direito tratado e seus valores.

Sendo assim, as normas do Jus Cogens podem ser alteradas, mas essa alteração só pode ser feita por uma norma que também seja do Direito Internacional geral da mesma natureza do Jus Cogens. A superioridade das normas de Jus Cogens não está associada ao modo de sua criação ou por quem tem a legitimidade para as criaram. A supremacia verifica pela matéria de proteção, os valores que elas protegem.

Alguns exemplos de normas de Jus Cogens são: genocídio, pirataria, uso ilegal de forças, direitos e deveres dos Estados e o princípio *pacta sunt servanda*, que é o princípio que preconiza que o contrato deve ser cumprido a qualquer custo, por todas as partes, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em virtude dessa condição Jus Cogens, tem-se a extensão a estrangeiros e nacionais quando da aplicação das normas jurídicas. Essa condição já é estabelecida no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando estabelece igualdade de tratamento a brasileiros e estrangeiros.

Inobstante a legalização do princípio da igualdade dos seres, os direitos a igualdade, a liberdade e fraternidade são princípios universais, que ob-

servam os Direitos Humanos, sendo dever do Estado, assegurar a efetivação dos princípios, elencados no Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; (...)

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; (...)

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.<sup>11</sup>

Nesse sentido, verifica-se a extensividade do Jus Conges ao passo que sua aplicação não se dá somente em situações de desastres sociais. Tem-se a necessidade de atender a fenômeno, como instrumento de assegurar a todos os seres a dignidade de tratamento e que seja utilizado antes de qualquer situação ocorra.

## **5 PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES REFUGIADOS**

Os princípios podem ser considerados como regras norteadoras, como o ponto principal que dará origem a uma razão fundamental, à existência de algo. O princípio norteador de todos os outros princípios é a dignidade humana, que obteve destaque e, principalmente, a necessidade de se consolidar, logo após a Segunda Guerra Mundial. A dignidade humana é o valor intrínseco a toda pessoa, independentemente de suas condições históricas e sociais.

Portanto os princípios possuem um papel fundamental para a vida em sociedade, para a proteção do ser humano, as partes mais afetadas dos cenários desastrosos, como catástrofes naturais e ainda pior, as guerras, que ainda perduram nos tempos atuais, buscando no princípio regras que direcionam os Direitos de forma ética e justa, devendo estar ligado juntamente ao respeito a todos os povos conforme o artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

---

<sup>11</sup>A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas**. 10 de dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 09 de abr. 2017.

## Artigo II

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

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.<sup>12</sup>

Destarte, conforme bem elucidado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos são iguais em direitos e deveres, e incumbe a todos os países buscarem em suas Constituições e legislações nacionais, a proteção, reafirmação e efetivação da dignidade humana.

Nesse passo, os hoje chamados Direitos Humanos, em nossa história, eram conhecidos como o direito natural, como, por exemplo, a liberdade de ir e vir, de associações, de religião, de expressão, pela propriedade, pela vida, pela integridade física e pela igualdade, consignando assim os Direitos humanos à universalidade, da individualidade, da interdependência e da inter-relação. Como se pode perceber, há semelhança entre os direitos naturais e os direitos humanos. Apesar de tudo, existe quem não aceite tal ideia, como José Afonso da Silva<sup>13</sup>, que diferencia em seu pensamento os direitos naturais, pois afirma que estes direitos não nasceram juntamente com o homem, e não há que se dizer que são direitos advindos da natureza humana, mas sim de forma positivada, moldando-se a cada momento histórico, junto às diretrizes culturais e formando as relações sociais que serão à base desses direitos.

Pode ser observado, assim, a importância que os Direitos humanos obtiveram com o passar dos anos, e sempre sendo mais necessário ao reconhecer direitos que abrangem a todos, mas que são de suma importância para os desvalidos, conforme Flávia Piovesan afirma:

Perceber-se-á que, em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de

---

<sup>12</sup>A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. 10 de dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 09 de abr. 2017.

<sup>13</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. atualiz. São Paulo: Malheiros, 2014. p.178.

legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva.<sup>14</sup>

Os Direitos Humanos são indispensáveis a qualquer Constituição, devendo observar aplicar toda a matéria referente à dignidade da pessoa humana, estabelecendo todo limite necessário à validade desta norma.

Cumprе ressaltar que, os ordenamentos constitucionais dos Estados, no segundo pós-guerra, começam a valorizar e proteger o ser humano contra arbítrios estatais e de maioria que eventualmente ocupam o poder. Daí surgem os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e não discriminação, como base dos ideais do ordenamento jurídico internacional.

## 5.1 Princípio da igualdade jurídica

A igualdade tem um entendimento distinto, ao observar épocas, locais ou culturas diferentes, pois nem sempre a sociedade foi observada como um todo. Havendo, assim, “regras” para que exista a igualdade.

Verifica-se que a ideia mais antiga sobre “Igualdade” pode ter sido a ocorrida ao Rei João Sem-Terra, quando assinou a Magna Carta, sendo algo que remete aos primórdios de uma sociedade menos “desigual”, pois assegurava apenas os direitos dos chefes feudais e clero, àquela altura. Mas, séculos depois, se tornou a base da Constituição Inglesa atual, seu texto também foi fundamental tanto na Declaração de Independência Americana (1776), como da Constituição dos Estados Unidos (1787)<sup>15</sup> e não só destas, mas muitas outras pelo mundo, além de ter grande importância durante a idealização das garantias do indivíduo diante do estado moderno.

Podendo, ainda, usar como exemplo, o entendimento da Suprema Corte americana que, em 1896, as raças seriam “separadas, mas iguais” dentro do entendimento da cláusula de igualdade, tornando a sociedade segregada, com serviços e tratamentos para cada raça, devendo esse ser igual para ambas, dessa forma, não podendo ser excluída nenhuma raça a partir desse entendimento. Assim, em 1954, a Suprema Corte americana adotou um novo entendimento deste mesmo polêmico tema, quando derrubou a ideia de segregação em escolas e faculdades públicas<sup>16</sup>.

<sup>14</sup>PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65.

<sup>15</sup>Há indícios de que a Constituição americana tem origem na Constituição haudenosaunee denominada Grande Lei da Paz. O Haudenosaunee, aliança militar livre entre os Sêneca, Cayuga, Onondaga, Oneida, Mohawk e, posteriormente, os Tuscarora, foi provavelmente a maior comunidade indígena ao norte do Rio Grande, nos dois séculos antes de Colombo. MANN, Charles C.; Rosa, Vanderley Flor da. *1941 - Novas Revelações das Américas antes de Colombo*. Disponível em: <<http://www2.marília.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/article/view/65/225>>. Acesso em: 20 de maio 2017.

<sup>16</sup>MARTINS, T. C.; ANDRASCHKO, L. *Direito à igualdade dos refugiados no plano internacional*.

Diante à mudança do que significa princípio da igualdade no decorrer do tempo, é comum que estando sempre em mutação os doutrinadores busquem definição correspondente a seu modo e pensamento, conforme a estrutura social que o cerca. Não existindo essa definição única para tal princípio.

José Afonso da Silva diz haver uma negligência ao que se refere à igualdade, sendo que comparado à liberdade os dois influenciam na esfera econômica, pois não tratam a igualdade como algo que os tragam benefícios reais, mas a liberdade para que possam desfrutar do domínio de suas classes:

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilam aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isto é que a burguesia, cônica de seu privilegio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.<sup>17</sup>

Pode-se observar que ainda existe desigualdade entre as pessoas, elas estão cada vez mais claras porque se sabe que contribuem para a vida e para a sociedade, o que tem que evitar é a desigualdade que acaba em prejuízo de quem não pode participar dela da forma que queira, e sim de como querem que ocorra. Sendo essas pessoas o objeto de atenção do Direito para não confundir as desigualdades e ferir os direitos que a elas deveriam garantir a igualdade. Seria esta uma definição, sendo ela formal ou de igualdade perante a lei, garantindo igual tratamento.

Mesmo assim constata-se as diferenças existentes ao mínimo que as pessoas necessitam para uma vida digna. Aqui, ao contrário do que aconteceu com as diferenças naturais, é o Direito que existe para proteger as desigualdades econômicas, adverte Pontes de Miranda:

A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualda-

---

Saberes da Amazônia, Porto Velho, v. 1, n. 2, mai./ago. 2016. p. 221 Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/revista/index.php/saberesamazonia/article/view/27>>. Acesso em 03 abr. 2017.

<sup>17</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. atua. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 213.



des econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades.<sup>18</sup>

Assim, ficando claro que sem esse cuidado de que a lei é que deve tratar de manter a sociedade menos desigual, e garantindo a igualdade que deve existir perante a lei, com o cuidado de também observar os desiguais, não podendo tratar a todos como iguais por uma questão de justiça, devendo essa se adaptar às desigualdades a que está exposta, na sociedade. Conforme Hans Kelsen estabelece:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.<sup>19</sup>

Esclarece que uma constituição que garanta a igualdade, não pode ser envolta a leis que tratem a todos como iguais. Pois a igualdade, nesse caso, deve garantir direitos aos desvalidos de qualquer condição, como é o caso da Lei Maria da Penha, que garante à mulher proteção contra qualquer tipo de agressão doméstica causada por um homem. Nesse caso, o Estado tutela pelo bem-estar da mulher, frente à violência que com que era tratada nesse ambiente. Não existindo qualquer tipo de discriminação em relação aos homens, visto que não sofrem desse tipo de agressão como as mulheres. A Constituição Federal de 1988 reconhece, em seu artigo 5º, o princípio da igualdade e isonomia entre todos, dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”<sup>20</sup>

Com isso, esse princípio deve ser apontado sobre dois escopos. Primeiramente a igualdade na legislação, mesmo na Constituição Federal, que oferece a igualdade plena de direitos. Na prática, existem obstáculos a essa

<sup>18</sup>MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*, t. IV/689. *Apud*: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37. ed. rev. Atua. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 219.

<sup>19</sup>KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. *Apud*: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 10.

<sup>20</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

igualdade, de modo que nasce a necessidade de criação de leis que tutelem pela igualdade de modo a mitigar qualquer tipo de discriminação na aplicação das leis.

Portanto, a igualdade jurídica, deve consistir sempre em assegurar às pessoas os mesmos direitos constitucionais, civis e trabalhistas que o atual constitucionalismo e o direito internacional dos direitos humanos possuem, garantindo e afirmando vantagens a quem está em situação de desvantagem, visando que sempre haja o mesmo equilíbrio entre as partes, sem qualquer tipo de discriminação.

Assim, para se “impor”, a igualdade deve ser compreendida no contexto do desenvolvimento histórico, que influenciou no surgimento deste princípio, pois trata-se do surgimento de uma ideologia, uma “crença” que todos acreditam e buscam. A influência de outros povos para a construção da igualdade é largamente discutida em todas as esferas jurídicas e sociais, sendo debatida por todos os indivíduos do mundo.

O progresso da isonomia divide-se em três etapas: a primeira em que a regra era a desigualdade; a segunda, a idéia de que todos eram iguais perante a lei, denotando que a lei deve ser aplicada indistintamente aos membros de uma mesma camada social; e na terceira, de que a lei deve ser aplicada respeitando-se as desigualdades dos desiguais ou de forma igual aos iguais.<sup>21</sup>

Deste modo, a igualdade jurídica possui a finalidade de assegurar que todos os indivíduos de uma sociedade possam usufruir os mesmos direitos e vantagens, possuindo direitos e obrigações e excluindo qualquer tipo de discriminação que não possua uma justificação para que exista, corrompendo todos os valores que nos são aferidos por todos os valores constitucionais.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.<sup>22</sup>

<sup>21</sup>ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 32 et seq.

<sup>22</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

Partindo disso, nossas legislações não podem aplicar e nem criar novas normas que tendam a aumentar a desigualdade, deve se tentar criar atos normativos e leis que busquem a plena igualdade jurídica, afim de não ferir os preceitos constitucionais de forma abusiva, tornando-se esses atos inconstitucionais.

## 5.2 Princípio não discriminação

O princípio da não discriminação tem a finalidade de que todos os seres humanos são iguais perante a lei, possuindo os mesmos direitos civis e políticos.

No que se trata de homem e mulher, nos tempos da Primeira Revolução Industrial, a mulher era considerada uma parte fraca no trabalho, necessitando de leis específicas para que diminuísse essa disparidade, hoje já não necessita mais desta proteção, mas a mulher teve que enfrentar muitas lutas para ser aceita, pois a cada dia mais ela ocupa seu espaço, e consequentemente a igualdade perante a lei, como a licença maternidade, e licença por doença.

Esta cláusula de não discriminação surge para proporcionar uma melhor igualdade de direitos entre as pessoas. Relativo a isso, a Carta das Nações Unidas, com ênfase em estabelecer os Direitos Humanos, em seu art. 1º, §3º, estabelece:

Artigo 1º Os Propósitos das Nações Unidas são: [...]

§3º Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; [...].<sup>23</sup>

Pode a discriminação ser classificada como o ato praticado contra outras pessoas, as segregando ou marginalizando por pertencerem a alguma religião, por pertencerem a outra cultura, possuírem outra etnia, entre tantas outras diferenças, que existem como cor, sexo, orientação sexual causando-as constrangimento, vergonha e sentindo-se inferior na sociedade em que vive.

Encontra-se a discriminação, classificada também sob 3 aspectos: direta, indireta ou oculta. A discriminação direta é a que dizemos diretamente o ato da discriminação, já a indireta é norte-americana, acontecendo por

---

<sup>23</sup>CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU, 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

meio de Leis, atos ou normas que criam uma situação em que acentua ainda mais a desigualdade entre as pessoas que, de certa forma, já existia naquela sociedade; já a oculta usa subterfúgios para mascarar a situação, para ocultar o real interesse, sem transparecer a intenção da mesma.

Ademais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reafirma os direitos das pessoas à dignidade, à igualdade e não discriminação, atribuindo ao Estado Parte a obrigação de proteger e aplicar as medidas necessárias garantidas no Tratado para não discriminação. Mesmo em casos excepcionais, o Estado Parte tem que promover a proteção da não discriminação, conforme em seu art. 4º, § 1º:

#### ARTIGO 4

1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.<sup>24</sup>

Desta maneira a pessoa tem garantido o seu direito de não discriminação, incluindo assim seu ambiente de trabalho, direito este que deve ser protegido pelo Estado Membro mesmo em situações excepcionais.

Esse princípio baseia-se na ideia de que todos os seres humanos possuam a mesma igualdade plena de direitos, devendo receber os mesmos tratamentos, proibindo que exista qualquer forma de discriminação entre os indivíduos.

Como o homem é um ser insubstituível, goza de direitos essenciais, as pessoas têm garantido, sem distinção, desfrutar dos Direitos Humanos e dos direitos afirmados nos demais Tratados Internacionais. As Nações Unidas, por exemplo, menosprezam qualquer ato de discriminação em relação ao ser humano, ferindo todos os seus preceitos constitucionais e garantias fundamentais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos aceita e garante os Direitos Humanos de forma inseparável, reconhece os ideais do Sistema Geral de Proteção e o aplica no Sistema Regional de Proteção. O princípio da Igualdade e Não Discriminação é aplicada a todas as pessoas e os Estados Partes tem que garantir a proteção sem discriminação alguma.

A Corte Interamericana fornece apoio aos Estados Partes para que

<sup>24</sup>PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. ONU, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

eles possam tirar dúvidas sobre o Tratado de Direitos Humanos referentes à OEA e também à Declaração Americana de Direitos Humanos. Em 17 de Setembro de 2003, o México pediu informações a respeito do trabalho dos migrantes, sendo que a Corte Interamericana repassou a eles que o Princípio de Igualdade e a não discriminação, afirmados pelo direito internacional, estendessem-se também ao trabalho:

Em concordância com isso, este Tribunal considera que o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação, pertence ao jus cogens, já que sobre ele descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e é um princípio fundamental que permeia todo ordenamento jurídico. Atualmente, não se admite nenhum ato jurídico que entre em conflito com este princípio fundamental. Não se admitem tratamentos discriminatórios em detrimento de nenhuma pessoa, por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição. Este princípio (igualdade e não discriminação) faz parte do Direito Internacional geral. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do jus cogens.<sup>25</sup>

No direito trabalhista, o princípio da não discriminação é usada como maior fonte de proteção para aqueles que sofrem qualquer tipo de discriminação, principalmente por parte do empregador ao empregado, no qual, em algumas empresas o trabalhador, devido sua origem, sexo, orientação sexual, origem étnica, acabam sendo menos prezados e não sendo tratados de forma igualitária aos demais empregados.

Com isso, até mesmo, em relação à aparência física e origem da pessoa acabam influenciando de forma efetiva na relação empregatícia. Assim, a discriminação em relação ao indivíduo muitas vezes acaba passando por despercebida até mesmo por aquele que está sendo prejudicado.

Analisando o contexto histórico do Brasil, onde temos como exemplo os negros, que são muito prejudicados em relação à discriminação, interfere o Estado e tenta amenizar tal prejuízo causado, ao longo dos anos, estabelecendo cotas, de preferência “racial” em instituições públicas ou privadas como forma de pôr em pé de igualdade a sociedade como um todo.

Contudo acaba se ocasionando uma crítica, pois o princípio da não discriminação acaba sendo burlada, já que eles possuem as mesmas capa-

<sup>25</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer consultivo, n. 18/03 de 17 de setembro de 2003. Solicitado por: Estados Unidos do Mexicano. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos Migração, Refúgio e Apátridas. Brasília: Ministério da Justiça. 2014, p.136.

cidades que os demais, não precisando usar de certos “benefícios” oferecidos por parte do Estado a eles, e concorrendo de forma igualitária com os demais. No entanto, continuamos que essa visão não leva em consideração que mesmo tratando de forma desigual, deve-se fazê-lo para que a sociedade busque amenizar a desigualdade existente dentro da sociedade, usando de uma forma efetiva a não discriminação.

Nesse sentido, o problema da não discriminação é que, se não houver vontade política e que realmente isso venha a acontecer, que mude a força da sociedade, e que possa acabar de vez com a desigualdade, porque os menos favorecidos acreditam que é apenas editar a lei para terem justiça. Esta é uma triste ilusão, porque, na realidade, muitas vezes é só uma lei e nada mais.

### 5.3 O princípio de proteção

Em razão da bilateralidade do contrato de trabalho, houve por bem estabelecer-se o princípio de proteção, para zelar que não se tenha submissão do empregado ao empregador, devendo haver equilíbrio e razoabilidade entre as obrigações. O poder de empregador e a capacidade econômica o colocam em um patamar de superioridade que pode conduzir a diferentes formas de exploração.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção a parte hipossuficiente na relação empregatícia -o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.<sup>26</sup>

Deste modo, entende-se que toda a estrutura do Direito do Trabalho deve ser baseada no princípio em comento. Consagrado como um dos direitos sociais fundamentais do indivíduo, e um dos vários modos de obter um mínimo existencial, deve haver a proteção, a reafirmação e a efetivação da dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, deve haver um equilíbrio e razoabilidade no contrato de trabalho, o trabalhador é parte vulnerável. O autor Américo Plá Rodríguez, ainda, estabelece que o princípio da proteção manifesta-se em três dimensões diferentes: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

O princípio *in dubio pro operario* revela-se em como o intérprete,

---

<sup>26</sup>DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 201.

na apreciação de uma norma que produza mais de um sentido, que se aplique aquela que seja mais favorável ao operário. Nas palavras de do autor “é o critério segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador.”<sup>27</sup> Em verdade, trata-se de interpretações diferentes de um mesmo texto normativo, não a inovação de uma nova norma, pois, a interpretação terá como base as disposições da norma e não a inovação.

O autor Maurício Godinho Delgado afirma a aplicação do princípio pode dar-se em diferentes formas: na elaboração da norma, devendo o legislador sempre ponderar pela norma que garanta a proteção ao obreiro em face do empregador; quando houve conflito de normas em razão da hierarquia, independente do patamar hierárquico que esteja o trabalhador, deverá ser a norma mais benéfica ao obreiro e com relação a interpretação de normas jurídicas, deve ser utilizado para que seja aplicado a norma mais benéfica quando uma mesma norma possa produzir mais de um interpretação.<sup>28</sup>

E por fim, a última forma de aplicação do princípio da proteção do trabalhador, o princípio da condição mais benéfica. Esse princípio está amplamente ligado às cláusulas contratuais da relação de emprego. Em busca de garantir o direito adquirido e a condição mais benéfica ao trabalhador, se sobrevier norma ou regulamento do empregador que estabelece condições menos benéficas que a vigente, esta será mantida em razão de melhor atender ao empregado. No entanto, se sobrevier condição mais favorável, as cláusulas contratuais sofreram alteração.

Portando, o princípio da proteção pode ser entendido como todas as medidas assecuratórias para que sejam efetivados todos os direitos do trabalhador e não seja sujeito ao poderio exorbitante dos empregadores, que em razão do poder e da capacidade econômica exploram indivíduos em condições vulneráveis, violando preceitos internacionais e a dignidade da pessoa humana.

## 5.4 O princípio da irrenunciabilidade

As relações de trabalho, em tese, são regidas por contratos. Caso haja previsão contratual de pagamento de salário inferior ao mínimo estabelecido em lei, ainda que o empregado tenha concordado com tal disposição, a cláusula é absolutamente nula, uma vez que o obreiro não pode dispor, ainda que de forma consciente, de um direito trabalhista. Nas palavras do autor Gustavo Filipe Barbosa Garcia, o princípio da irrenunciabilidade “significa

<sup>27</sup>RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 45.

<sup>28</sup>DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 203.

não se admitir, em tese, que o empregado renuncie, ou seja, abra mão dos direitos assegurados pelo sistema jurídico trabalhista, cujas normas são, em sua grande maioria, de ordem pública.<sup>29</sup> O princípio veda toda e qualquer norma que disponha sobre a renúncia de direitos trabalhistas. Se não houvesse a existência deste princípio, as relações de trabalho seriam regidas de forma desarrazoada, abusiva, enfim, o trabalhador, como parte mais fraca e vulnerável, não teria nenhuma garantia em face do empregador.

No entanto, impende assinalar que se a renúncia versar sobre a aplicação de uma norma contratual mais benéfica, esta então há de permanecer. Ademais, ter-se-á a aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador. O artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, estabelece a nulidade de atos que visem a inaplicabilidade das normas contidas na lei trabalhista, nos seguintes termos: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” Nos mesmos termos do artigo acima, a CLT ainda traz a previsão de mais duas vedações de renúncia a direitos trabalhistas em detrimento de prejuízo ao trabalhador.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.  
Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Deste modo, verifica-se que no artigo 444 há a expressa autorização de ser o contrato de trabalho livre para as partes estipularem as condições de trabalho, desde que sejam atendidas todas as normas que versem sobre direito do trabalho, estendendo-se a normas nacionais e internacionais. No que se refere ao disposto no artigo 468, este estabelece a possibilidade de alteração no contrato de trabalho, porém, há a vedação expressa que as alterações causem prejuízos ao empregado.

## **6 A PROIBIÇÃO DA DIFERENÇA DE TRATAMENTO NO DESFRUTE DE UM DIREITO TRABALHISTA BASEADO APENAS NA CONDIÇÃO MIGRATÓRIA DO TRABALHADOR**

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou como funda-

<sup>29</sup>GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 100.



mentos da República Federativa brasileira e do Estado Democrático de Direito a construção de uma sociedade baseada sobre os valores do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana. Ademais, garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza estendendo-se todas as proteções, garantias e direitos fundamentais a todos. A respeito da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet pontua que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>30</sup>

A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, evidencia-se na qualificação como valor jurídico fundamental e fundamento do Estado Democrático de Direito, ao passo que todos os direitos e garantias fundamentais dela são decorrentes. A garantia do mínimo existencial ao indivíduo, seja qual for a origem ou a nacionalidade é dever precípua do Estado.

Por outro lado, a valorização do trabalho como princípio da ordem constitucional traduz-se na essencialidade e dever do Estado de providenciar todas as medidas necessárias para que haja a efetivação desse princípio. Ademais, para que haja a sobrevivência do ser humano e para que providência a subsistência de sua família, o indivíduo conta com a sua força humana para que desenvolva seu labor, de modo a garantir ao indivíduo um mínimo de patrimônio, como forma de garantia da dignidade da pessoa humana. Garantir que não haja supressão de direitos e exploração do empregador da parte mais vulnerável da relação de trabalho são deveres essenciais do Estado brasileiro.

Portanto, pode se entender que a valorização do trabalho na ordem constitucional brasileira é um dos modos de se garantir um mínimo existencial digno ao ser humano, desde que caminhe lado a lado com outros direitos e garantias fundamentais, haja vista que deve haver um equilíbrio entre a livre iniciativa privada e os direitos do indivíduo.

No Brasil, existem pessoas vivendo em regime de escravidão, de tal

---

<sup>30</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

forma que, desde 1995 até 2014, mais de 47 mil trabalhadores foram libertados desse tipo de regime<sup>31</sup>, segundo dados da Organização Não Governamental -ONG Repórter Brasil. Que acabam assim, vivendo da maneira mais degradante e desumana, em razão do uso exorbitante dos poderes do empregador. Ocorre que não é dessa forma que deve acontecer e se desenvolver essas ofertas de trabalho, devendo ser com dignidade e dentro das normas legais. A oferta de trabalho contrárias às condições dignas e estabelecidas em lei não acolhe o refugiado da forma que se deve. Ademais, há princípios específicos que dispõem sobre a proteção e acolhimento que deve haver em relação a essas pessoas. No entanto, o que recorrentemente se verifica é a supressão dos direitos desses indivíduos, que já se encontram em situação delicada e vulnerável, necessitando de proteção, refúgio e amparo.

A lei estabelece a igualdade de todos os cidadãos, tanto refugiados como os do país, para que sejam iguais em tratamento e sejam livres para escolherem em que trabalhar. Os refugiados têm os mesmos direitos dos trabalhadores nacionais, usufruem da mesma carga horária. O refugiado e seu empregador devem seguir as normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e em sua carteira de trabalho e Previdência Social (CTPS) apresentar que trata-se de estrangeiro e não o identificar como refugiado. Essa substituição ocorre depois da Lei 9.474/97, pois o refugiado manifestava que, diante do desconhecimento, por parte dos empregadores, de sua real condição sofria preconceito.

O refugiado deve obter autorização para permanecer em um país, mesmo assim, seus Direitos trabalhistas são garantidos independente de sua situação, tendo o mesmo direito dos nacionais em questão de acesso à justiça, assim havendo uma conduta ilegal da parte do empregador, o refugiado terá o direito de procurar perante a Justiça do Trabalho reparação dos danos sofridos. Sendo a questão referente à permanência resolvida fora da Justiça do Trabalho.

Em meio à preocupação da condição de trabalho dos refugiados no Estado, fora criado o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), que é um órgão vinculado e subordinado ao Ministério da Justiça, no qual configuram-se como atribuições deste órgão a obrigação de dar apoio e assistência jurídica aos refugiados. Destarte, o CONARE é o órgão responsável para proceder com o reconhecimento dos pedidos de refúgio que chegam ao Brasil. Ao passo que, o referido órgão irá disponibilizar quais os documentos necessários para a comprovação desta condição.

Nesse sentido, O Ministério do Trabalho e Emprego criou em 2010

<sup>31</sup>ESCRAVO NEM PENSAR. *O Trabalho Escravo no Brasil*. ONG Repórter Brasil. Disponível em: <<http://escravonempensar.org.br/sobre-o-projeto/o-trabalho-escravo-no-brasil/>>. Acesso em: 21 de maio 2017.

uma cartilha chamada “Guia do Trabalho Decente aos Estrangeiros” onde orienta os mesmos sobre direitos trabalhistas e como fazer com o descumprimento, e outra de “Como Trabalhar nos países do MERCOSUL”. Ocorre que, ainda que haja instrumentos que visem orientar os refugiados quanto aos direitos que lhe são garantidos, as cartilhas apenas são disponibilizadas em português e espanhol, dificultando assim o acesso dos demais refugiados que não falam estes idiomas, como o caso dos sírios (árabe) com 2.298, foram os que o Brasil mais reconheceram entre 2010 e abril de 2016, congoleses (francês) com 968, palestinos (árabe) com 376<sup>32</sup>, entre outras nacionalidades que não tem documentos oficiais em suas línguas. Ao passo que, o acesso à internet também é consideravelmente árduo, e que, por conseguinte, ficam em situação degradante sem informações necessárias, resultando na exploração pelos empregadores.

Há a necessidade de os empregadores se aterem à legalidade, quando do preenchimento de uma vaga de emprego ao refugiado, pois não é pela condição vulnerável que o mesmo se encontra, que abre margem a tratamentos discriminatórios e exploratórios. As condições de trabalho, tanto material, moral, psicológica, devem atender a dignidade do ser. O tratamento dado a nacionais e estrangeiros devem ser isonômicos, ao passo que as proteções sobre essas pessoas encontram alicerces na legislação em vigor, e constantemente há a evolução da hermenêutica utilizada pelos juristas, de modo a garantir ainda mais instrumentos de proteção a minorias vulneráveis.

Em uma entrevista realizada, o Ministro Alberto Bresciani, do Tribunal Superior do Trabalho, pontuou a alarmante situação com relação aos tratamentos dados aos imigrantes ilegais nas relações de trabalho. O medo de procurar, perante a justiça competente, por tutela a lesão de seus direitos, em razão da condição ilegal que se encontra no país, acabam por ter seus direitos trabalhista mutilados.<sup>33</sup>

Muitos são encontrados trabalhando em condições análogas a de escravo, o que desperta preocupação do Ministério do Trabalho e Emprego. Ademais, impende assinalar que o abuso por parte dos empregadores em submeter trabalhadores a condições insalubres, degradantes, influenciou para que houvesse a tipificação penal do trabalho realizado em condições análogas a de escravo. Nesse sentido, o Código Penal brasileiro tipifica como crime em seu artigo 149 a redução à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o

<sup>32</sup>ACNUR. *Brasil tem quase 9 mil refugiados de 79 nacionalidades*. 10 de maio 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/brasil-tem-quase-9-mil-refugiados-de-79-nacionalidades/>> Acesso em: 22 de maio 2017.

<sup>33</sup>CORTES, Lourdes; ALVIM, Rafaela. *Entrevista sobre trabalho estrangeiro com o ministro Alberto Bresciani*. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/en/materias-especiais/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/2255209](http://www.tst.jus.br/en/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2255209)>. Acesso em: 23.04.2017.

a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Com relação a garantias de direitos trabalhistas a migrantes, destaca-se a sentença proferida pela juíza do Trabalho Angélica Candido Nogara Slomp da 2ª Vara do Trabalho de Francisco Beltrão, o qual fora premiada na categoria de Direito dos Imigrantes e Refugiados no I Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com Secretaria de Direitos Humanos (SDH). A sentença versou sobre a liberação dos valores do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço a um trabalhador imigrante de Bangladesh que encontrava-se em solo brasileiro de forma ilegal. A juíza pontuou que “os trabalhadores migrantes devem ter o gozo pleno e efetivo dos mesmos direitos laborais conferidos aos cidadãos do país em que se encontram”. A fundamentação da sentença pautou-se na Constituição da República Federativa brasileira, na Opinião Consultiva nº 18/2003 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e na Declaração Americana de Direitos Humanos. Esses instrumentos internacionais estabelecem o princípio da igualdade e a vedação a qualquer tratamento discriminatório a estrangeiros que encontram-se em solo nacional em situação de irregular.<sup>34</sup>

Não se pode olvidar, da vulnerabilidade a trabalhos, muitas vezes análogos ao trabalho escravo, expondo os refugiados a trabalhos penosos, insalubres e perigosos, que acarretariam custos elevados aos empregadores ao se utilizarem de mão de obra nacional. Ademais, os empregadores aproveitam-se dessa condição, para admitir e dispensar trabalhadores refugiados, como e quando bem entenderem, sem temer as implicações legais em âmbito trabalhista. Muitos imigrantes se permitem a trabalhar em condições indignas de trabalho em razão do desconhecimento de poder socorrer-se ao judiciário para ter seus direitos garantidos ou pelo medo da deportação ao país de origem.

O direito do trabalho é um direito constitucionalmente garantido, previsto no artigo 6º da Confederação Federal de 1988 “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. E conforme o artigo 5º da Confederação Federal de 1988, que garante que todos são iguais perante a lei, independe se é brasileiro ou refugiado residente no País.

A Convenção 97 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a partir da consideração da indefensabilidade dos trabalhadores refugiados e que os mesmos em situações de irregularidade no País, amiudadamente, são

<sup>34</sup>CIEGLINSKI, Thaís. *Decisão premiada garantiu direitos trabalhistas de imigrante irregular*. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/t3sj>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

empregados em condições de trabalho menos favoráveis, e tem o tratamento diferenciado ao dos trabalhadores brasileiros ou de refugiados que já conseguiram a emissão da carteira de trabalho provisória, convictos que esses trabalhadores precisavam de uma proteção internacional de direitos ao trabalho, assegura o mesmo tratamento de trabalhadores brasileiros e estrangeiros (Refugiados/Migrantes) no País.

## **7 A NECESSIDADE DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS E OUTROS ATOS DO PODER PÚBLICO**

O controle da Convencionalidade possui uma semelhança ao tratamento do Controle de Constitucionalidade. Enquanto a Convencionalidade tem como base Tratados e Convenções Internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a Constitucionalidade ocupa um patamar de superioridade em relação às demais normas, seguido de um controle de convencionalidade, que se estabelece abaixo da Constituição Federal, no qual as demais normas devem sujeitar-se.

Ele tem sua origem no continente europeu, com grande influência ativa da jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos na formação do conceito e o seu crescimento como instituto. A Corte Interamericana sempre se dedicou muito neste crescimento e continua prestando seus serviços participativos na edificação e crescimento do instituto, visto que, fez inúmeras situações que se vê a melhora dos conceitos na inclusão do instituto no Controle Convencional.

Em suma, o controle de constitucionalidade preocupa-se com as Leis, atos, decretos, ou qualquer espécie normativa que cause ofensa direta ou indireta a Constituição Federal ou a princípios fundamentais. Ao passo que, o Controle de Convencionalidade preocupa-se no cumprimento dos pactos internacionais, e se há ofensa direta ou indireta a Tratados e Convenções Internacionais que versem sobre Direitos Humanos. Nesse sentido, Valério Mazzuoli ensina que o controle de constitucionalidade trata-se de “(in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e em controle de convencionalidade para os casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país.”<sup>35</sup>. O controle poderá ocorrer da mesma forma que se ocorre o controle de constitucionalidade, de forma difusa, quando há a aplicação desses instrumentos por qualquer dos juízos ou tribunais, e de forma concentrada, como no caso de concentração em um único tribunal. Na esfera legislativa,

---

<sup>35</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

o controle será efetuado por parte do parlamento, quando da elaboração das leis. No entanto, também poderá haver a utilização do Controle de Convencionalidade na esfera judicial, em razão de haver uma lei em vigência que exprima ofensa a Tratado ou Convenção Internacional de Direitos Humanos com criação posterior.

O controle da convencionalidade pauta-se na boa fê por parte dos Estados em cumprirem com as obrigações dos Tratados e Convenções Internacionais, concomitantemente alicerçado no princípio norteador das relações internacionais *pacta sunt servanda*, onde os pactos devem ser cumpridos. A própria Convenção de Viena de 1969 estabelece a vedação para a parte invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Há dois efeitos que são gerados quando da análise do controle de convencionalidade, conforme já fora exposto acima. O efeito gerado é controle sobre as normas domésticas, que exprimem ofensa aos pactos, motivo pela qual devem ser inconventionais e invalidadas, gerando a revogação do ordenamento jurídico. É necessário uma adaptação das leis internas de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos e o entendimento da Corte Interamericana.

Deste modo, os juízes nacionais têm dever imposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de fazer o controle de convencionalidade. O Brasil já está realizando este controle de convencionalidade. Nesse sentido, o secretário-geral da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Pablo Saavedra Alessandri pontua que o fenômeno da imigração é um tema de grande complexidade, ao passo que, envolve sempre mais de um Estado. Nesse sentido, em que pese haver a soberania e a discricionariedade de os países estabelecerem normas e políticas migratórias, é necessário a atenção ao Tratados Internacionais e Instrumentos Internacionais que versem sobre Direitos Humanos.<sup>36</sup> A necessidade de atender aos Tratados e Convenções Internacionais que dizem respeito a Direitos Humanos já vem demonstrado preocupação no Brasil, ao passo que, já há a aplicabilidade de submeter-se normas que versem sobre migrantes aos instrumentos internacionais.

Cite-se como exemplo, da invocação do controle de convencionalidade no Brasil, como bem pontuado pelo Ministro Lewandowski do STF, a importância que representa em detrimento de o país estar enfrentando temas centrais no tocante à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Assevera ainda que “É bem verdade que há ainda muito o que fazer nessa

<sup>36</sup>FREIRE, Tatiane. *Corte IDH: Regras nacionais devem respeitar tratados sobre Direitos Humanos. Agência CNJ de Notícias*. 06 de jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82551-corte-idh-regras-nacionais-devem-respeitar-tratados-sobre-direitos-humanos>>. Acesso em: 23 de abr. 2017.

temática, mas a nossa contribuição está impressa em casos emblemáticos revelados pela jurisprudência do STF, especialmente para combater as discriminações de gênero, raça, orientação sexual etc., tendo a Corte esboçado os primeiros passos para validar as ações afirmativas entre nós”.<sup>37</sup>

O Juiz Pablo Saavedra Alessandri, secretário-geral da Corte IDH, esboça a necessidade e importância deste instrumento ao lado da lesão que se ocorre frente a direitos trabalhistas e condições indignas de sobrevivência que sofrem os migrantes. O trabalho análogo ao de escravo, em virtude da condição vulnerável em que os migrantes e refugiados de se encontram. O Juiz pontua, ainda, que em virtude dessa condição vulnerável, são, não raras vezes, forçados a trabalhar ilegalmente, por questão de sobrevivência, sendo submetidos a condições de trabalho insalubre, e análogo a escravidão.<sup>38</sup>

Muito embora, os refugiados, quando do protocolo de refúgio, já possui o direito a retirada da CTPS provisória, muitos não buscam o refúgio, pelo medo do indeferimento e a consequente deportação. Em virtude disso, são usurpados de seus direitos. Nesse sentido, destaca Saavedra, da importância que o Estado combater a contratação de forma ilegal trabalhadores migrantes quando não tiverem as mesmas condições que trabalhadores nacionais.<sup>39</sup>

O vice-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Eduardo Ferrer, em no evento de “O Direito Internacional dos Direitos Humanos em Face do Poderes Judiciais Nacionais”, realizado em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) observou que, dentre os diversos objetivos que se busca com a efetivação do controle de convencionalidade, verifica-se a busca pela proteção e efetivação de abolir do sistema jurídico brasileiro espécies normativas que sejam incompatíveis com Tratados e Convenções Internacionais.<sup>40</sup>

Deste modo, as buscas por instrumentos tornam-se cada vez mais importantes para que haja a efetivação dos Direitos Humanos. E o controle de Convencionalidade deve ser realizado por todas as esferas dos Poderes.

---

<sup>37</sup>FARIELLO, Luiza. *Presidente do CNJ abre seminário sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos. Agência CNJ de Notícias*. 07 de jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82531-presidente-do-cnj-abre-seminario-sobre-direito-internacional-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 24 de abr. 2017.

<sup>38</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF: Migrantes. STF*, 07 de jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318279&caixaBusca=N>>. Acesso em: 24 de abr. 2017.

<sup>39</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF: Migrantes. STF*, 07 de jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318279&caixaBusca=N>>. Acesso em: 24 de abr. 2017.

<sup>40</sup>ZAMPIER, Deborah. *Controle de convencionalidade deve ser do Estado, diz vice da Corte IDH. Agência CNJ de Notícias*. 08 de jun. 2016. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82548-controle-de-convencionalidade-deve-ser-do-estado-diz-vice-da-corte-idh>>. Acesso em: 24 de abr. 2017.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, conforme se depreende do estudo apresentado, muito embora a Constituição Federal de 1988 estabeleça a igualdade jurídica, sem distinção de cor, raça, religião, nacionalidade ou origem, há barreiras sociais, econômicas e políticas que dificultam a inclusão do refugiado na sociedade.

As políticas migratórias burocratizam a entrada e permanência de refugiados. A resistência da sociedade em aceitação do imigrante em território nacional e a influência midiática tende a apresentar o refugiado como uma ameaça à segurança pública. Deste modo, a política de controle na fronteira e a observação do deslocamento deles na sociedade tornaram-se muito severas e recorrentes. O formulário de requerimento de refúgio constitui-se de um documento extenso, que busca as peculiaridades que influenciaram aquele indivíduo a solicitar o refúgio. No entanto, possui diversas fases e procedimentos que o tornam demorado. Muitos refugiados aguardam por anos o deferimento de seu pedido de refúgio.

Impende assinalar que, o refugiado, nesta condição, vem de uma situação de desespero e desamparo, buscando em outros países a segurança que não encontra em solo de origem. No entanto, deparam-se com processos burocráticos e com barreiras sociais, ao passo que, a demora demasiada de análise do pedido, ocasiona o trabalho irregular desenvolvido pelo refugiado. Nesse sentido, os empregadores não se atentam à legalidade, quando do preenchimento de uma vaga de emprego ao refugiado, o que em muitos casos aproveitam-se desta condição vulnerável que o mesmo se encontra, a dão tratamentos discriminatórios e exploratórios. Os casos de exploração da mão de obra do refugiado em condições análogas a de escravo são recorrentemente noticiadas no país. E muitos refugiados que se encontram irregulares no país, sujeitam-se a essas condições em virtude da necessidade do emprego e pelo medo de ser deportado para o país de regresso.

O tratamento dado a nacionais e estrangeiros devem ser isonômicos, ao passo que as proteções sobre essas pessoas encontram alicerces na legislação em vigor, e constantemente há a evolução da hermenêutica utilizada pelos juristas, de modo a garantir ainda mais instrumentos de proteção a minorias vulneráveis. Nesse sentido, as decisões e os tratamentos dados aos estrangeiros devem pautar-se sob os princípios da dignidade da pessoa humana e a não-discriminação, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, aplicação da norma mais benéfica. Ademais, para nortear o intérprete no caso concreto, o Direito do Trabalho ainda conta com princípios específicos de proteção da parte mais vulnerável da relação de trabalho: o empregado. O que pode se verificar é que o estrangeiro, não raras vezes, encontra-se em



posição mais vulnerável ainda, em virtude do desconhecimento ao direito de proteção de direitos trabalhista e a exploração pelos empregadores.

Os Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Superiores, ao apreciar direitos trabalhistas de imigrantes ou refugiados necessitam de submeter o caso a apreciação dos Tratados e Convenções Internacionais. Esta é a forma de utilizar do controle de convencionalidade das normas em relação a esses instrumentos internacionais. O controle de convencionalidade tem por premissa a preocupação no cumprimento dos pactos internacionais, e se há ofensa direta ou indireta a Tratados e Convenções Internacionais que versem sobre Direitos Humanos.

Destacam-se ainda a necessidade de cumprimento pelo Estado das normas imperativas de *Jus Cogens*. O princípio *pacta sunt servanda*, é uma norma de *Jus Cogens* que preconiza que o contrato deve ser cumprido a qualquer custo, por todas as partes, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em virtude dessa condição *Jus Cogens*, tem-se a extensão a estrangeiros as normas jurídicas que versem sobre direitos e garantias fundamentais a brasileiros. Essa condição já é estabelecida no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando estabelece igualdade de tratamento a brasileiros e estrangeiros.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. *Brasil tem quase 9 mil refugiados de 79 nacionalidades*. 10 de maio 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/brasil-tem-quase-9-mil-refugiados-de-79-nacionalidades/>>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Fridtjof Nansen*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/premio-nansen/fridtjof-nansen/>>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas*. 10 de dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 09 de abr. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF: Migrantes*. STF, 07 de jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318279&caixaBusca=N>>. Acesso em: 24 de abr. 2017.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU, 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

CARVALHO, Jailton de. *PF faz operação no DF contra tráfico de pessoas de Bangladesh*. *O Globo*, 16 de jun. 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/pf-faz-operacao-no-df-contra-traffic-de-pessoas-de-bangladesh-8394417>>. Acesso em: 16 de maio 2017.

CIEGLINSKI, Thaís. *Decisão premiada garantiu direitos trabalhistas de imigrante irregular*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/t3sj>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer consultivo, n. 18/03 de 17 de setembro de 2003. Solicitado por: Estados Unidos do Mexicano. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos Migração, Refúgio e Apátridas. Brasília: Ministério da Justiça. 2014.

CORTES, Lourdes; ALVIM, Rafaela. *Entrevista sobre trabalho estrangeiro com o ministro Alberto Bresciani*. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/en/materias-especiais/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/2255209](http://www.tst.jus.br/en/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2255209)>. Acesso em: 23.04.2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ENCICLOPÉDIA. Escolar Britannica. *Refugiado*. In Britannica Escola. Enciclopédia Escolar Britannica, 2017. Web, 2017. Disponível em: <<http://escola.britannica.com.br/levels/fundamental/article/refugiado/482345>>. Acesso em: 4 de jun. 2017.

ES CRAVO NEM PENSAR. *O Trabalho Escravo no Brasil*. ONG Repórter Brasil. Disponível em: <<http://escravonempensar.org.br/sobre-o-projeto/o-trabalho-escravo-no-brasil/>>. Acesso em: 21 de maio 2017.

FARIELLO, Luiza. *Presidente do CNJ abre seminário sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos*. *Agência CNJ de Notícias*. 07 de jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82531-presidente-do-cnj-abre-seminario-sobre-direito-internacional-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 24 de abr. 2017.

FREIRE, Tatiane. *Corte IDH: Regras nacionais devem respeitar tratados sobre Direitos Humanos*. *Agência CNJ de Notícias*. 06 de jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82551-corte-idh-regras-nacionais-devem-respeitar-tratados-sobre-direitos-humanos>>. Acesso em: 23 de abr. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. rev.,

atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Apud: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MANN, Charles C.; Rosa, Vanderley Flor da. *1941 - Novas Revelações das Américas antes de Colombo*. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/article/view/65/225>>. Acesso em: 20 de maio 2017.

MARTINS, T. C.; ANDRASCHKO, L. *Direito à igualdade dos refugiados no plano internacional*. Saberes da Amazônia, Porto Velho, v. 1, n. 2, mai./ago. 2016. p. 221 Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/revista/index.php/saberesamazonia/article/view/27>>. Acesso em 03 abr. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*, t. IV/689. Apud: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37. ed. rev. Atua. São Paulo: Malheiros. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Julia Bertino. *A problemática dos refugiados no mundo: evolução do pós-guerra aos dias atuais*. Campinas. 2006. p. 4. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006\\_909.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_909.pdf)>. Acesso em: 17 de maio 2017.

NETO, Helion Póvoa. *Barreiras físicas à circulação como dispositivos de política migratória: notas para uma tipologia*. p. 3. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/5EncNacSobreMigracao/ mesa\\_03\\_bar\\_fis\\_circ.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/5EncNacSobreMigracao/ mesa_03_bar_fis_circ.pdf)>. Acesso em: 25 de abr. 2017.

O GLOBO/COM AGÊNCIA INTERNACIONAIS. Tráfico de imigrantes gera US\$7 bilhões por ano nas duas principais rotas. *O Globo*, 06 de out. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/trafico-de-imigrantes-gera-us-7-bilhoes-por-ano-nas-duas-principais-rotas-14159777>>. Acesso em: 16 de maio 2017.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. ONU, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*.

Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROGRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZAMPIER, Deborah. *Controle de convencionalidade deve ser do Estado, diz vice da Corte IDH*. Agência CNJ de Notícias. 08 de jun. 2016. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82548-control-de-convencionalidade-de-ve-ser-do-estado-diz-vice-da-corte-idh>>. Acesso em: 24 de abr. 2017.

# ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO MECANISMO PARA A REALIZAÇÃO DA ADOÇÃO

*Larissa Marciely Brum dos Santos<sup>1</sup>*

*José Natanael Ferreira<sup>2</sup>*

---

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo tratar da adoção internacional, pois a adoção nacional atualmente está ocorrendo com pouca frequência, nos dados estatísticos a quantidade de pretendentes nacionais passa de trinta e cinco mil pessoas, enquanto as crianças e adolescentes aptas são de quase cinco mil, chegando-se a conclusão que isso ocorre principalmente pelo preconceito, discriminação e exigência dos pretendentes nacionais na hora de escolher o perfil do menor o qual se deseja adotar. Como solução de garantir o direito do menor frente a adoção, pode ser aplicada os mecanismos de incentivo de projetos para os pretendentes reavaliar os quesitos desejados do menor e proporcionar a facilitação da adoção internacional, já que trata-se de um mecanismo que alcança o direito do menor, por serem mais amplos na escolha do perfil desejado, conforme pesquisas e entrevistas com pessoas estrangeiras que adotaram o resultado, na maior parte dos casos, atingiu o objetivo da adoção, sendo o de garantir o interesse superior da criança ou adolescente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Instituto da Adoção. Adoção Estrangeira. Perda do Poder Familiar.

**ABSTRACT:** this work aims to treat international adoption, because national adoption is currently occurring infrequently, statistical data the quantity of 35000 people passes national applicants, while children and adolescents are capable of almost 5000, reaching the conclusion that this occurs mainly by prejudice, discrimination and requirement of national applicants in choosing the smaller profile which you want to adopt. As a solution to ensure the right of the lower front of adoption, can be applied incentive mechanisms for project applicants reassess the desired items and provide facilitation of international adoption, as it is a mechanism that achieves the right of the minor to be broader in choosing the desired profile, according to polls and interviews with foreign people who have adopted the result in most cases,

---

<sup>1</sup>Acadêmica do curso de Direito X Termo, na Faculdades do Vale do Juruena – AJES, Juína/ Mato Grosso, Brasil, 2016. E-mail: larissa.mbds@gmail.com

<sup>2</sup>Professor do Curso de Direito, na Faculdades do Vale do Juruena – AJES, Juína/ Mato Grosso, Brasil, 2016. E-mail: jnf.natal@gmail.com

has reached the goal of adoption, and to ensure the best interests of the child or adolescent.

**KEYWORDS:** Institute of Adoption. Foreign Adoption. loss of family power.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Adoção Internacional Aspecto Jurídico; 3 Elementos Essenciais da Adoção; 3.1 Requisitos Gerais para Ação de Adoção; 3.2 Pressupostos Jurídicos Para Adoção Internacional; 3.3 Processo Extrajudicial e Judicial da Adoção; 3.4 Dados Estatísticos; 3.4.1 Adotantes Nacionais Aptos; 3.4.2 Crianças e adolescentes aptos para adoção no Brasil; 4 Mecanismo para Promover o Processo de Adoção; 5 Considerações Finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho trataremos do instituto da adoção, com ênfase na adoção internacional, apresentando no primeiro capítulo os aspectos gerais, sendo a adoção internacional, a adoção por um indivíduo ou casal que reside fora do Brasil, não sendo a criança ou adolescente adotada por pessoas nacionais surge à possibilidade da adoção por estrangeiros.

No segundo capítulo será demonstrado os elementos essenciais para a adoção internacional, trazendo quais são os requisitos necessários, os pressupostos jurídicos da adoção internacional, o procedimento da adoção, a necessidade de serem realizados todos os procedimentos nacionais e estrangeiros, para ocorrer o processo. Além de apresentar dados estatísticos atuais que demonstram a quantidade de pretendentes e de menores aptos para serem adotados.

E no terceiro capítulo os possíveis mecanismos para ocorrer à finalidade da adoção, sendo a inclusão do menor em uma família que irá proporcionar o afeto, carinho, educação e os direitos a eles essenciais.

A realização do trabalho apresentou como base metodológica fontes bibliográficas, com livros, sites jurídicos, publicações científica, todos atualizados.

O trabalho buscou responder ao seguinte problema: por que se tem uma grande quantidade de pessoas nacionais habilitadas e um número inferior de menores que estão aptas para serem adotadas, mas não são?

O objetivo da pesquisa irá ser o de demonstrar o procedimento e os dados que comprovam as alegações e possíveis motivos da não realização adoção nacional. Abrindo assim a possibilidade de ser realizada com mais frequência à adoção internacional. Além, de apresentar o mecanismo de aplicação e incentivo a projetos para pretendentes nacionais e internacionais,

incentivando ao não preconceito e a verdadeira finalidade do instituto da adoção.

A adoção internacional diante do contexto da sociedade brasileira atual apresenta como sendo um modelo possível de ser seguido, o trabalho apresentará que a finalidade da adoção no Brasil não está sendo alcançada, devendo assim a sociedade buscar uma reavaliação quanto à questão dos preconceitos no país, participar das palestras que incentivam a adoção.

## 2 ADOÇÃO INTERNACIONAL ASPECTO JURÍDICO

A adoção internacional é um instituto que passou a ser frequentemente realizado após a Segunda Guerra Mundial em 1945, sendo que um dos marcos principais, tratando-se da quantidade de crianças e adolescentes que ficaram órfãos nesse período, o qual foi imensa, causando uma preocupação em todas as sociedades que se deparavam com aquela realidade, muitas famílias foram praticamente aniquiladas, as cidades que sofreram menos com a guerra ajudavam, apresentando como um meio para solucionar tal realidade a adoção estrangeira das crianças e adolescentes órfãos.

A Guerra trouxe um resultado de milhares de órfãos, os quais necessitavam ser tirados daquela situação catastrófica, que os países estavam passando, entretanto, como cita Del'Olmo esse foi um dos marcos principais que proporcionou uma grande procura de adoção internacional, outros são:

[...] o massivo ingresso da mulher no mercado de trabalho, o controle de natalidade, o uso de anticoncepcionais e a legalização do aborto em algumas legislações contribuíram para o decréscimo da natalidade em países industrializados, diminuindo também o número de crianças disponíveis para adoção e, conseqüentemente, estimulando a adoção de menores em outros países, normalmente mais pobres e sem controle da natalidade. [...]³

Assim, a adoção internacional, foi sendo apresentada como tendo a finalidade de proporcionar todos os mecanismos eficientes e necessários possíveis, capazes de fazer, com que, o menor alcance o bem-estar físico, psíquico e emocional, e proporcione dentro do ordenamento jurídico dos países envolvidos, uma maior estabilidade e controle.

Após 1945, a adoção internacional se tornou um tema preocupante em questão internacional, partindo dessa premissa a Organização das nações Unidas - ONU passou a desenvolver e promulgar Convenções significati-

---

³DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 164.

vas. Neste sentido, pode ser apresentadas algumas Convenções em escala crescente que a Juíza de Direito Valeria da Silva Rodrigues<sup>4</sup> da Vara de Atos Infracionais da Infância e da Juventude de Belo Horizonte/MG, apresentou em seu artigo “Aspectos legais da adoção internacional de crianças e adolescentes no Brasil”, sendo:

ANO	
1959	Proclamação da Declaração dos Direitos da Criança, pela Assembléia Geral das Nações Unidas;
1961	Realizada em Haia a Convenção em que trouxe a Competência das Autoridades e à Lei aplicável em Matéria de Proteção de Menores, a qual trouxe como objetivo de estabelecer, a unificação entre os Estados contratantes, principalmente disposições comuns quanto à competência das autoridades da residência da criança ou adolescente e à Lei que tratava da proteção dos infantes;
1967	Convenção Européia em Matéria de Adoção de Crianças, que teve como o objetivo unir e regula regras quanto à adoção;
1980	Promulgação da Convenção Européia sobre Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda e o Restabelecimento da Guarda de Menores, e a Convenção dos Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, que visava à proteção do infante quando se tinha a mudança de domicílio ocorrida irregularmente ou ilícita;
1984	Promulgação da Convenção Interamericana que tratou dos Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores;
1989	Proclamação da Convenção Interamericana de Restituição Internacional de Menores, sendo Brasil entrada em vigor pelo Decreto Presidencial n. 1.212, de 3.8.94;
1989	Convenção Internacional dos Direitos da Criança, sendo no Brasil entrada em vigor pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14/9/1990, sendo ratificada em 24/09/1990, entretanto, somente em 21/11/1990 com o Decreto 99.710 se tornou exigível;
1989	Convenção Relativa à Proteção e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia em 29/05/1993.

Com isso, pode ser vislumbrada a busca incessante para garantir os direitos ao menor que fosse adotado por estrangeiros, em qualquer dos países que aceitaram as convenções, o respaldo necessário que proporcionaria uma

<sup>4</sup>RODRIGUES, Valeria da Silva. *Aspectos legais da adoção internacional de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em <[http://www8.tjmg.jus.br/corregedoria/ceja/conteudo\\_seminarioItalo/valeriasilva-rodrigues.pdf](http://www8.tjmg.jus.br/corregedoria/ceja/conteudo_seminarioItalo/valeriasilva-rodrigues.pdf)> Acesso em: 21 Set. 2016. p. 08 e 09.



segurança para a criança e ao adolescente que não estava conseguindo uma efetivação aos seus direitos mínimos no seu país de origem.

Assim, após o ano de 1980, no Brasil foi aderido o estado de necessidade da realização da adoção nacional e abriu a possibilidade de realizar a adoção estrangeira. Sendo que em 1990 o Brasil promulgou o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual apresentou alterações recentes pela Lei nº. 12.010/2009.

O conteúdo que o Estatuto abrange é vasto, além de trazer uma modificação significativa em seu artigo 31, o qual diz “A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”, assim a adoção de menores por estrangeiros passa a partir de 1994, ser mais severa e passa a perder força quanto as exigências rígidas.

Com a promulgação da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, que ainda vige em nosso ordenamento jurídico atualmente por força do Decreto nº. 3.087/99, vem reforçando o mencionado nas legislações já outrora promulgadas, trazendo em seus artigos 1<sup>o</sup> e 5<sup>o</sup> o objetivo específico da adoção internacional.

Dessa forma, a convenção tem como principal objetivo o de proporcionar o melhor mecanismo para a efetivação da adoção internacional, realizando assim a concretização da real vantagem para o menor que tanto se busca com a adoção, sendo neste caso, se não tem a possibilidade de realizar a inclusão do menor em uma família substituta no país natural, que se faça sua colocação em uma família de outro país, que proporcionará os direitos que o infante possui.

A Convenção Haia deve ser aplicada juntamente com a Lei nº. 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo assim as adoções internacionais ser realizadas de acordo com o disposto em lei e garantindo a plena aplicabilidade de tal instituto.

---

<sup>5</sup>Artigo 1<sup>o</sup>: presente Convenção tem por objetivo:

- a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional;
- b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças;
- c) assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção.

<sup>6</sup>Artigo 5<sup>o</sup>: As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de acolhida:

- a) tiverem verificado que os futuros pais adotivos encontram-se habilitados e aptos para adotar;
- b) tiverem-se assegurado de que os futuros pais adotivos foram convenientemente orientados;
- c) tiverem verificado que a criança foi ou será autorizada a entrar e a residir permanentemente no Estado de acolhida.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, caput, redação dada pela Emenda Constitucional nº. 65 de 2010, trouxe o dever que a família e ao Estado devem proporcionar a criança e ao adolescente, sendo que em seu § 5º menciona que “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, assim, foi incorporado na lei brasileira, visando à garantia do melhor interesse ao menor, estabelecendo regras e condições, que proporcionam em conjunto a possibilidade de se ter a adoção internacional.

No Brasil, é considerado como sendo uma adoção internacional, aquela mencionada no artigo 51<sup>7</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente e conforme artigo 2º<sup>8</sup> da Convenção de Haia.

Partindo dessa premissa, trata-se adoção internacional, como sendo a adoção realizada por pessoas que residem em outros países, que não aquele de origem do menor, visando sempre o interesse da criança e do adolescente, não se trata da adoção realizada, por exemplo, de estrangeiros residentes no Brasil e nos casos em que a adoção seja por um casal, sendo um estrangeiro e o outro nacional, se estes residirem no Brasil a adoção será considerada e procedido como sendo o da residência habitual. Portanto, deve ser seguido o Direito Internacional Privado, sendo assim sanados todos os conflitos entre as leis nacionais e locais onde os adotantes residem.

### 3 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA ADOÇÃO

#### 3.1 Requisitos Gerais para Ação de Adoção

A adoção para concretizar-se no direito material deve atender a requisitos necessários que estão mencionados no Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais tornaram a criança e o adolescente aptos para serem adotados e os adotantes aptos para receber o menor, sendo

Requisito	Estatuto da Criança e do Adolescente
-----------	--------------------------------------

<sup>7</sup>Artigo 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no art. 2º da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto 3.087, de 21 de junho de 1999.

<sup>8</sup>Artigo 2º. 1. A Convenção será aplicada quando uma criança com residência habitual em um Estado Contratante (“o Estado de origem”) tiver sido, for, ou deva ser deslocada para outro Estado Contratante (“o Estado de acolhida”), quer após sua adoção no Estado de origem por cônjuges ou por uma pessoa residente habitualmente no Estado de acolhida, quer para que essa adoção seja realizada, no Estado de acolhida ou no Estado de origem.

2. A Convenção somente abrange as Adoções que estabeleçam um vínculo de filiação.

Idade Mínima	artigo 42, <i>caput</i> : Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.
Estabilidade Da Família	artigo 42, §2º: Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.
Diferença de 16 (dezesesseis) Anos de Idade	artigo 42, § 3º: O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.
Consentimento	artigo 45, <i>caput</i> : A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.
Dispensa Do Consentimento	artigo 45, § 1º: O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.
Concordância Do Adotando	artigo 45, § 2º: Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.
Reais Benefícios Para O Adotando	artigo 43: A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

E ainda, para ser proferida a sentença favorável a adoção deve ser realizado o requisito do estágio de convivência, tal necessidade esta mencionado no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz “A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso”.

Trata-se de um período, o qual servirá para formular a avaliação da nova família, um período fundamental, que a equipe técnica do juízo acompanhará, verificando assim a adaptação do adotante e do adotando.

Uma exigência que deve ser cumprida esta mencionada no artigo 46, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente sendo “Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias”, o qual é necessário para principalmente analisar como é o comportamento e o recebimento, já que se trata nesse caso de uma mudança em todos os sentidos para o adotado.

A necessidade de preencher os requisitos, trata-se de algo de suma

importância, visto que sem o preenchimento dos mesmos, não há possibilidade do pretendente nacional ou estrangeiro conseguir a habilitação, ou ingresso no processo de adoção, por serem requisitos, que devem ser observados no início, no desenvolvimento e no momento que antecede a sentença que deferi a adoção pleiteada.

### 3.2 Pressupostos Jurídicos Para Adoção Internacional

Os pressupostos jurídicos para a adoção internacional, sendo a única medida admissível de colocação de um menor em família substitutiva estrangeira, estão mencionados conforme no artigo 51, §1º, do Estatuto da Criança e Adolescentes, assim o estrangeiro para tentar realizar o processo de adoção no Brasil, deverá apresentar todos os documentos necessários que são requeridos pelo país de seu domicílio, mostrando-se apto para adotar, realizar o estudo psicossocial e assim buscar no país de origem do adotado o preenchimento dos seus requisitos.

A Convenção de Haia dispõe em seus artigos 14<sup>10</sup> e 15<sup>11</sup> dos requisitos para a adoção internacional, os quais devem ser observados, tem a necessidade dos adotantes terem domicílio no estrangeiro, sendo que deverão comparecer perante a Autoridade Central do Estado em que reside, como também, preencherem os documentos necessários, além de realizarem estudos psicológicos entre outros, que deverão serem julgados por autoridade competente. Deverão ser apresentados laudos, que comprovem a capacidade do indivíduo em estar apto para se qualificar como um possível adotante, sendo reconhecida tal capacidade, a autoridade central competente realizará o comunicado para o país de origem.

Preenchidos os requisitos no país que acolherá a criança, fica a cargo do país de origem, realizar o preenchimento dos requisitos mencionados no ponto 2.1, tratado anteriormente neste trabalho, sendo somente depois realizada a tentativa de inclusão do menor na família do país de origem, não sendo possível passa-se a tentativa de colocação em uma família substitutiva

---

<sup>9</sup>Art. 51 - Cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, observar-se-á o disposto no art. 31.

§ 1º O candidato deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis do seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem.

<sup>10</sup>Artigo 14. As pessoas com residência habitual em um Estado Contratante, que desejem adotar uma criança cuja residência habitual seja em outro Estado Contratante, deverão dirigir-se à Autoridade Central do Estado de sua residência habitual.

<sup>11</sup>Artigo 15. 1. Se a Autoridade Central do Estado de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, a mesma preparará um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam, sua aptidão para assumir uma adoção internacional, assim como sobre as crianças de que eles estariam em condições de tomar a seu cargo.

2. A Autoridade Central do Estado de acolhida transmitirá o relatório à Autoridade Central do Estado de origem.

estrangeira, conforme artigos 4<sup>o</sup><sup>12</sup> e 5<sup>o</sup><sup>13</sup> da Convenção de Haia de 1993.

A Convenção de Haia, trás de forma clara todas as verificações que devem ser realizadas para chegar ao procedimento da adoção, devendo ser observado o disposto no artigo 16<sup>14</sup>, pois quando o menor preenche os requisitos requeridos no país de origem, será após, regido pelo procedimento das leis brasileiras, sendo assessorado pelo país de acolhimento, esgotados os meios de colocação em uma família nacional, o menor passará a ser uma criança adotável por família estrangeira.

Assim, o menor estando apto para adoção no Estado de origem, a Autoridade Central do Estado, realizará um relatório, onde constará dados gerais e específicos do menor.

---

<sup>12</sup>Artigo 4. As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem:

- a) tiverem determinado que a criança é adotável;
- b) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança;
- c) tiverem-se assegurado de:

- 1) que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requeira para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das conseqüências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem;

- 2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito;

- 3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e

- 4) que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e

- d) tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de:

- 1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as conseqüências de seu consentimento à adoção, quando este for exigido;

- 2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança;

- 3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito;

- 4) que o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie.

<sup>13</sup>Artigo 5. As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de acolhida:

- a) tiverem verificado que os futuros pais adotivos encontram-se habilitados e aptos para adotar;

- b) tiverem-se assegurado de que os futuros pais adotivos foram convenientemente orientados;

- c) tiverem verificado que a criança foi ou será autorizada a entrar e a residir permanentemente no Estado de acolhida.

<sup>14</sup>Artigo 16. 1. Se a Autoridade Central do Estado de origem considerar que a criança é adotável, deverá:

- a) preparar um relatório que contenha informações sobre a identidade da criança, sua adotabilidade, seu meio social, sua evolução pessoal e familiar, seu histórico médico pessoal e familiar, assim como quaisquer necessidades particulares da criança;

- b) levar em conta as condições de educação da criança, assim como sua origem étnica, religiosa e cultural;

- c) assegurar-se de que os consentimentos tenham sido obtidos de acordo com o artigo 4; e

- d) verificar, baseando-se especialmente nos relatórios relativos à criança e aos futuros pais adotivos, se a colocação prevista atende ao interesse superior da criança.

2. A Autoridade Central do Estado de origem transmitirá à Autoridade Central do Estado de acolhida seu relatório sobre a criança, a prova dos consentimentos requeridos e as razões que justificam a colocação, cuidando para não revelar a identidade da mãe e do pai, caso a divulgação dessas informações não seja permitida no Estado de origem.

Sendo por fim, cumprido o disposto no artigo 18 da Convenção de Haia, que afirma: “As Autoridades Centrais de ambos os Estados tomarão todas as medidas necessárias para que a criança receba a autorização de saída do Estado de origem, assim como aquela de entrada e de residência permanente no Estado de acolhida”, promovendo a mudança do menor.

### 3.3 Processo Extrajudicial e Judicial da Adoção

O processo judicial de adoção tem como finalidade a de proporcionar a ligação entre pessoas que antes não tinham nenhum vínculo, preenchendo assim todos os requisitos que se tem na lei e sendo realizado o procedimento da adoção, são adquiridos todos os direitos que são resguardados de filhos para pais e pais para com filhos em todos os sentidos, como se assim sempre fosse, mesmo não tendo vínculo consanguíneo entre eles.

O procedimento da adoção internacional de crianças e de adolescentes, procede de duas formas, conforme mencionado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania, pela adoção por residentes no Brasil e por residentes no exterior.

A adoção por residentes no Brasil, ou seja, é tido como o país de destino, quando for um país de origem o qual não se tem ratificado a Convenção de Haia de 1993, deverá seguir o mencionado no artigo 52-D<sup>15</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, deve ser procedido como se fosse uma adoção nacional, sendo observado o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, preenchendo todos os requisitos e fases processuais, até se ter a sentença que concederá a adoção, não se tendo nessa modalidade de adoção a intervenção das autoridades centrais.

Entretanto, quando se tratar de ser a adoção internacional por residentes no Brasil o qual o país de origem tenha ratificado a Convenção de Haia de 1993, os pretendentes a adoção internacional deverão habilitar-se na comarca de sua residência, realizando o preenchimento de todas as regras e requisitos que o Tribunal de Justiça tenha, realizando os procedimentos extrajudiciais, depois de se tornarem aptos na habilitação, deverão requerer ao Juízo, que seja, encaminhada para Comissão Estadual Judiciária de Adoção, uma cópia dos autos, mencionando qual será o país de onde se pretende adotar o menor. Assim, a Autoridade Central Administrativa Federal, ficará com a função de enviar o pedido para a autoridade central do país estrangeiro

<sup>15</sup>Art. 52-D. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e a adoção não tenha sido deferida no país de origem porque a sua legislação a delega ao país de acolhida, ou, ainda, na hipótese de, mesmo com decisão, a criança ou o adolescente ser oriundo de país que não tenha aderido à Convenção referida, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional.

desejado, requerendo as demais orientações necessárias para os procedimentos e quanto a legislação específica, a qual passa a ter que ser seguida para a concretização da adoção internacional.<sup>16</sup>

A Convenção de Direito Internacional Privado, o Código de Bustamante, aprovado no Brasil pelo Decreto nº 5.647, de 8-1-1929 e promulgada pelo Dec. nº 18.871, de 13-8-1929, a qual trata de assuntos pertinentes em relação a direitos internacionais privados, onde pode ser visualizado sobre as leis que deverão ser atendidas, conforme o artigo 73 “A capacidade para adotar e ser adotado e as condições e limitações para adotar ficam sujeitas à lei pessoal de cada um dos interessados”, contudo, por se tratar de uma questão em que envolve países que possuem legislações diferentes as mesmas deverão ser usadas em sua totalidade no que trata sobre o assunto.

A outra forma de adoção internacional, e a qual mais nos interessa, é a adoção por residentes no exterior, ou seja, estrangeiros que tem interesse em adotar infantes brasileiros.

No Brasil ocorre a adoção por estrangeiros somente quando o infante esta em situação de abandono e não encontra uma família brasileira que se adequasse ao menor, sendo necessária assim a tentativa de colocação em uma família substitutiva no exterior.

Nessa modalidade de adoção internacional, pode ser concedida também com países que não tenha ou tenha ratificado a Convenção de Haia de 1993, quando for um país que não tenha ratificado a adoção internacional seguira nos moldes estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 52-D, não tendo a intervenção das autoridades centrais, quando for um país que tenha ratificado será observado além do Estatuto o disposto na Convenção.<sup>17</sup>

Nesses preceitos, será realizada a adoção internacional primeiramente observando os regras e requisitos que são contidos na legislação nacional quanto ao menor. Assim, deve ser atendido todos os requisitos já mencionados no capítulo anterior, para realização do procedimento correto da adoção, sendo a idade mínima de 18 (dezoito) anos do adotante, a comprovação da estabilidade familiar que irá receber o menor, a diferença de 16 (dezesesseis) anos do adotado e o adotante, o consentimento se o menor conhece sua família de origem ou sem consentimento, a concordância do adotando, o estágio de convivência e a adoção apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

---

<sup>16</sup>Secretaria Especial de Direitos Humanos Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/adocao-internacional/procedimentos-de-adocao>> Acesso em: 22 Set. 2016.

<sup>17</sup>Secretaria Especial de Direitos Humanos Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/adocao-internacional/procedimentos-de-adocao>> Acesso em: 22 Set. 2016.

Na Convenção de Haia, devem ser observados os requisitos dos artigos 4 e 5, principalmente quando se fala que o menor deve estar em uma condição de ser adotável, quando for o caso haver a obrigação de ser praticada a destituição do poder familiar, assim o menor estará mencionado no Cadastro de Habilitação Nacional, disposto no artigo 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual menciona que se tem a necessidade de existir um cadastro de habilitação em cada comarca e juízo, neste cadastro deve ter uma relação das crianças e adolescentes passíveis de serem adotados e de pessoas que desejam adotar.

No referido artigo 50, §§ 5º e 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, menciona um cadastro distinto para pessoas que não residem no país, cadastro este estadual e nacional de menores em condições de serem adotados e de pessoas estrangeiras optas de serem adotantes.

Além desses requisitos a adoção internacional, como mencionado no artigo 52, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente que deveram ser todos preenchidos, observará o procedimento previsto nos artigos 165 a 170 do Estatuto, sendo observadas as adaptações necessárias ao procedimento.

O procedimento de habilitação de residente no Brasil para adotar e o processo de adoção internacional tem como responsáveis as Autoridades Centrais dos Estados e do Distrito Federal, sendo que para os possíveis credenciados em adotar tem como o primeiro passo é se habilitar na Autoridade Central do país de residência<sup>18</sup>.

Apresenta assim os órgãos responsáveis pelo credenciamento dos documentos necessários para o procedimento de habilitação do estrangeiro, no artigo 165, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é mencionado os requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substitutiva, o qual deve conter a qualificação completa do requerente e se tiver o eventual cônjuge e expresso a sua aceitação, quando for o caso mencionar qual vínculo dos possíveis adotantes com o menor, sendo os pais conhecidos do infante qualificar de forma completa, indicar o cartório onde foi inscrito nascimento, sendo possível juntar ao requerimento uma copia da certidão de nascimento, declarar bens se existentes, direitos ou requerimentos do menor.

Com isso, o pretendente a adoção encaminhará todos os documentos para a Autoridade Central Estrangeira, devendo já indicar em qual Estado brasileiro o pretendente quer estar habilitado, assim o órgão estrangeira encaminhará para a Autoridade Central Administrativa Federal, o qual enviará para o Estado requerido.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup>CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81164-cnj-servico-entenda-como-funciona-a-adocao-internacional>> Acesso em: 22 de Set. 2016.

<sup>19</sup>Secretaria Especial de Direitos Humanos Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/adocao-internacional/procedimentos-de-a->



Quando os documentos forem apresentados em língua estrangeira deverá ser observado o disposto no artigo 52, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que “[...] serão devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado.”

Realizado a declaração e preenchido tais requisitos, poderá ser realizado o formulação do pedido de adoção diretamente no cartório, assinada pelos requerentes sem ter a necessidade de assistência de advogado, neste momento deve ser observado o mencionado no artigo 52, incisos VII<sup>20</sup> e VIII<sup>21</sup>, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, é realizada uma averiguação se esta atendendo a legislação estrangeira dos requerentes da adoção e da nacional do menor, e o preenchimento dos requisitos de cada país, sendo constatada a regularidade se tem a habilitação, assim como mencionado no artigo 52, § 13, do Estatuto da Criança e Adolescente terá o prazo de um ano podendo ser renovada.

Quando for o caso de se ter o conhecimento do menor que será tentado adotar os pais que são tidos como conhecidos deverão estar de acordo com a adoção, sendo ouvidos pela autoridade judiciária e representante do Ministério Público, sendo todos os dados mencionados no termo da declaração, o consentimento terá validade somente se a criança já estiver nascida e se for ratificado na audiência, podendo ser o consentimento retratável até a data da publicação da sentença a qual deferiu a adoção, tudo em conformidade com o disposto no artigo 166, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após a entrega dos documentos e realizado o pedido à autoridade competente, irá determinar que seja feito o estudo social, ou perícia pela equipe interprofissional, dos possíveis adotantes, sendo juntado nos autos tal relatório e realizando se possível a oitiva do menor, após o Ministério Público se manifestará, sendo constatado a medida de colocação do menor na família substituta, será decidido sobre o estágio de convivência, passando o menor aos interessados que ficam responsáveis pelo o menor, conforme artigos 167 a 169, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, vislumbra-se que o procedimento está sendo realizado, e sendo usado os mecanismos possíveis para haver um contato entre os possíveis adotantes e adotado, período esse de suma importância, tentando assim manter uma melhor aplicabilidade dos direitos que cada envolvido possui para chegar a concretização da adoção internacional.

---

docao> Acesso em: 22 Set. 2016.

<sup>20</sup>Art. 52 - VII - verificada, após estudo realizado pela Autoridade Central Estadual, a compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional, além do preenchimento por parte dos postulantes à medida dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao seu deferimento, tanto à luz do que dispõe esta Lei como da legislação do país de acolhida, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional, que terá validade por, no máximo, 1 (um) ano;

<sup>21</sup>Art. 52 - VIII - de posse do laudo de habilitação, o interessado será autorizado a formalizar pedido de adoção perante o Juízo da Infância e da Juventude do local em que se encontra a criança ou adolescente, conforme indicação efetuada pela Autoridade Central Estadual.

Sendo o período do estágio de convivência concluído e realizado todos os demais procedimentos, conforme artigo 170, do Estatuto da Criança e do Adolescente, passa aos procedimentos do artigo 47<sup>22</sup>, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Procedimentos estes, que são mais questões administrativas e processuais voltadas simplesmente para a concretização do procedimento da adoção, deve ser levado em conta que esse procedimento, a adoção internacional, deve ser realizada de forma célere, pois os estrangeiros que tem interesse em adotar, muitas vezes, não têm muita disponibilidade por um grande período de tempo, devendo assim ser realizado de forma rápida e eficiente, sendo aplicado o princípio constitucional da igualdade, neste caso tratando desigualmente os desiguais.

A adoção só produzirá os efeitos após o trânsito em julgado da sentença, sendo assim somente após a concessão da adoção internacional que estará permitida a liberação do adotando do território nacional, sendo que a partir da sentença transitada em julgado que será expedido o alvará de autorização de viagem, conforme previsto no artigo 52, §§ 8º e 9º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### 3.4 Dados Estatísticos

#### 3.4.1 Adotantes Nacionais Aptos

Ao analisarmos os dados estatísticos no Cadastro Nacional de Adoção - CNA, segundo informações fornecidas pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, temos uma noção bem clara da quantidade significativa de adotantes nacionais aptos para adotar uma criança ou adolescente.

Os pretendentes que estão cadastrados totalizam 37.656 (trinta e sete mil, seiscentos e cinquenta e seis), sendo que 35.901 (trinta e cinco mil, novecentos e um) preencheram todos os requisitos necessários, estando aptos

---

<sup>22</sup>Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º. A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º. O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º. A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.

§ 4º. Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 5º. A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º. Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§1º e 2º do art. 28 desta Lei.

§ 7º. A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no §6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

§ 8º. O processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo.

para adotar uma criança ou adolescente.

Entretanto, a adoção não ocorre frequentemente, pois quando se passa a analisar as exigências das pessoas que querem adotar, vislumbra-se uma problemática, já que exige que expressamente mencionem como querem o menor o qual irá ser adotado. Assim, uma análise mais detalhada pode demonstrar alguns requisitos do perfil que os mesmos devem preencher sobre os menores que desejam adotar:

Tabela 1 – Pretendentes à adoção Nacional – pela Idade

<b>16. Total de pretendentes que desejam adotar crianças pela faixa etária.</b>	
<b>16.2 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 1 anos de idade:</b>	<b>6.245</b>
<b>16.3 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 2 anos de idade:</b>	<b>6.632</b>
<b>16.4 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 3 anos de idade:</b>	<b>7.260</b>
<b>16.5 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 4 anos de idade:</b>	<b>5.209</b>
<b>16.6 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 5 anos de idade:</b>	<b>4.784</b>
<b>16.7 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 6 anos de idade:</b>	<b>2.706</b>
<b>16.8 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 7 anos de idade:</b>	<b>1.297</b>
<b>16.9 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 8 anos de idade:</b>	<b>712</b>
<b>16.10 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 9 anos de idade:</b>	<b>317</b>
<b>16.11 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 10 anos de idade:</b>	<b>349</b>
<b>16.12 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 11 anos de idade:</b>	<b>117</b>
<b>16.13 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 12 anos de idade:</b>	<b>98</b>
<b>16.14 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 13 anos de idade:</b>	<b>35</b>
<b>16.15 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 14 anos de idade:</b>	<b>33</b>
<b>16.16 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 15 anos de idade:</b>	<b>14</b>
<b>16.17 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 16 anos de idade:</b>	<b>14</b>
<b>16.18 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 17 anos de idade:</b>	<b>15</b>

Fonte: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> (2016)

Tabela 2 – Pretendentes à adoção Nacional – pela Cor

1. Total de pretendentes disponíveis:	35.901
2. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça branca:	7.703
3. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça negra:	314
4. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça amarela:	37
5. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça parda:	1.579
6. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça indígena:	16
7. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça branca:	33.143
8. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça negra:	17.185
9. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça amarela:	18.085
10. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça parda:	27.364
11. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça indígena:	16.762
12. Total de pretendentes que aceitam todas as raças:	15.373

Fonte: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>

Tabela 3 – Pretendentes à adoção Nacional – pelo Sexo, Com ou Sem Irmãos e Irmãos Gêmeos

13.1 Total de pretendentes que desejam adotar somente crianças do sexo masculino:	3.130
13.2 Total de pretendentes que desejam adotar somente crianças do sexo feminino:	10.312
13.3 Total de pretendentes que são indiferentes em relação ao sexo da criança:	22.459
14. Total de pretendentes que desejam adotar crianças com ou sem irmãos.	
14.1 Total de pretendentes que não aceitam adotar irmãos:	25.057
14.2 Total de pretendentes que aceitam adotar irmãos:	10.844
15. Total de pretendentes que desejam adotar gêmeos.	
15.1 Total de pretendentes que não aceitam adotar gêmeos:	25.636
15.2 Total de pretendentes que aceitam adotar gêmeos:	10.265

Fonte: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> (2016)

Esses requisitos de aceitação tratam-se dos quais são apresentados

pelo pretendente, que faz com que a adoção se torne mais difícil de ser realizada, pois analisando as tabelas, vislumbra-se que a quantidade de pretendentes é muito mais que cada requisito que o pretendente escolhe, faz com que diversas crianças sejam desqualificadas para aquele pretendente.

### 3.4.2 Crianças e adolescentes aptos para adoção no Brasil

Ao analisarmos os dados estatísticos, segundo informações fornecidas pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, temos uma noção da quantidade de crianças e adolescentes, que estão expostas ao abandono e rejeitadas por suas famílias naturais ou extensas, sendo que os menores cadastrados totalizam 7.040 (sete mil e quarenta), sendo que somente 4.878 (quatro mil, oitocentos e setenta e oito) estão aptas para serem adotadas em uma família nacional. Todavia, continuam nas casas de acolhimento por diversos motivos, sendo um dos motivos principais o de não se adequarem ou preencher os requisitos requeridos pelos milhares de pretendentes à adoção que se tem disponíveis.

Em uma análise mais detalhada, o Conselho Nacional de Adoção, traz a quantidade distribuída em diversos fatores das crianças que estão disponíveis para serem adotadas.

Tabela 4 – Crianças/Adolescentes Nacional – Por Cor

1. Total de crianças/adolescentes disponíveis:	4.879
2. Total de crianças/adolescentes da raça branca:	1.516
3. Total de crianças/adolescentes da raça negra:	891
4. Total de crianças/adolescentes da raça amarela:	15
5. Total de crianças/adolescentes da raça parda:	2.439
6. Total de crianças/adolescentes da raça indígena:	18

Tabela 5 – Crianças/Adolescentes Nacional – Irmãos e Problemas de Saúde

<b>7. Total de crianças/adolescentes que possuem irmãos</b>	
<b>7.1 Total que não possuem irmãos:</b>	<b>1.397</b>
<b>7.2 Total que possuem irmãos:</b>	<b>3.482</b>
<b>8. Total de crianças/adolescentes que possuem problemas de saúde:</b>	<b>1.444</b>

Tabela 6 – Crianças/Adolescentes Nacional – Por Idade

<b>1. Total de crianças/adolescentes disponíveis:</b>	<b>4880</b>
<b>15 Avaliação da distribuição por idade</b>	
<b>15.1 Total de crianças com menos de 1 ano:</b>	<b>15</b>
<b>15.2 Total de crianças com 1 ano:</b>	<b>26</b>
<b>15.3 Total de crianças com 2 anos:</b>	<b>47</b>
<b>15.4 Total de crianças com 3 anos:</b>	<b>46</b>
<b>15.5 Total de crianças com 4 anos:</b>	<b>64</b>
<b>15.6 Total de crianças com 5 anos:</b>	<b>71</b>
<b>15.7 Total de crianças com 6 anos:</b>	<b>105</b>
<b>15.8 Total de crianças com 7 anos:</b>	<b>138</b>
<b>15.9 Total de crianças com 8 anos:</b>	<b>154</b>
<b>15.10 Total de crianças com 9 anos:</b>	<b>205</b>
<b>15.11 Total de crianças com 10 anos:</b>	<b>268</b>
<b>15.12 Total de crianças com 11 anos:</b>	<b>379</b>
<b>15.13 Total de crianças com 12 anos:</b>	<b>479</b>
<b>15.14 Total de crianças com 13 anos:</b>	<b>512</b>
<b>15.15 Total de crianças com 14 anos:</b>	<b>594</b>
<b>15.16 Total de crianças com 15 anos:</b>	<b>615</b>
<b>15.17 Total de crianças com 16 anos:</b>	<b>627</b>
<b>15.18 Total de crianças com 17 anos:</b>	<b>535</b>

Fonte: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> (2016)

Conclui-se assim que existe uma imensa incompatibilidade de números, já que o número de crianças e adolescentes disponíveis para serem adotados é quase oito vezes menor da quantidade de pretendentes a adoção, algo que se torna assustador, pois, todos os infantes que estão sendo criados

nas casas de acolhimento deveriam já estar incluídos em uma família recebendo cuidados, afeto, educação e respeito a sua dignidade.

## 4 MECANISMO PARA PROMOVER A ADOÇÃO

Quando falamos em adoção, devemos nos atentar para as reais dificuldades encontradas na adoção nacional, suas limitações, e se possível, tentar melhorar ou facilitar o processo de adoção, frente a real situação anteriormente exposta.

Na análise dos dados de crianças cadastradas e aptas para serem adotadas, vemos que apesar de ser um número grande de crianças e adolescentes ainda a quantidade de pessoas cadastradas para adotar uma criança continua muito maior do que a de crianças que aguardam nas casas de acolhimento.

A pergunta que se faz é, por que existem tantas pessoas querendo adotar e mesmo assim não o fazem? O que dificulta tanto o processo de habilitação destas pessoas e faz com que as crianças percam a possibilidade de conseguir uma família por não ter mais a idade exigida pelos novos pais?

A resposta é que no Brasil os pretendentes em adotar nacionais apresentam uma discriminação evidente e uma exigência que não esta de acordo com os próprios padrões da sociedade brasileira, ou seja, os requisitos exigidos pelos pretendentes a adoção afastam tal possibilidade cada vez mais.

A discriminação<sup>23</sup>, dessa forma, pode ser praticada de vários modos, sendo que na adoção é vista quando se tem o preenchimento dos requisitos e desqualificação de várias crianças e adolescentes simplesmente pela sua cor.

No Brasil nos processos de adoção, conforme entendimento Elizabeth Cezar Nunes em seu artigo “Racismo persiste nos processos de adoção mesmo após Cadastro Nacional de Adoção” pode se afirmar,

Nota-se que diante deste discurso continua a discriminação e o preconceito que exclui as crianças e os adolescentes negros com mais de três anos de idade neste País do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, pelo simples fato de não apresentarem o perfil ideal dos adotantes no momento da adoção. A dignidade como direito fundamental da criança e do adolescente presente na Constituição Federal e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, [...].

<sup>23</sup>Discriminação é um substantivo feminino que significa *distinguir* ou *diferenciar*. [...].

A discriminação acontece quando há uma atitude adversa perante uma característica específica e diferente. Uma pessoa pode ser discriminada por causa da sua raça, do seu gênero, orientação sexual, nacionalidade, religião, situação social, etc.

Uma atitude discriminatória resulta na destruição ou comprometimento dos direitos fundamentais do ser humano, prejudicando um indivíduo no seu contexto social, cultural, político ou econômico.

Significado de discriminação. Disponível em <<https://www.significados.com.br/discriminacao/>> Acesso em: 19 Nov. 2016.

Observa-se que em relação ao desrespeito à dignidade da população infanto-juvenil identificam-se direitos violados, negligenciados. A discriminação, o preconceito, a falta de cuidado e ausência de afeto, atingem principalmente as crianças e adolescentes negros, especialmente no momento da adoção.

A mídia e as estatísticas apresentadas em relação ao perfil das crianças e adolescentes preteridos pelos futuros pais no momento da adoção vêm demonstrando que tais violações começam no seio familiar e depois continuam se perpetuando nos abrigos.<sup>24</sup>

Nessas premissas, diante da afirmação e dos dados apresentados nas tabelas, como por exemplo, a 02 do subtítulo 3.4.1, a qual apresenta a quantidade de 7.703 (sete mil, setecentos e três) pretendentes que só aceitam crianças brancas e 314 (trezentos e quatorze) pretendentes só aceitam crianças negras.

Chega-se à conclusão que evidentemente trata-se de um fator que auxilia na não realização das adoções nacionais no Brasil, mesmo apresentando como sendo o país de maior número de miscigenação, quando se tem a realização do perfil desejado é demonstrado o racismo cordial, nesse entendimento Rogéria Fonseca da Victória em seu artigo “O preconceito racial no processo de adoção: os desafios da adoção inter-racial em Campo Grande” menciona

Esse racismo cordial vem sendo apontado como a forma mais comum de racismo no Brasil, e por ser expresso, torna-se na prática mais complicado caracterizá-lo, mais difícil de combater e amenizar a denúncia do racismo por meio de uma lógica absurda: se não há racismo, não há motivos para se organizar e lutar contra algo que não existe. Desta forma, enfraquecem os movimentos e, por consequência, todo o poder de manifestação da população negra.<sup>25</sup>

Assim, o brasileiro não deveria de forma alguma realizar o requisito de forma tão criteriosa e discriminada como vem acontecendo, pelo fato de sua essência possuir uma mistura de várias etnias, como brancos, negros e índios, ou pela questão da idade, quando os pretendes realizam o preenchimento dos requisitos sai do verdadeiro sentido que a adoção tem em sua essência, sendo o da criança e o adolescente pertencerem a uma família,

---

<sup>24</sup>NUNES, Elizabeth Cezar. *Racismo persiste nos processos de adoção mesmo após Cadastro Nacional de Adoção*. Disponível em <<http://www.revistaforum.com.br/mariafro/2009/05/25/racismo-persiste-nos-processos-de-adocao-mesmo-apos-cadastro-nacional-de-adocao/>> Acesso em: 16 Nov. 2016.

<sup>25</sup>VICTÓRIA, Rogéria Fonseca da. *O preconceito racial no processo de adoção: os desafios da adoção inter-racial em Campo Grande*. Disponível em <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9658&revista\\_caderno=14](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9658&revista_caderno=14)> Acesso em: 16 Nov. 2016.



adquirindo o afeto acima de qualquer questão genética.

Além do mais, pode ser vislumbrado que os brasileiros quando realizam tais critérios não vêem como sendo discriminação, todavia, como já mencionado, praticam o racismo cordial, algo muito preocupante, pois, essa prática refere-se a achar que tudo está bem.

Entretanto, a diferenciação é evidente, principalmente quanto aos danos alcançados com tal discriminação, sendo a não realização da adoção, mais não fazem nada para mudar tal contexto, tendo como resultado um índice absurdamente apresentado, com crianças e adolescentes que poderiam estar recebendo o que lhe é garantido em uma família nacional, porém como resultado sendo criados nas casas de acolhimento.

Ainda quanto ao fato da discriminação na adoção, referente aos pretendentes estrangeiros tal contexto é diferenciado, **não apresentando** tanta discricionariedade quanto aos nacionais na hora de preencher os requisitos do menor que tem interesse, conforme demonstrado na tabela a seguir:

Tabela 09: Pretendentes Internacionais

Título	Total
1. Total de pretendentes disponíveis:	264
2. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça branca:	2
5. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça parda:	3
7. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça branca:	261
8. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça negra:	247
9. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça amarela:	243
10. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça parda:	262
11. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça indígena:	243
12. Total de pretendentes que aceitam todas as raças:	242
13. Total de pretendentes que desejam adotar crianças pelo sexo.	
13.2 Total de pretendentes que desejam adotar somente crianças do sexo feminino:	14
13.3 Total de pretendentes que são indiferentes em relação ao sexo da criança:	246
13.1 Total de pretendentes que desejam adotar somente crianças do sexo masculino:	4
14. Total de pretendentes que desejam adotar crianças com ou sem irmãos.	
14.1 Total de pretendentes que não aceitam adotar irmãos:	126
14.2 Total de pretendentes que aceitam adotar irmãos:	138
15. Total de pretendentes que desejam adotar gêmeos.	
15.1 Total de pretendentes que não aceitam adotar gêmeos:	127
15.2 Total de pretendentes que aceitam adotar gêmeos:	137

Fonte: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> (2016)

Assim, conforme os dados *é possível* visualizar que quando se trata do pretendente estrangeiro a vontade em adotar uma criança ou adolescente não se volta para peculiaridades de cor, sexo, e os outros fatores que o

tornam desqualificadas na tentativa de adoção nacional. Nesse sentido, esta ligada de forma mais direta em atender a vontade de ter um filho independentemente de qualquer restrição, vislumbra-se nos dados que até mesmo os casos de adoção de irmãos eles são mais flexíveis, ou de crianças mais velhas, diferentes dos pretendentes nacionais, isso para o contexto atual da quantidade de crianças e adolescentes é de suma importância.

O impacto causado com a separação de irmãos pode ser irreversível, visto que é necessário analisar o vínculo que existe entre eles, caso contrário poderia causar enormes transtornos psicológicos e emocionais, em razão da união que havia entre eles. Sendo assim, é muito importante que seja em últimos casos feita a separação destes irmãos.

Todavia, o procedimento da adoção internacional se torna cada vez mais excepcional, entretanto, atualmente deve ser realizado uma análise mais concreta quando relacionado a esse tema, já que não deve se ter mais a visão da realização do abuso com as crianças e adolescentes adotados por estrangeiros, tráfico para servir de mão de obra barata ou até mesmo para a prostituição, e assim possibilitar da adoção estrangeira de forma mais acessível.

Após todos esses empecilhos serem analisados e solucionados é que a adoção pode ocorrer, até esse momento o tempo percorrido para criança esta desgastado e não tem retorno, chegando assim no Cadastro de Habilitação para adoção com uma idade que o desqualifica para diversos pretendentes nacionais, ocorrendo muita das vezes a sua não adoção.

Além da facilitação na habilitação dos pretendentes internacionais a adoção, outro mecanismo para promover a adoção é a realização de trabalhos com a realização de implantação de projetos que conscientize contra o racismo, parar com o pensamento que está tudo nos seus conformes e começar a combater tal mal histórico do Brasil.

Essas políticas podem ser realizadas principalmente com os pretendentes que estão aptos, tentando fazer com que se priorize a questão do afeto para com aquelas crianças e adolescentes que se encontram nas casas de acolhimento, esses projetos já são existentes, como apresenta Melissa Diamantino em sua entrevista com o tema “Racismo na infância: fila de espera para adoção tem 67% de crianças negras e pardas” com o Dr. Daniel Teixeira, advogado do CEERT<sup>26</sup>, a elaboração de projetos, políticas públicas e eventos que tratam sobre a adoção com os pretendentes, faz com seja apresentado pontos relevantes e dimensões de alguns aspectos da adoção diferentes dos que eles possuem em um primeiro momento do interesse em adotar.

Esses mecanismos quando aplicado a pretendentes nacionais e es-

<sup>26</sup>DIAMANTINO, Melissa. *Racismo na infância: fila de espera para adoção tem 67% de crianças negras e pardas*. Disponível em <<http://www.ceert.org.br/noticias/participacao-popular/6663/racismo-na-infancia-fila-de-espera-para-adocao-tem-67-de-criancas-negras-e-pardas>> Acesso em: 16 Nov. 2016.

trangeiros beneficia de forma significativa a realização da adoção, como por exemplo, tratar sobre abandono realizado pelos pais e a possibilidade do cuidado que aquele pretendente poderia proporcionar para o menor, ou demonstrar com experiências as vantagens de adotar crianças ou adolescentes diferentes da requerida nas fichas de interesse, podendo assim fazer com que o pretendente deixe alguns requisitos de lado e volte para o verdadeiro sentido da adoção.

Contudo, a adoção tem como principal finalidade a de proporcionar a criança e ao adolescente o direito de integração plena em um ambiente familiar que alcançará os demais direitos que são a eles inerentes, assim quando se deixa a discricionariedade e o preconceito de lado e retorna ao verdadeiro sentido da adoção atinge a forma mais legalística e humana da adoção. Nesse sentido, a facilitação da adoção para os estrangeiros torna-se atualmente um mecanismo que irá proporcionar a retirada de várias crianças e adolescentes que estão sendo criados nos abrigos de acolhimento, devendo ser reconhecido e tomado os melhores caminhos para sua aplicação.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta pesquisa buscou apresentar o instituto da adoção internacional como atualmente um mecanismo de melhor alcance a realização da adoção.

Entretanto, para se chegar precisou ser realizada a conceituação do instituto caracterizando como adoção internacional a realização da adoção por pessoas que não residem no país de origem do menor, sendo explanado sobre as noções gerais, como o aspecto jurídico, os requisitos essenciais, os pressupostos jurídicos para adoção internacional, a forma em que se procede ao processo de habilitação e adoção para assim ter a base necessária para se alcançar a compreensão do instituto da adoção, os dados estatísticos que demonstraram a quantidade de menores aptos, pretendentes nacionais e estrangeiros habilitados e o perfil desejado dos menores. E por fim, foram apresentados os mecanismos para promover a facilitação no procedimento da adoção.

A adoção por estrangeiro antes era vista como solução para os menores que ao perderem seus pais na guerra conseguiam uma nova família, porém, ao passar dos anos as sociedades se depararam com várias ações ilícitas, como o tráfico de menores, para exploração de mão de obra e sexual em uma escala muito grande, fazendo com que a adoção internacional tornasse, até aos dias atuais, mal vista e assim consequentemente a liberação da adoção cada vez mais difícil de acontecer.

Todavia, como demonstrado atualmente as adoções internacionais, quase sua totalidade, esta atingido o objetivo do instituto da adoção, assim

deve se abandonar o pensamento de ilicitude que por muito tempo a adoção por estrangeiro foi acompanhada.

Nesse sentido, foram apresentados os dados estatísticos que demonstram a imensa quantidade de pretendentes em adotar, quase oito vezes maior que a quantidade de menores que se encontram nos abrigos aptos para adoção, números estes assustadores.

A conclusão obtida é que um dos principais motivos de impedimento é o preconceito, discriminação e exigência na hora de preencher o perfil desejado do menor pelos brasileiros, ou seja, os brasileiros exigem a cor, sexo, idade, que o possível adotado não possua irmãos. Exigências e discriminações que fazem com que os menores aptos se tornem desqualificados para adoção.

Assim, foi apresentado como sendo um dos mecanismos de promover a adoção o incentivo a cada vez mais ter a implantação de projetos que lutam contra o racismo, incentivando e tratando da finalidade da adoção com todos os pretendentes aptos, nacionais ou estrangeiros. Dessa forma, proceder com a luta de aplicação dos princípios constitucionais de qualquer ser humano, atendendo assim os direitos da criança e ao adolescente, proporcionando bem-estar, amor, carinho, afeto e educação.

O racismo no Brasil é algo muito presente ainda em todas as ações que são realizadas, esses trabalhos vem cada vez mais sendo elaborados, entretanto, pode ser que atinja o fim do mesmo somente daqui alguns anos, assim como medida de proporcionar a adoção, foi apresentado a adoção por estrangeiro como outro mecanismo eficaz para a retirada desses menores das casas de acolhimento.

Os estrangeiros como demonstrado apresentam na fixa do perfil do menor desejado a vontade em adotar, os quesitos requeridos são amplos deixando aqueles que estão crescendo nas casas de acolhimento com a esperança de possuir uma família, sendo o único impedimento à burocracia de forma demorada.

## REFERÊNCIAS

### 1. Livros

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 5 : direito de família / Maria Helena Diniz. – 25. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. ver. e. atual. Conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

## 2. Sites “internet”

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81164-cnj-servico-entenda-como-funciona-a-adocao-internacional>> Acesso em: 22 Set. 2016.

DIAMANTINO, Melissa. *Racismo na infância: fila de espera para adoção tem 67% de crianças negras e pardas*. Disponível em <<http://www.ceert.org.br/noticias/participacao-popular/6663/racismo-na-infancia-fila-de-espera-para-adocao-tem-67-de-criancas-negras-e-pardas>> Acesso em: 16 Nov. 2016.

NUNES, Elizabeth Cezar. *Racismo persiste nos processos de adoção mesmo após Cadastro Nacional de Adoção*. Disponível em <<http://www.revistaforum.com.br/mariafro/2009/05/25/racismo-persiste-nos-processos-de-adocao-mesmo-apos-cadastro-nacional-de-adocao/>> Acesso em: 16 Nov. 2016.

RODRIGUES, Valeria da Silva. *Aspectos legais da Adoção Internacional de Crianças e Adolescentes no Brasil*. Disponível em <[http://www8.tjmg.jus.br/corregedoria/ceja/conteudo\\_seminarioItalo/valeriasilvarodrigues.pdf](http://www8.tjmg.jus.br/corregedoria/ceja/conteudo_seminarioItalo/valeriasilvarodrigues.pdf)> Acesso em: 21 Set. 2016.

Secretaria Especial de Direitos Humanos Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/adocao-internacional/procedimentos-de-adocao>> Acesso em: 22 Set. 2016.

Significado de discriminação. Disponível em <<https://www.significados.com.br/discriminacao/>> Acesso em: 19 Nov. 2016.

VICTÓRIA, Rogéria Fonseca da. *O preconceito racial no processo de adoção: os desafios da adoção inter-racial em Campo Grande*. Disponível em <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9658&revista\\_caderno=14](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9658&revista_caderno=14)> Acesso em: 16 Nov. 2016.



# MECANISMOS JUDICIAIS DE PROTEÇÃO AO INVESTIDOR NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE CAPITAIS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO NORTE AMERICANO

Givago Dias Mendes<sup>1</sup>

---

**RESUMO:** Pretende o presente trabalho expor, de maneira comparativa, os mecanismos judiciais de reparação civil do investidor acionista nos mercados de capitais brasileiro e norte-americano. Analisa-se as principais características, hipóteses de cabimento, semelhanças e distinções. Por fim, busca-se, com base no sistema norte-americano, uma solução para um grande problema encontrado no mercado de capitais brasileiro, que é a escolha do mecanismo judicial a ser utilizado em cada caso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Investidor. Acionista. Ação social. Ação individual. *Common law*, *direct suits*, *derivate suits*, *class actions*. Dano direto-dano individual.

**ABSTRACT:** The present work intends to expose, with a comparative way, judicial civil repair mechanisms of the shareholder in Brazilian and North American capital markets. Starts with a view about the main characteristics, chances of place, similarities and distinctions. Finally, based on the American system, a solution to a problem found in the Brazilian capital market, which is the choice of legal mechanism to be used in each case.

**KEYWORDS:** Shareholder. Derivative suit. Class actions. Direct suit. Common law, direct claim, derivative claim.

**SUMÁRIO:** 1 Considerações Iniciais; 2 Proteção ao investidor no Brasil; 2.1 Ação social; 2.1.1 Ação social originária ou *ut universi*; 2.1.2 Ação social derivada ou *ut singuli*; 2.1.3 Ação social ajuizada em face de acionista controlador 2.2 Ações diretas; 2.2.1 Ação individual do acionista; 2.3 Ação civil Pública; 3 Breves notas sobre a proteção ao investidor nos Estados Unidos 3.1. *Derivative suits*; 3.2 *Direct Suits*; 4. Da natureza do dano como elemento definidor da demanda a ser proposta; 5. Impossibilidade de ação direta para reparação de dano social e vice-versa; 6. Conclusões; Referências.

---

Advogado, Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos-MG, especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Elpidio Donizetti-MG. Professor da Faculdade do Vale do Juruena-AJES/MT. E-mail: givago@ajes.edu.br

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nelson Eizirik destaca a importância da proteção ao investidor no mercado de ações como medida de interesse público, na proteção da economia popular:

Assim, os interesses em causa na Companhia Aberta não são privados dos acionistas. Há um interesse público na atuação da companhia aberta, dada a captação da economia popular por ela realizada. Justifica-se, portanto, a existência de normas específicas quanto à responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas, assim como um sistema de fiscalização permanente exercido pela CVM, particularmente no que toca à divulgação de informações sobre tais companhias. De tal fato deve decorrer, ademais, um maior rigor na apreciação da responsabilidade do administrador de companhia aberta, posto que, similarmente ao que ocorre com o administrador de instituição financeira, é ele uma espécie de “gestor” de recursos de terceiros.<sup>1</sup>

Os investidores do mercado de valores mobiliários podem sofrer danos decorrente de condutas ilícitas praticadas no âmbito das sociedades anônimas que ultrapassam a linha do que seria risco do negócio. Tais prejuízos podem ser experimentados diretamente ou indiretamente, consequência de danos causados à companhia, o que é muito comum no caso de acionistas, que, em razão de atos ilícitos de controladores ou administradores na realização dos negócios, tem o valor de mercado de suas ações ou sua participação nos dividendos reduzida.

Para a reparação civil desses danos, a legislação brasileira prevê duas modalidades de demandas: as ações sociais e as ações diretas (individuais ou coletivas).

Pretende, portanto, o presente trabalho, uma breve exposição das demandas supramencionadas no sistema brasileiro, passando por uma análise do mesmo aspecto no direito comparado. Por fim, constatadas as diferenças significativas entre as ações, se busca estabelecer um critério definidor da demanda a ser ajuizada.

## 2 PROTEÇÃO AO INVESTIDOR NO BRASIL

Para o ressarcimento dos danos sofridos pelos investidores do mercado de valores mobiliários, sobretudo no caso dos acionistas, a lei brasileira prevê três modalidades de ações: a ação social, as ações individuais e as

<sup>1</sup>EIZIRIK, Nelson. *Responsabilidade Civil e administrativa do diretor de companhia aberta*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 56. São Paulo: RT, out/dez, 1984, p.47-48.



ações coletivas. Basicamente, a primeira diz respeito à reparação de prejuízos sofridos pela companhia, que repercutem no patrimônio do acionista, gerando a ele dano indireto. A segunda e terceira hipóteses dizem respeito a prejuízos sofridos diretamente pelo investidor, os quais não foram resultados de dano ao patrimônio da companhia, podendo ainda ser demandas individuais ou coletivas.

A seguir, breve análise acerca de cada uma.

## 2.1 Ação Social

Na definição de Fran Martins<sup>2</sup>, a ação social é a “que pode ser movida pela sociedade contra o administrador que causar prejuízos ao seu patrimônio”; acrescenta Bulhões Pedreira, “é dita social porque pertence à sociedade”<sup>3</sup>. Em suma, é a demanda que visa a responsabilização civil do administrador por prejuízos causados diretamente ao patrimônio da companhia, a fim de preservar o interesse social e restabelecer o equilíbrio interno da pessoa jurídica.<sup>4</sup> É tratada pelo art.159 (§1º a 6º) da lei de sociedades anônimas (lei 6.404)<sup>5</sup> e essencialmente é movida contra os administradores da companhia.

Da ação social, infere-se, *a priori*, dois requisitos para seu ajuizamento. O primeiro deles é a exigência de deliberação assemblear prévia como, sem a qual sequer será conhecida<sup>6</sup>. O outro, como ensina Fran Mar-

<sup>2</sup>MARTINS, Fran. *Ação individual de responsabilidade civil contra administradores de sociedades anônimas*. In: Novos Estudos de Direito Societário. São Paulo: Saraiva, 1988, p.143.

<sup>3</sup>PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Ação social e individual. Cabimento e prescrição. Arts.159 e 287 da Lei das S/A. Jurídico.09 abr.1987. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v.II, p.407.

<sup>4</sup>CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...v3, op.cit.p.373*; VALVERDE, Trajano Miranda, *Sociedades...v2, op.cit.,p.51.*; entre outros.

<sup>5</sup>Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. § 1º A deliberação poderá ser tomada em assembléia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia-geral extraordinária. § 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia. § 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral. § 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados. § 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

<sup>6</sup>“A atribuição da competência à Assembleia Geral para deliberar sobre ação de responsabilidade civil contra o administrador decorre da necessidade de se prevenir um evidente conflito de interesses: dificilmente a própria administração deliberaria promover, em nome da sociedade, ação judicial contra alguns de seus membros”. EIZIRIK, Nelson. *Inexistência de impedimento do administrador na ação social “ut singuli”*. In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, v. 29, n. 80, out./dez., 1990. p.33.

tins<sup>7</sup>, é o dano causado ao patrimônio da companhia.

Considerando que o fundamento da ação social é o prejuízo causado ao patrimônio da companhia, cabe à ela “direta e primordialmente, mover a ação correspondente”<sup>8</sup>, contudo, a lei autoriza que em determinados casos possa ser ajuizada pelos próprios acionistas, em nome próprio e defendendo interesses da sociedade. Não obstante, em ambos os casos os resultados da demanda sempre deverão ser direcionados ao patrimônio social (art.159, § lei 6.404/76).

Quando ajuizada própria companhia, é denominada ação social *ut universi* ou originária e quando ajuizadas pelos acionistas ação social *ut singuli* ou derivadas.<sup>9</sup>

### 2.1.1 Ação social originária ou *ut universi*

Como define CORREA-LIMA, “ação social originária é aquela proposta pela sociedade contra (ex) administrador, visando a obter o ressarcimento de um prejuízo causado ao patrimônio social.”<sup>10</sup>. Encontra sua previsão legal no art.159 *caput* da LSA e uma vez ajuizada, fica impedida qualquer iniciativa individual do acionista visando o ressarcimento de dano social<sup>11</sup>.

Tem-se, portanto, a pessoa jurídica como titular da demanda e, logo, hipótese de legitimação ordinária<sup>12</sup>. Nesse sentido, como ensina CARVALHOSA, “a lei de 1976 consagra o mesmo princípio da *legitimatío ad processum* da companhia ou seja, sua capacidade ativa de estar em juízo.”<sup>13</sup>

Com efeito, não é raro a indisponibilidade da companhia em ajuizar a ação, seja porque a) não queira tornar públicos os problemas em sua administração ou divulgar dados confidenciais, produzindo danos superiores aos causados pelos administradores<sup>14</sup>; b) em razão da alta concentração acioná-

<sup>7</sup>MARTINS, Fran. *Ação individual...op.cit.*, p.143.

<sup>8</sup>VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; PEREIRA, Alexandre Demetrius. *Direito Comercial: sociedade por ações*, v3, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.426.

<sup>9</sup>Segundo Tavares Paes, a classificação *ut universi x ut singuli* para diferenciar as ações sociais propostas “pela” companhia das propostas “para” a companhia, adotadas pela doutrina nacional e estrangeira, teve sua origem na jurisprudência francesa, em duas decisões proferidas respectivamente em 1883 e 1885 Corte de Apelação de Paris. Já as denominações “ação social originária ou direta” x “ação derivada” (*shareholder derivative suits*) possuem sua origem na jurisprudência norte-americana. P. R. Tavares Paes, *Responsabilidade dos Administradores de sociedades...op.cit.*, p.57-58; “A ação derivada teria sido admitida no direito norte- americano a partir de uma decisão de 1855 da Suprema Corte, no caso *Dodge v. Woolsey*”. EIZIRIK, Nelson. *inexistencia de impedimento...p.33*; Contudo, ação social *ut universi* é o mesmo que originária; e *ut singuli* o mesmo que derivada.

<sup>10</sup>CORREA-LIMA. Osmar Brina. *Sociedade Anônima...op.cit.*, p.195.

<sup>11</sup>Neste caso, o acionista é carecedor “por falta de *legitimatío ad causam* ativa”, CORREA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade Civil dos Administradores... op.cit.* P.112-113.

<sup>12</sup>GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Responsabilidade dos administradores...op.cit.*, p.81.

<sup>13</sup>CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...v 3*, op.cit., p.371

<sup>14</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...v2*, op.cit., p.294

ria, em que muitas vezes controladores e administradores se confundem na mesma figura e praticamente ditam a vontade da companhia ou c) por poder representar uma confissão de culpa *in elegendo* do controlador perante os acionistas minoritários e perante o mercado.

Desta forma, como pontua ADAMEK<sup>15</sup>, “não é usual que a própria companhia venha a processar os seus antigos administradores”, de modo que “a ação social *ut universi* não representa, por isso, um instrumento efetivo de proteção da minoria”.

## 2.1.2 Ação social derivada ou *ut singuli*

Como já introduzido, caso por alguma razão não seja proposta a ação *ut universi*, os acionistas poderão, via substituição processual, propor a ação social em nome próprio e no interesse da companhia<sup>16</sup>, através da denominada ação social *ut singuli*. Repita-se que mesmo neste caso, “os resultados dela deferem-se à companhia”<sup>17</sup>, mas “o acionista autor da ação deverá ser indenizado de todas as despesas em que tiver incorrido, acrescidas de correção monetária e dos juros devidos, até o limite do resultado financeiro efetivo”<sup>18</sup>.

Por meio da ação social *ut singuli*, o acionista não pleiteia unicamente a reparação proporcional à sua participação no capital social, mas a reparação de todo o prejuízo experimentado pela sociedade<sup>19</sup>

Aduzem EIZIRIK, GAAL, PARENTE, e FREITAS, em interpretação às previsões do art.159 e §§ da LSA, que tal fato pode ocorrer em duas hipóteses, a depender do resultado da deliberação assemblear:

i) A primeira está contemplada no §3º do artigo 159, que prevê a hipótese de a Assembleia Geral ter **deliberado propor** ação de responsabilidade, mas **não ter ajuizado** tal medida no prazo de três meses, contados da deliberação. Neste caso, diante da letargia da administração da companhia, qualquer acionista poderá fazê-lo, independentemente da quantidade de ações que seja titular.

ii) a segunda é tratada no §4º do artigo 159 da Lei das S.A., que autoriza acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social a ajuizar ação de responsabilidade contra os administradores, caso a Assembleia Geral tenha deliberado não promover ação de responsabilidade.”<sup>20</sup>

<sup>15</sup>ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores...op.cit.*,p.367.

<sup>16</sup>O fundamento dessa preferência de ordem é que o ato ilícito do administrador tem repercussão direta no direito ou no patrimônio dos acionistas” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...v3*, op.cit. p.373.

<sup>17</sup>CORREA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedades Anônimas...op.cit.*, p.195.

<sup>18</sup>VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; PEREIRA, Alexandre Demetrius. *Direito Comercial... v3*, op.cit.,p.428.

<sup>19</sup>ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores...op.cit.*,p.369.

<sup>20</sup>EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B; PARENTE, Flávia; Henriques, FREITAS, Marcus de. op.cit. p.

Sendo, portanto, a deliberação assemblear positiva, poderá a ação ser ajuizada por qualquer acionista<sup>21</sup>, desde que passados três meses<sup>22</sup>. Observe-se que, neste caso, a vontade social positiva foi declarada na assembleia, contudo, a companhia se queda inerte, autorizando o acionista a atuar como substituto processual originário da companhia<sup>23</sup>.

Por outro lado, ante a deliberação assemblear negativa, poderão demandar somente os acionistas que, individualmente ou juntos<sup>24</sup> representem no mínimo 5% do capital social<sup>25</sup>. Note-se que não se trata neste caso de suprir a inércia da companhia, mas de contornar a deliberação assemblear, uma clara tentativa do legislador de evitar abusos de acionistas controladores, que no mais das vezes possuem estreita relação com os administradores, podendo se valer de conluio ou medidas protetivas para que a assembleia opte por não intentar a demanda. Neste caso, será o acionista substituto processual derivado da companhia<sup>26</sup>.

Lembre-se, contudo, que se trata de legitimação extraordinária dos acionistas, o que só ocorre por autorização legal, sendo caso excepcional<sup>27</sup>. Logo, *a contrario sensu*, exceto nas hipóteses do art. 159, §§3º e 4º, os acionistas não estarão autorizados a propor ação social derivada, “por manifesta ilegitimidade *ad causam*”<sup>28</sup>.

Do exposto, há que se mencionar a importância da ação social *ut singuli* e de seu mecanismo de substituição processual, ampliando o rol dos legitimados para agir na ação social, como “a grande arma que o legislador cria para tornar efetiva a responsabilização dos administradores”<sup>29</sup>, um efetivo instrumento de proteção dos acionistas, tal qual “nos direitos norte-americano e inglês, sendo considerada o principal instrumento de defesa da

---

488.

<sup>21</sup>§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral.

<sup>22</sup>“Note-se que esse prazo não é de prescrição e nem decadência do direito da companhia. Trata-se unicamente de um período de gestação da *legitimatío ad causam* ativa do acionista individual.” CORREA-LIMA. *Responsabilidade Civil dos Administradores...*op.cit.,p.113.

<sup>23</sup>ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores...*op.cit.,p.307; Osmar Brina, acerca disso, comenta: “Na verdade não existe nenhuma razão lógica para a fixação desse percentual de cinco por cento. Ele foi fixado arbitrariamente pelo legislador”

<sup>24</sup>CORREA-LIMA, Ormar Brina. *Responsabilidade...*op.cit., p.117.

<sup>25</sup>Art. 159, § 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.(.)

<sup>26</sup>ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores...*op.cit., p. 307.

<sup>27</sup>Art.18, Novo CPC: Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

<sup>28</sup>ROCHA LIMA, Tiago Asfor . A legitimidade Ativa e Passiva nas Ações de Responsabilidade Civil Contra o Administrador e o Controlador na Lei das S/A. In: Flávio Luiz Yarshell; Guilherme Setoguti J. Pereira. (Org.). *Processo societário*, 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. 01, p. 715.

<sup>29</sup>FIALHO, Luciano Pinho. *A ação de responsabilidade civil proposta em face dos administradores...*op.cit.,p. 303.

minoria.<sup>30</sup>

### 2.1.3 Ação social ajuizada em face de acionista controlador

Vale ressaltar que, embora essencialmente tenha como sujeito passivo o administrador, a legislação prevê também a ação social movida em face do acionista controlador quando este for sociedade controladora (art.246, LSA)<sup>31</sup>. Neste caso, poderá ser movida por a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado.

Não obstante a ausência de expressa e direta previsão legal, também é assente na doutrina e jurisprudência o cabimento da ação social movida em face de acionista controlador quando este for pessoa física. Resta, contudo, divergência acerca do regulamento aplicável à tal demanda neste caso, se, por interpretação ampliativa, o art.246 da LSA, ou, por outro, por interpretação analógica, as regras da ação social movida em face do administrador (art.159, §§ 1º ao 6º), ou, por fim, o regramento de ação ordinária<sup>32</sup>. Desta feita, quanto à demanda em questão, não é consenso acerca da necessidade de deliberação assemblear, possibilidade de ação *ut singuli*, etc.

Ademais, não resta qualquer impedimento de que o acionista controlador figure como réu solidariamente com o administrador (art.158, §5 da LSA) ou como único demandado, o que será determinado pelos sujeitos que

<sup>30</sup>CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*v3, op.cit. p.377.

<sup>31</sup>Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117. § 1º A ação para haver reparação cabe: a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente. § 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.

<sup>32</sup>“No entanto, se o controlador não for sociedade, mas sim pessoa física, nenhuma destas regras acima incidirão(...) Neste caso, qualquer acionista não controlador terá condições de intentar a ação correspondente, independentemente de prestação de caução ou de um número mínimo de capital social”. BERTOLDI, Marcelo M.. O Poder de Controle na Sociedade Anônima – Alguns Aspectos. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, a.29.abr/jun.2000, p.63. No mesmo sentido deve-se entender tratar-se de ordinária, possível de ser intentada por qualquer acionista” Waldírio Bulgarelli “Comentários lei das sociedades anônimas”, 1998, v.4, tomo II, p.39. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (RECURSO ESPECIAL Nº 1.214.497 - RJ 2010/0171755-3), tem entendido pela aplicação do regramento do art.159, também para ação social ajuizada em face do controlador: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL.(...) SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADOR (LEI 6.404/76, ART. 159) OU ACIONISTAS CONTROLADORES (APLICAÇÃO ANALÓGICA): AÇÃO SOCIAL *UT UNIVERSI* E AÇÃO SOCIAL *UT SINGULI* (LEI 6.404/76,(...))**3**. *Aplica-se, por analogia, a norma do art. 159 da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) à ação de responsabilidade civil contra os acionistas controladores da companhia por danos decorrentes de abuso de poder*. 4. Sendo os danos causados diretamente à companhia, são cabíveis as ações sociais *ut universi* e *ut singuli*, esta obedecidos os requisitos exigidos pelos §§ 3º e 4º do mencionado dispositivo legal da Lei das S/A.(...)

deram causa ao prejuízo alegado.

## 2.2 Ações diretas

Ao acionista ou investidor atingido diretamente em seu patrimônio, é cabível ação direta de reparação, que poderá ser individual ou coletiva. Ao contrário do ocorrido nas ações sociais, neste caso, os resultados da ação serão revertidos sempre ao acionista, que pleiteia direito próprio.

### 2.2.1 Ação Individual do acionista

A ação individual é “a que cabe ao acionista para haver indenização causada diretamente a seu patrimônio”<sup>33</sup> e diz respeito à violação seu direito próprio, não pretendendo restabelecer o equilíbrio da companhia, mas tão somente a restauração de seu direito pessoal<sup>34</sup>.

Pode ser movida pelo acionista contra qualquer sujeito que diretamente lhe cause o prejuízo, sendo ele administrador, controlador, terceiro ou mesmo a própria companhia.

A ação individual do acionista contra ato do administrador é mencionada no art. 159, §7º da LSA, que, tratando da ação social, ressalva que “a ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador”.

Esclarece Bulhões Pedreira que o fundamento da ação repousa na reparação de prejuízo direto em virtude de ato do administrador<sup>35</sup>. Trata-se, acrescenta CARVALHOSA, de demanda cujos “interesses em questão são estranhos aos da coletividade de acionistas” e, ainda que possa beneficiar a mais de um acionista ou a todos de uma mesma classe, não se configuram direitos coletivos propriamente ditos. Entende-se, ainda, como prejuízos, qualquer ofensa ou lesão, que pode ou não traduzir-se em perdas patrimoniais.

Como exemplo de danos diretos se pode mencionar calúnia efetuada pelo administrador em assembleia geral, caracterizando dano moral ao acionista<sup>36</sup> ou ações visando a reparação de danos causados por administradores que praticaram *insider trading*.<sup>37</sup>

Não há também qualquer pressuposto específico, como deliberação assemblear, qualidade especial de acionista ou representação mínima no ca-

<sup>33</sup>PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Ação social e individual...* op.cit., p.407.

<sup>34</sup>CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*v3, op.cit. p.472.

<sup>35</sup>PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Ação social e individual...* op.cit., p.414.

<sup>36</sup>VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; PEREIRA, Alexandre Demetrius. *Direito Comercial...* v3, op.cit., p.428.

<sup>37</sup>EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B; PARENTE, Flávia; Henriques, FREITAS, Marcus de. op.cit. p.502.

pital social. Basta que o sujeito demantante seja vítima do prejuízo direto.

A ação direta individual em face de ato do controlador encontra seu fundamento no art.117 da LSA, que prevê a responsabilidade decorrente do abuso do poder de controle e diz respeito aos danos diretos sofridos pelo investidor em virtude de ato do controlador. Quanto ao procedimento, regula-se segundo as ações ordinárias, uma vez que não há previsão específica na legislação.

Igualmente as ações individuais do acionista em face de terceiros ou da própria companhia tem como fundamento prejuízo sofrido diretamente pelo demandante, e são reguladas pelas regras gerais da responsabilidade civil e do direito processual quanto às ações ordinárias.

Fundamental destacar que em todos os casos das ações individuais, os resultados da lide, por sua vez, são revertidos exclusivamente aos demandantes, ainda que outras pessoas, além dos autores, tenham sido lesionadas pelo ilícito.

### 2.2.3 Ação coletiva da lei 7.913/89

Prevê o art.1 da lei 7.913/89 que sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores no mercado. Dispõe ainda o art.2 que as importâncias decorrentes da condenação reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo.

Ainda que, definitivamente, não se trate de uma ação social, mas de uma ação para ressarcimento de dano diretamente sofridos pelos titulares de valores mobiliários, há controvérsias na doutrina acerca dos direitos tutelados pela referida lei. Para GRINOVER<sup>38</sup>, trata-se de defesa de direitos individuais homogêneos, sobretudo ante o direcionamento dos resultados aos investidores. Já para outra parcela, como, por exemplo MANCUSO<sup>39</sup> da doutrina, a referida ação é apta apenas a tutelar direitos difusos e coletivos em sentido estrito, o que, por sua vez, coaduna com a legitimidade do Ministério Público, conferida pelo legislador.

As condutas que podem ensejar o ajuizamento da referida ação são, de acordo com o art.1 da lei 7.913/89, que, vale lembrar, traz um rol mera-

<sup>38</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class actions for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. Revista de Processo, v. 101, p. 11-27, 2001.

<sup>39</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública para tutela dos interesses dos titulares de valores mobiliários e investidores no mercado- Uma análise da lei 7.913, de 7.12.89*. RT, 650/31-33.

mente exemplificativo<sup>40</sup>: I — operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários; II — compra ou venda de valores mobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas; III — omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa.

Outrossim, pertinente é a observação de Salles de Toledo<sup>41</sup>, segundo o qual, interpretando extensivamente a Lei 7.347/85, lei da ação civil pública, (art.5), serão também legítimas para o ajuizamento desta demanda as pessoas incluídas no rol do referido artigo (associações, União...). Ao que parece assistir razão, uma vez que, o art.3 da lei 7.913/89 informa que “Art. 3º À ação de que trata esta Lei aplica-se, no que couber, o disposto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

### 3 PROTEÇÃO AO INVESTIDOR NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Os sistemas de reparação de danos à companhia e aos investidor no direito comparado se assemelham ao brasileiro no que tange aos fundamentos e estrutura, a começar pela dualidade ação social/dano social x ação direta /dano direto. Portanto, a regra de que de que a ação individual não se presta à reparação de danos indiretos, nem a ação social para danos diretos “é princípio universalmente assente, tanto na Itália, como na França, na Espanha, na Argentina, em Portugal, na Suíça, nos Estados Unidos da América, e em vários outros países.”<sup>42</sup> Ante a casuística e desenvolvimento da matéria,

<sup>40</sup>ZACLIS, Lionel. Proteção Coletiva dos Investidores no Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.163.

<sup>41</sup>TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A lei 7.913, de 7 de dezembro de 1989. A tutela judicial do mercado de valores mobiliários. RT, v.667, p-70-78. In: Revista de Direito Mercantil. v.80, p.138-148, São Paulo- out-dez, 1990, p.72.

<sup>42</sup>Jorge Manuel Coutinho de Abreu. *Responsabilidade civil de gerentes e administradores em Portugal*. In: Fábio Ulhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro. (Org.). *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. 1ed.Coimbra: Almedina, 2012, p. 131-157; Robert W. Hamilton. *The Law of Corporations*. 5th Edition West Group. 1996; ADAMEK, quanto à doutrina estrangeira, menciona: Jesus Rubio, *Curso de derecho de sociedades anonimas*, cit., n. 155, p. 305; e Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil*, 9. ed., Madrid: Tecnos, 1991, p. 293; Claudia Cecilia Flaibani, *Ley de sociedades comerciales*: comentada y anotada, cit., p.899; Walter A. Stoffel, Klagen und Einreden in der Organverantwortlichkeit. In: *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – La responsabilité des administrateurs – obra coletiva*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, pp. 18-19, in ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade...op.cit.*, p.394.



aborda-se o caso específico dos Estados Unidos.

Segundo Robert W. Hamilton, o direito americano também diferencia o dano sofrido pela companhia do dano sofrido pelo acionista diretamente, aplicando a cada um dos casos “diferentes regras processuais e materiais”<sup>43</sup>, como, por exemplo, acrescenta Alan Palmiter “quem arca com as despesas, a quem é revertida a indenização, qual procedimento é aplicado ao acionista autor”<sup>44</sup>.

Desta forma, também no sistema americano, é a natureza do dano (se social ou direto) que determinará a demanda a ser ajuizada, se ação social ou ação direta<sup>45</sup>.

Nessa linha, cabe à companhia, via ação social, reaver a reparação dos danos por ela sofridos. Outrossim, tal como ocorre nas ações sociais *ut singuli*, permite o direito norte-americano que, não o fazendo a pessoa jurídica, o acionista aja em benefício dela, por meio da ação derivada (*derivative suit*)<sup>46</sup>. Por sua vez, cabe aos acionistas, quanto aos danos diretos, o ajuizamento de ação direta<sup>47</sup>, que pode ser individual ou coletiva (*class action*)<sup>48</sup>.

### 3.1 Derivative suits

Pontua Hamilton que “é improvável que as pessoas que estejam no

<sup>43</sup>“Different procedural and substantive rules are applicable to direct and derivative claims.” HAMILTON, Robert. W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p.460.

<sup>44</sup>“How one characterizes the suit affects a number of things; who pays for litigation expenses, who recovers, what procedures apply to the shareholder-plaintiff, and whether the suit can be dismissed by the corporation”. PALMITER, Alan R. *Corporations*. 6. ed, editora Wolters Kluwer, 2009, p. 349.

<sup>45</sup>Destaca que as expressões “ação social” ou “dano social” não possuem seu correspondente no sistema jurídico americano, uma vez que analisam o panorama através da dualidade “derivative suit” x “direct suit”, cabendo a primeira ação para os “derivative claims” (danos sofridos pela companhia) e a segunda para os “direct claims” (danos sofridos diretamente pelos acionistas). Contudo o princípio é o mesmo da legislação brasileira: ou seja, há duas modalidades de ações, com características e lógicas diferentes, sendo sua finalidade, ou seja, a natureza e titularidade do dano, o elemento determinante da escolha da modalidade da demanda.

<sup>46</sup>HAMILTON, op. cit., p.460.

<sup>47</sup>“Shareholders can sue in their own capacity to enforce their rights as shareholders (a direct action)”. PALMITER, Alan R. *Corporations: Examples and Explanations*, 6<sup>ed</sup>, editora Wolters Kluwer, 2009, p.349.

<sup>48</sup>Nos EUA, as ações diretas se dividem em duas espécies: individuais ou coletivas (*class actions*). Alan Palmiter esclarece que a finalidade da *class actions* será sempre a reparação de um dano diretamente sofrido pelo acionista, sendo uma espécie de “grande ação direta” ou “reunião de ações diretas”: *When a shareholder sues in his own capacity, as well as on behalf of other shareholders, similarly situated, the suit is not a derivative action, but a class action. In effect, all of the members of the class have banded together through a representative to bring their individual direct actions in one large direct action(...)(...) and many requirements that apply to derivative suits do not apply to class actions” (grifo nosso)*. PALMITER, Alan R. *Corporations*...op.cit., p.356; No mesmo sentido Hamilton: “*A class action is a direct suit in which one or more shareholder plaintiffs purport to act as a representative of a larger class or classes of shareholders for injuries to the interests of the class” (grifo nosso)*. HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.459.

controle da companhia autorizem a abertura de um processo contra si mesmos”, (considerando a realidade americana, de alta dispersão acionária e de separação entre propriedade e gestão). Assim, permite o *common law* que o acionista aja em benefício da companhia, por meio da ação derivada (*derivative suits*).<sup>49</sup> Trata-se, portanto, de um importante instrumento de defesa do patrimônio da companhia, definido por Hamilton como:

uma ação ajuizada por um ou mais acionistas para remediar ou prevenir um dano à companhia. Na ação derivada, o acionista autor não litiga nos interesses próprios, como individuais. Ao invés, ele atua com sua capacidade de representação em favor dos interesses da companhia, a real interessada, mas que, por alguma razão, relutou em não ajuizar a ação. De fato, o acionista atua como um defensor da companhia.<sup>50</sup>

Por meio dela, ensina Palmiter que (tal como no art.159 da LSA brasileira), os acionistas podem, em benefício da companhia, reivindicar prejuízos que sofreram de maneira indireta, sendo este o principal meio de exigirem seus direitos fiduciários.<sup>51</sup>

Todavia, não obstante a semelhança com a ação social *ut singuli* do direito brasileiro, possui suas especificidades. A primeira delas é que o acionista não atua em nome próprio pleiteando direito da companhia, mas atua como verdadeiro representante da mesma.

Não só isso, mas a ação derivada é movida **contra a companhia**, ob-

<sup>49</sup>“The principal justification for permitting derivative suits is that it provides a device by which shareholders may enforce claims of the corporation against managing officers and directors of the corporation. Persons who are in control of the corporation are unlikely to authorize it to bring suit against themselves personally”. HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.460;

<sup>50</sup>“A derivative suit is an action brought by one or more shareholders to remedy or prevent a wrong to the corporation. In a derivative suit, the plaintiff shareholders do not sue on a cause of action belonging to themselves as individuals. Rather, they sue in a representative capacity on a cause of action that belongs to the corporation but which for some reason the corporation is unwilling to pursue; the real party in interest is the corporation. In effect, the shareholder is suing as a champion of the corporation.” HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.459; No mesmo sentido Melvin Aron Eisenberg: “A ação derivada é tentada para reparar dano indireto sofrido pelo acionista”. Melvin Aron Eisenberg, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, 9th ed., New York: Foundation Press, 2005, p. 653, In: CARVALHO-SA, Modesto. *Comentários...v3*, op.cit. p.465.

Na definição do “Cornell University Law School- legal information Institute”: A shareholder derivative suit is a lawsuit brought by a shareholder on behalf of a corporation. Generally, a shareholder can only sue on behalf of a corporation when the corporation has a valid cause of action, but has refused to use it. This often happens when the defendant in the suit is someone close to the company, like a director or a corporate officer. If the suit is successful, the proceeds go to the corporation, not to the shareholder who brought the suit. “Cornell University Law School- legal information Institute”: Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/wex/shareholder\\_derivative\\_suit](https://www.law.cornell.edu/wex/shareholder_derivative_suit)>

<sup>51</sup>“they can sue on behalf of the corporation to enforce corporate rights that affect them only indirectly (a derivative action) (...) Derivative litigation is the principal means by which shareholders enforce fiduciary duties”. PALMITER, Alan R. *Corporations...op.cit.*, p.349.

jetivando compeli-la a ajuizar uma demanda para recuperar seus prejuízos<sup>52</sup>. A propósito, esclarece o professor de Harvard Robert Clark, que:

ação derivada americana foi originalmente concebida como uma combinação de duas ações: 1) o autor ajuiza uma ação contra a companhia para compeli-la a 2) ajuizar uma ação de reparação em face de uma terceira pessoa<sup>53</sup>.

Palmiter acrescenta que “Embora atualmente seja tratada como uma ação (e não duas), a concepção histórica acerca da ação derivada ainda sobrevive”<sup>54</sup>, justificando, assim, a presença da companhia no polo passivo..

Contudo, vale esclarecer que a sociedade figura apenas nominalmente como ré, uma vez que os benefícios da indenização serão revertidos exclusivamente em seu favor<sup>55</sup>. Também no polo passivo estará o autor do dano, usualmente os diretores ou conselheiros de administração<sup>56</sup>, estes sim os réus que eventualmente arcarão com a condenação.

Como verdadeira parte na demanda, não apenas os benefícios serão revertidos em face da companhia caso obtenha êxito, mas também os honorários e despesas do processo lhe caberão ante a improcedência da *derivative suit*, entre eles altos valores de indenizações aos administradores “absolvidos”, previstos nos estatutos e na lei.

Tal fato fez surgir o fenômeno das *strike suits*<sup>57</sup>, ou seja, “advogados empreendedores”, em conluio com acionistas, e com interesses escusos se valeram do ajuizamento de ações derivadas a fim de chantagear as com-

<sup>52</sup>HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.459; PALMITER, Alan R. *Corporations...*op.cit., p.350; CLARK, Robert C. *Corporate Law. Boston*: Little, Brown and Company, 1986.p.639;

<sup>53</sup>The American derivative suit was originally conceived as a combination of two suits: “The plaintiff (1) brought a suit in equity against the corporation seeking an order compelling it (2) to bring a suit for damages or other relief against some third person.” ROBERT C. CLARK, CORPORATE LAW, *ibidem*.

<sup>54</sup>Derivative suits were—and are—typically brought against directors or officers of the corporation. Anne Tucker Nees, Who’s the Boss? Unmasking Oversight Liability within the Corporate Power Puzzle, 35 DEL. J. CORP. L. 199, 214 n.56 (2010). Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=bjil>

<sup>55</sup>“In derivative suits, the shareholder is aligned as a nominal plaintiff and the corporation is aligned as a nominal defendant even though recovery usually runs exclusively in favor of the corporation.”(..) a recovery in a derivative suit is usually payable to the corporation rather than to individual shareholders on a pro rata basis HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.462;p.468; No mesmo sentido PALMITER: “Derivative litigation enforces corporate rights. This means any recovery in derivative litigation generally runs to the corporation. The shareholder-plaintiff shares in the recovery only indirectly, to the extent her shares increase in value because of the corporate recovery.” PALMITER, Alan R. *Corporations...*op.cit., p.450; 560 Anne Tucker Nees, Who’s the Boss? Unmasking Oversight Liability within the Corporate Power Puzzle, 35 DEL. J. CORP. L. 199, 214 n.56 (2010). Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=bjil>

<sup>57</sup>“Strike suits, como já se afirmou, são ações judiciais temerárias ajuizadas por acionistas minoritários (não controladores) contra a companhia, com o objetivo de chantageá-la, ou chantagear o controlador, forçando-os a adquirir as suas ações por preço superior ao de mercado”; CORREA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima...*op.cit., p.321.

panhias e seus administradores (ante os riscos e os custos que esse tipo de demanda traria para ambos), obtendo acordo com ambos, com “generosos honorários” ou compra de ações por valor bem abaixo de mercado<sup>58</sup>.

Em decorrência deste claro abuso do direito de ação, a jurisprudência e legislação americanas estabeleceram basicamente três requisitos para o cabimento da ação derivada, sendo eles, como ensina Modesto Carvalhosa:

O acionista deve ser titular do respectivo direito à época do ato arguido de ilícito. Trata-se da *regra da propriedade contemporânea*. (...) Que o acionista tenha esgotado todas as possibilidades de reparação do dano no âmbito da própria companhia (...) É a *demand rule*. (...) O outro requisito é o da caução. Em regal, as leis estaduais preveem que, se o administrador acusado obtiver ganho de causa, a companhia compromete-se a indenizá-lo em todas as despesas (...) Diante desse possível encargo, o estatuto normalmente autoriza a companhia a pleitear, em juízo, que o acionista deposite um determinado valor, que poderá ser levantado no caso de improcedência da ação. Essa regra da caução tem constituído, nos últimos tempos, o maior empecilho para que acionistas minoritários ingressem com a *derivative suit*.<sup>59</sup>

Por fim, pontua Hamilton<sup>60</sup> que um mesmo ato pode gerar simultaneamente dano ao acionista à companhia. É facultado, então, ao acionista ajuizar ação direta e a derivada simultaneamente, mas não deve combinar os pedidos de dano direto e dano indireto em um mesmo processo, pois a “visão tradicional é de que as defesas contra os danos individuais pleiteados não podem ser reivindicadas pela companhia ou demais réus na ação derivada”.

### 3.2 Direct suits

Refrisa-se: são as ações cabíveis ao acionista para pleitear danos que diretamente tenha sofrido. Exemplos clássicos são demandas para recuperar dividendos; para examinar os registros e livros corporativos e para obrigar o

<sup>58</sup>“The principal complaint is that most derivative litigation is brought at the instigation of entrepreneurial attorneys who first find a potential violation and then find a plaintiff shareholder who is qualified to maintain the derivative suit. The objective of these suits is to obtain a settlement with the principal defendants and the corporation that provides the attorney with a generous attorney’s fee. From the standpoint of the corporation and the individual defendants the benefit of a settlement of a marginal or unjustified claim is that the plaintiff “goes away” and the decision prevents the filing of other suits on the same claim.” HAMILTON, op cit., p.467.

<sup>59</sup>CARVALHOSA, Modesto. *Comentários*...v3, op.cit. p.465; No mesmo sentido: EIZIRIK, Nelson. *Inexistência de impedimento*...op.cit., p.34; Osmar Brina, comentando a jurisprudência americana na exigência da caução, p.118: “Embora reconhecendo que a exigência da caução impugnada realmente desencoraja algumas ações derivadas honestas, a Suprema Corte concluiu ser ela razoável e não contrária ao princípio da isonomia” CORREA-LIMA, Ormar Brina. *Responsabilidade*...op.cit., p.118.

<sup>60</sup>HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.462.

registro de uma transferência de valores mobiliários;<sup>61</sup> Desdobram-se ainda duas modalidades: ação individual e ação coletiva (*class action* ou ação de classe).

A primeira delas assemelha-se à ação prevista no art. 159, §7º da LSA brasileira, com uma substancial ressalva: no contexto norte-americano é frequentemente ajuizada contra a companhia, caso em que, diferentemente da *derivative suit*, a sociedade não figurará apenas “nominalmente” como ré. Ao contrário, se comprovada a prática do dano direto, será ela condenada a indenizar o autor da demanda.<sup>62</sup>

Pode ocorrer, contudo, que vários acionistas tenham sido vítimas de um mesmo dano direto, ou vários danos individuais. Neste caso, a legislação americana, buscando uma maior efetividade processual, e evitar uma grande quantidade de demandas no mesmo sentido ou de decisões contraditórias, autoriza o ajuizamento da ação de classe (*class action*) como uma espécie de “grande ação direta” ou “reunião de ações diretas”<sup>63</sup>.

Por meio da *class action*, aduz CARVALHOSA, o acionista promove ação judicial não apenas em seu benefício, mas também no de outros que se encontrem em situação semelhante ou que tenham sofrido dano da mesma natureza<sup>64</sup>. Vale repetir que tal previsão não foi adotada pelo sistema da LSA, que, quanto à ação direta só previu a ação individual, como se depreende do art. 159, §7º da referida lei.

Por fim, menciona-se que tanto os custos da demanda quanto os resultados de eventuais indenizações serão revertidos ao acionista ou à classe

<sup>61</sup>A direct suit involves the enforcement by a shareholder of a claim belonging to the shareholder on the basis of being an owner of shares. These are suits involving contractual or statutory rights of the shareholder, the shares themselves, or the ownership of shares. Classic examples of direct suits are suits to recover dividends, to examine corporate books and records, and to compel the registration of a securities transfer. The most controversial type of direct suit today are class actions brought by shareholders under rule 10b-5 (...). A *class action* is a direct suit in which one or more shareholders plaintiffs purport to act as a representative of a larger class or classes of shareholders for injuries to the interests of the class. HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.459.

<sup>62</sup>“Litigation by shareholders against the corporation may be divided into two basic categories: direct and derivative”. HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.459.

<sup>63</sup>Alan Palmiter esclarece que a finalidade da *class actions* será sempre a reparação de um dano diretamente sofrido pelo acionista, sendo uma espécie de “grande ação direta” ou “reunião de ações diretas”: *When a shareholder sues in his own capacity, as well as on behalf of other shareholders, similarly situated, the suit is not a derivative action, but a class action*. In effect, all of the members of the class have banded together through a representative to bring their *individual direct actions* in one large direct action (...)(...) and many requirements that apply to derivative suits do not apply to class actions” (*grifo nosso*). PALMITER, Alan R. *Corporations...* op.cit., p.356; No mesmo sentido Hamilton: “*A class action is a direct suit in which one or more shareholder plaintiffs purport to act as a representative of a larger class or classes of shareholders for injuries to the interests of the class*” (*grifo nosso*). HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.459; O tema das *class actions* e a experiência americana na proteção do acionista e investidor, será abordado com maiores detalhes na segunda parte do presente trabalho.

<sup>64</sup>CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*v3, op.cit. p. 467.

de acionistas que ajuizou a ação direta<sup>65</sup>.

#### 4 DA NATUREZA DO DANO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR E DEFINIDOR DA DEMANDA A SER PROPOSTA

Pondera Modesto Carvalhosa que “a linha divisória ou distintiva entre o objeto da ação social e o da individual é extremamente tênue”<sup>66</sup>.

Quanto à isso, ensina Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto<sup>67</sup>, ainda sob a égide da do DL 2.627/40, que duas correntes de pensamento emergiram a buscando distinguir a ação social da ação individual, fruto da jurisprudência e doutrina francesas: uma que tomava “como denominador de distinção a natureza contratual ou delitual da falta”<sup>68</sup> e outra que acolhia “como critério diferenciador a incidência da falta”.

Para os primeiros, os atos ilícitos delituais (extracontratuais), dariam azo à ação individual, enquanto ilícitos contratuais (violação do estatuto) à ações sociais.

Todavia, com a superação da teoria do mandato e do vínculo contratual no que tange aos administradores, prevaleceu desde a legislação anterior o outro posicionamento, segundo na qual o critério distintivo entre a ação social e ação individual é a natureza do dano causado, ou seja, a titularidade do patrimônio diretamente atingido pela ação dos administradores; o sujeito prejudicado; a finalidade da demanda<sup>69</sup>.

Nessa linha, já lecionava Cunha Peixoto que: “a natureza da deman-

<sup>65</sup>PALMITER, Alan R. *Corporations...* op.cit., p. 354.

<sup>66</sup>CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...*v3, op.cit. p.473.

<sup>67</sup>CUNHA-PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. op.cit.,p.92.

<sup>68</sup>Pontua ADAMEK, citando as lições Joseph Hamel, Gaston Lagarde e Alfred Jauffret, que, a primeira delas (distinção pela natureza da falta), teria surgido com a finalidade de obstar a propositura de ações sociais, e argumentava que a ação social se fundaria numa falta de natureza contratual e a ação individual num descumprimento delitual (violação à lei ou ato ilícito) (*Droit commercial*, 2. éd., Paris: Dalloz, 1980, v. 1, t. 1, n. 663, pp. 411-412; ) In: ADAMEK, Marcelo Von. *A responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas e ações correlatas*, op.cit., 305. Joseph Hamel, Gaston Lagarde e Alfred Jauffret (*Droit commercial*, 2. éd., Paris: Dalloz, 1980, v. 1, t. 1, n. 663, pp. 411-412; trad. livre do Autor) Nota-se certa convergência deste pensar com os dizeres de Fran Martins: “As ações individuais dos acionistas lesados por ato do administrador tem sempre por fundamento um ato ilícito, cujo dano será reparado segundo as regras que regulam a indenização dos prejuízos decorrentes de atos ilícitos (...) Já a violação do estatuto ou da lei (art. 158, II) dá lugar a uma ação social.” MARTINS, Fran. *Prescrição da ação de responsabilidade civil contra administradores de sociedades anônimas...* op.cit., p.158.

<sup>69</sup>Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 599; CUNHA- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. op.cit., p.93; Fran Martins. *Prescrição de ação...* op.cit., p. 158, e *Ação individual de responsabilidade civil contra administrador de sociedade anônima fechada...* op.cit., p.143 e 146; P. R. Tavares Paes, *Responsabilidade...* op.cit., p.58; José Alexandre Tavares Guerreiro, *Impedimento de administração em ação social “ut singul”...* op.cit., p.23-28; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Comentarios a Lei das Sociedades Anonimas*, São Paulo: Saraiva, 1980, v. 2, n. 232, p. 227. No direito norte-americano: HAMILTON, Robert. W. *The Law of Corporations*. 4 ed. St Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996; PALMITER, Alan R. *Corporations*. 6. ed. editora Wolters Kluwer, 2009, p. 349.

da não pode depender de seu fundamento, mas da finalidade<sup>70</sup>. Corroborava Fran Martins<sup>71</sup> que:

Apesar de se tratar sempre de uma ação de reparação de danos sofridos, as ações sociais se distinguem das ações individuais pela destinação dos seus resultados

No que partilha Marcelo Von Adamek, que, fundado na doutrina francesa de Paul Le Cannu apresenta síntese esclarecedora:

Com efeito, se a ação tiver por fundamento dano experimentado pela sociedade, ela se qualifica como *acao social*: a sua titularidade compete à companhia (embora em juízo possa ser exercitada pelos acionistas, no interesse daquela), e o seu objeto será sempre a recomposição do patrimônio social. Por outro lado, se ela tiver por fundamento danos diretamente experimentados no patrimônio do acionista, ou de um terceiro qualquer, em razão da atuação dos administradores e, portanto, se o seu objeto for a reparação desses danos, a ação qualifica-se como *individual*.

E complementa o raciocínio:

(...)

*A acao social nao exclui a acao individual*. Precisamente porque os titulares do patrimônio afetados são diversos e o objeto das demandas também é distinto<sup>72</sup>.

Ora, da análise das espécies de demandas até aqui mencionadas, tanto no direito pátrio quanto no estadunidense, fica evidente a opção do legislador pelo dano e sua titularidade como elemento distintivo da ação social para a ação direta, bem como determinante para a escolha de qual delas deverá ser ajuizada. Em cada caso, são prejuízos distintos; com credores distintos<sup>73</sup>.

Outrossim, a natureza do delito se faz indiferente, um vez que um mesmo ato delituoso do administrador ou controlador pode gerar, concomitantemente, dano à companhia e diretamente ao acionista, ocasião em que, poderão ser propostas, simultaneamente, ação social e ação direta<sup>74</sup>, como visto.

Igualmente se dá no ambiente do *common law*, como, à propósito,

<sup>70</sup>CUNHA-PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. op.cit., p.93.

<sup>71</sup>Martins, Fran. *Pescrição*...op.cit., p.158.

<sup>72</sup>ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade*...op.cit., p.306-307.

<sup>73</sup>CANNU, Paul Le, *Droit des societes*, 2. éd., Paris: Montchrestien, 2003, n. 481, p. 287. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade*...op, cit. p.306.

<sup>74</sup>“Há atos que, por sua natureza, podem causar prejuízos tanto ao patrimônio da companhia quanto aos de seus acionistas” PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Ação social e individual*...op.cit., p.406.

aponta Hamilton ao infomar que não apenas ensina o dano determinará a natureza da demanda a ser ajuizada, como ressalta a importância da utilização do instrumento compatível, evitando que se utilize ação direta para o ressarcimento de dano causado à companhia:

As justificativas para requerer que o dano à companhia seja remediado através da ação derivada são: 1) evita a multiplicidade de ações; 2) garante que todos os acionistas prejudicados sejam beneficiados proporcionalmente com a indenização; 3) protege os credores e acionistas preferenciais no combate ao desvio de ativos da companhia diretamente por acionistas.<sup>75</sup>

Pelo exposto, compreendido o dano e sua natureza como o fator distintivo entre a ação social e a ação direta, determinar quais danos são causados diretamente ao acionista e quais são causados diretamente à companhia (dano indireto) é de suma importância, e a escolha equivocada da demanda a ser ajuizada pode gerar graves prejuízos ao acionista.

## **5 DA IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO DIRETA PARA REPARAÇÃO DE DANO INDIRETO**

Inegável que um dano à companhia sempre causará prejuízo ao acionista, seja pela diminuição do valor de suas ações, seja pela diminuição do montante de lucro a ser distribuído. Contudo, este é o chamado dano indireto, ou seja, decorrente de prejuízo originariamente sofrido pela sociedade em face de ato do administrador, que “não legitima a propositura de ação individual.”<sup>76</sup>

Eventualmente pode pretender um acionista se valer de ação individual visando a recuperação de dano indireto, seja em virtude das exigências que as ações sociais exigem, como, por exemplo, no caso dos administradores, deliberação assemblear, representação mínima do capital social de 5%, o que lhe traz custos substancialmente maiores do que a ação individual, seja porque na ação direta os resultados serão revertidos ao demandante, enquanto na social à própria companhia, seja em virtude do risco que o ônus da sucumbência pode lhe trazer na ação social *ut singuli* do art. 159, §4º, ou mesmo em virtude da má técnica quanto à escolha do instrumento jurídico adequado.

<sup>75</sup>“The justifications for requiring that injury to the corporation be remedied through derivative litigation are (1) it avoids multiplicity of suits, (2) it insures that all injured shareholders benefit proportionally from the recovery, and (3) it protects creditors and preferred shareholders against diversion of corporate assets directly to shareholders”. HAMILTON, Robert. W. *op.cit.*, p.461.

<sup>76</sup>ADAMEK, Marcelo Vieira von. *A Responsabilidade...op.cit.*, p. 391.



Sendo assim, do mesmo modo que foi a lesão sofrida indiretamente, deve ser sua reparação também indireta, via ação social, sob pena de negar a própria personalidade jurídica da companhia e gerar a ela e aos demais acionistas novo prejuízo, com a destinação do ressarcimento diretamente ao sócio demandante<sup>77</sup>.

Precisas são as lições de José Luiz Bulhões Pedreira, que, em parecer tratando de ação para reparação de danos praticados por administrador exarou:

5. O ACIONISTA NÃO TEM AÇÃO PARA HAVER REPARAÇÃO DE PREJUÍZO INDIRETO – A redação do artigo 159 da lei de sociedades por ações deixa evidente que o acionista da companhia não tem ação contra os administradores para obter reparação dos chamados “prejuízos indiretos”.

Se o patrimônio da companhia sofre prejuízo por efeito de ato ilícito de administrador ou de terceiro, a ação para haver indenização compete à companhia, como pessoa jurídica titular do patrimônio que sofreu o dano e deve receber a reparação. Somente *negando a existência da personalidade distinta da companhia* seria possível atribuir a cada acionista ação para haver, do administrador ou de terceiro, a sua quota-parte ideal no prejuízo causado ao patrimônio da companhia; a reparação do patrimônio social seria substituída pela reparação dos patrimônios dos acionistas que promovessem ações de indenização.<sup>78</sup>

E arremata:

Em caso de prejuízo causado ao patrimônio social por ato de administradores, a lei concede ao acionista legitimação extraordinária para agir, em determinadas condições. O acionista, porém, estará sempre agindo no interesse da sociedade, pelo que não poderá ele próprio auferir qualquer proveito direto da ação. em nenhuma outra hipótese tem legitimidade ativa para ação de responsabilidade civil por ato de administrador fundada em dano ao patrimônio social.<sup>79</sup>

<sup>77</sup>Modesto Carvalhosa, *Responsabilidade Civil...*op. cit., p. 41; Fran Martins, *Ação individual de responsabilidade civil...* op.cit.,p.145; Nelson Eizirik, *Responsabilidade civil dos administradores da sociedade anônima...*op.cit. p. 264; J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 83; Spencer Vampré, *Tratado elementar de direito comercial*, cit., v. 2, p. 288, in: ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade...*op.cit., p.391; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Comentários...*, v.2, n. 232, p. 227; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Ação individual contra administrador de companhia para o fim de obter a reparação de dano individual reflexo ou indireto (LSA, art. 159, § 7º)*. In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. v. 45, n. 142, p. 248–255, abr./jun., 2006. CUNHA-PEIXOTO....op.cit.92.; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. *O Dano Direto ao Acionista Minoritário...*op.cit, entre outros; No mesmo sentido a doutrina e jurisprudência norte-americanas, conforme mencionado no tópico 2.5.5.

<sup>78</sup>PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Ação social e individual...*op.cit., p.408-409. (grifo nosso)

<sup>79</sup>Ibidem, p.410.

Reafirme-se que não há impedimento de que se tenha, em decorrência do mesmo ato, ação social e ação direta (individual ou coletiva), o que é vedado é a utilização desses instrumentos para o ressarcimento de danos que são incompatíveis com sua natureza e finalidade, caso em que deverá ser extinta a ação por falta de condição da ação (interesse de agir), adequação, como tem sido o posicionamento da jurisprudência.<sup>80</sup>

Com efeito, na prática não é simples diferenciar os danos diretos dos indiretos. A doutrina americana também reconhece que não se trata de tarefa fácil, uma vez que “há uma razoável discussão acerca de quando um específico dano deve ser pleiteado via ação direta ou ação derivada”, sendo “nebulosa” a linha que distingue essas duas modalidades de prejuízo<sup>81</sup>.

Fato é que, como visto, a distinção entre o dano direto e o dano social é de suma importância, não pela mera técnica processual, mas pelo risco que se tem, quando não observada a natureza de cada demanda e do dano que se pretende reaver, de prejudicar ainda mais o lesado e beneficiar ainda mais aquele que lesa. Há também que se respeitar, uma vez que a proteção do acionista é um sistema, um mau uso da técnica pode prejudicar a atuação desse sistema e toda a segurança do mercado de capitais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordou-se, no presente trabalho as ações civis de reparação ao acionista e seus principais aspectos. Da comparação entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e estadunidense, conclui-se que os fundamentos adotados são os mesmos, prevalecendo também na experiência estrangeira: a) a divisão entre danos sociais e danos diretamente sofridos pelo investidor; b) divisão das demandas em de natureza social (ação social) e de natureza direta (individual ou coletiva), de acordo com titularidade do prejuízo sofrido; c) desdobramento das ações sociais em originárias (*ut universi*) ou derivadas (*ut singuli*); d) a natureza do dano, ou finalidade da demanda, como fator

<sup>80</sup> “CIVIL, PROCESSUAL E SOCIETÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIONISTAS MINORITÁRIOS. ADMINISTRADORES. ALEGAÇÃO DE DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE. PREJUÍZO INDIRETO AOS SÓCIOS. PREJUÍZO DIRETO À EMPRESA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDIVIDUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. RECONHECIMENTO. AÇÃO SOCIAL. LEI DAS SOCIEDADES ANONIMAS, ART. 159, §§ 1º A 7º. EXEGESE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. I. Tratando-se de alegação de dano causado à sociedade, carecem de legitimidade ativa para a causa os acionistas autores, que buscam indevidamente, pela ação social, o ressarcimento por violação, em tese, a direitos individuais. II. Recurso especial não conhecido”; (STJ - REsp: 1002055 SC 2007/0256617-7, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 09/12/2008, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2009. No mesmo sentido: (STJ - REsp: 1207956, DJe 06/11/2014); (STJ - REsp: 1214497 RJ DJe 06/11/2014); (REsp n. 1.014.496/SC, DJe 1º/4/2008), entre outros.

<sup>81</sup>HAMILTON, Robert. W. op.cit., p.460-461.

determinante para o cabimento da ação que se pretende; e) e, consequentemente, o não cabimento de ação individual para o ressarcimento de dano social ou indireto, nem de ação social para o ressarcimento de dano direto.

Quanto à experiência americana, ressalta-se a previsão das ações coletivas para a reparação de dano direto de uma classe de acionistas (*class actions*), que pode ser ajuizada por particular (o próprio acionista, se valendo da *private litigation*). Tal ponto não possui correspondente no sistema brasileiro, que, não obstante preveja a tutela coletiva dos danos diretamente sofridos pelo investidor, confere apenas aos legitimados estabelecidos pela lei 7.913/89 e 7.347/85 ajuizarem a demanda. legitimidade a certos sujeitos, obedecidos os requisitos legais (*public litigation*).

Verificou-se, também, que a natureza do dano é o fator determinante da demanda a ser ajuizada, uma vez que a natureza da demanda não depende de seu fundamento, mas de sua finalidade. Desta forma, em se tratando de danos sofridos pela companhia, e mesmo que indiretamente atinjam seus acionistas e investidores, as ações de reparação civil cabíveis são sociais, sob pena de se perpetuar o dano sofrido pelos demais acionistas.

Ao contrário, em se tratando de danos diretamente experimentados pelo investidor, deve este se valer de ações diretas, individuais ou coletivas, em face de quem lhe promoveu o prejuízo, sendo este acionista controlador, administrador ou a própria companhia.

Por fim, para a diferenciação entre o dano social e o dano direto, sugere-se um exercício mental de análise acerca do nexos de causalidade no tocante ao prejuízo sofrido. Desta forma, se em qualquer dano experimentado pelo acionista houver também em seu nexos de causalidade um prejuízo patrimonial experimentado pela companhia, será este sempre indireto, ou seja, consequência do dano social. Isso porque não se pode mensurar se um dano é “muito” ou “pouco” indireto, ante o menor envolvimento de causalidade com prejuízo sofrido pela empresa, entende-se aqui que o dano do acionista será sempre indireto neste caso.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Responsabilidade civil de gerentes e administradores em Portugal. In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima. (Org.). *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Ação individual contra administrador de companhia para o fim de obter a reparação de dano individual reflexo ou indireto (LSA, art. 159, § 7º). *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 45, n. 142, p. 248–255, abr.-jun, 2006.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERTOLDI, Marcelo M. O Poder de Controle na Sociedade Anônima – alguns aspectos. *Scientia iuris*: revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina, Universidade Estadual de Londrina, n. 7-8, p. 51-74, 2003.

BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 798.264/SP*. Recorrente: Vale Refeição Ltda e outro. Recorrido: Real S.A Rarticpações e Administração e outros. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8948320/recurso-especial-resp798264-sp-2005-0190864-1/inteiro-teor-14117636>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 1.002.055/SC. Recorrente: Ida Caramori e outros. Recorrido: Sandoval Caramori e outro. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Brasília – 3ª Turma. Brasília, DF, *Dje*, 23 mar. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteirotexto/r/?num\\_registro=200702566177&dt\\_publicacao=23/03/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteirotexto/r/?num_registro=200702566177&dt_publicacao=23/03/2009)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 1.014.496/SC. Recorrente: Ida Caramori e outros. Recorrido: Sandoval Caramori e outro. Relator: Ministra Nancy Andrighi – 3ª Turma. Brasília, DF, *Dje*, 01 abr. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3755407&num\\_registro=200702943274&data=20080401&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3755407&num_registro=200702943274&data=20080401&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 1.207.956/RJ. Recorrente: Rádio Clube de Pernambuco S/A e outros. Recorrido: Martinho de Luna Alencar - Espólio repr. por : Lia Saldanha, Relator: Ministro João Otávio de Noronha – 4ª Turma. Brasília, DF, *Dje*, 06 nov. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40130792&num\\_registro=201001438153&data=20141106&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40130792&num_registro=201001438153&data=20141106&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 1.214.497 RJ. Recorrente: Rádio Clube de Pernambuco S/A e outros. Recorrido: Martinho de Luna Alencar - Espólio repr. por : Lia Saldanha . Relator: Ministro João

Otávio de Noronha – 4ª Turma. Brasília, DF, *Dje*, 06 nov. 2014. Disponível em: <055http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1391818>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 1.482.294/CE. Recorrente: Antônio Gil Fernandes Bezerra. Recorrido: Banco Industrial e Comercial S.A. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva – 3ª Turma. Brasília, DF, *Dje*, 23 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/interrote\_or/?num\_registro=201402381132&dt\_publicacao=15/06/2015>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 633.338 DF. Recorrente: Brasal - Brasília Serviços Automotores S/A. Recorrido: Elias Bechepeche Feliciano de Lima e outros. Relator: Ari Pargendler – 3ª Turma. Brasília, *Diário da Justiça* 04 dez. 2006. p. 297. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteirote\_or/?num\_registro=200400298655&dt\_publicacao=04/12/2006>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 227. Brasília, DF, 08 de setembro de 1999. *Diário da Justiça*, 20 out. 1999.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.

CLARK, Robert C. *Corporate Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

COELHO, Fábio Ulhoa. A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia. *Revista de Direito de Empresa*, São Paulo, Max Limonad, v. 1, n. 1, p. 9-38, jan-jun.1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 2.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. *Shareholder Derivative Suit*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/shareholder\_derivative\_suit>. Acesso em: 20. ago. 2016.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

CUNHA-PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por ações*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 3.

EINSENBURG, Melvin Aron. *Corporations and other business organizations: cases and materials*, 9 ed., New York: Foundation Press, 2005, p. 653.

EIZIRIK, Nelson. Responsabilidade Civil e administrativa do diretor de companhia aberta. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 56. São Paulo: RT, out/dez, 1984, p.47-48.

EIZIRIK, Nelson. Inexistência de impedimento do administrador na ação social “ut singuli”. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 29, n. 80, p.32-38, out.-dez., 1990.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, n. 42, p. 69-88, abr-jun, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini . *Da class actions for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. *Revista de Processo* , v. 101, p. 11-27, 2001

HAMEL, Joseph; LAGARDE, Gaston; JAUFFRET, Alfred. *Droit commercial*. 2. ed.. Paris: Dalloz, 1980, v.1, t.1, n. 663.

HAMILTON, Robert W. *The law of Corporations*. 4. ed. Saint Paul: West Group, 1996.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 2.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. A legitimidade Ativa e Passiva nas Ações de Responsabilidade Civil Contra o Administrador e o Controlador na Lei das S/A. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Org.). *Processo societário*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. 1.

PAES, Paulo Roberto Tavares. *Responsabilidade dos administradores de sociedades*. São Paulo: Atlas, 1999.

PINHO, Luciano Fialho de. *A ação de responsabilidade civil proposta em face dos administradores de sociedades anônimas*. Dissertação (Mestrado)

– Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. O dano direto ao acionista minoritário na ação de responsabilidade do administrador de S/A: Caso OGX. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 27, p. 97-118, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública para tutela dos interesses dos titulares de valores mobiliários e investidores no mercado- Uma análise da lei 7.913, de 7.12.89*. RT, 650/31-33.

MARTINS, Fran. Ação individual de responsabilidade civil contra administradores de sociedades anônimas. *Novos Estudos de Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARTINS, Fran. *Prescrição da ação de responsabilidade civil contra administradores de sociedades anônimas*. Novos estudos de direito societário. São Paulo: Saraiva, 1988.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. *Traité théorique et pratique de la responsabilité*. 4. ed. Paris: Sirey, 1949, v. 2.

PALMITER, Alan R. *Corporations: examples and explanations*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2009.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Ação social e individual. Cabimento e prescrição. Arts.159 e 287 da Lei das S/A. Jurídico.09 abr.1987. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v.II.

REYES, Francisco. *Direito societário americano: estudo comparativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A lei 7.913, de 7.12.89 – A tutela judicial do mercado de valores mobiliários. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, n. 80, p.138-148, out-dez, 1990.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2.

VAMPRÉ, Spencer. *Das Sociedades Anonymas*. São Paulo: Poci-Wless & C, 1914.

VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de direito comercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1921, v.2.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; PEREIRA, Alexandre Demetrius.

*Direito comercial: sociedade por ações.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 3.

ZACLIS, Lionel. *Proteção Coletiva dos Investidores no Mercado de Capitais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



# A OBSOLESCÊNCIA DOS APARELHOS ELETRÔNICOS: GERAÇÃO DE LIXO ELETRÔNICO E A SOLUÇÃO NA LOGÍSTICA REVERSA

*Verediana Bielak de Oliveira<sup>1</sup>*

*Alcione Adame<sup>2</sup>*

*Nader Thome Neto<sup>3</sup>*

---

**RESUMO:** Com o crescente modo consumista da sociedade atual, verifica-se a necessidade de conscientização das pessoas a respeito da geração de lixo eletrônico ou e-lixo. Os produtores, fabricantes e distribuidores começam a repensar o modo de produção, uma vez que são disponibilizados muitos recursos naturais para a produção dos aparelhos eletrônicos, bem como as possibilidades de consumo sustentável, por meio das Leis editadas pelo poder público. As alternativas de descarte, para os aparelhos eletrônicos que estão a cada dia com a vida útil menor, tornando-se obsoletos e causando degradação ao meio ambiente com o descarte irregular destes materiais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Obsolescência. Lixo. Eletrônico. Logística. Reversa.

**ABSTRACT:** With the growing consumerist mode of today's society, there is a need for awareness of people about the generation of electronic waste or e-waste. Producers, manufacturers and distributors begin to rethink the mode of production, since they are available many natural resource for the production of electronic devices, as well as the possibilities for sustainable consumption by means of laws enacted by the government. disposal alternatives to, for electronic devices that are every day with the lowest life, become obsolete and causing environmental degradation with the irregular disposal of these materials.

**KEYWORDS:** Obsolescence. Garbage. Electronic. Logistics. Reverse.

---

<sup>1</sup>Acadêmica do X Termo – Bacharelado em Direito – Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES. Email: veredianajerry@gmail.com

<sup>2</sup>Professora da Disciplina de Direito das Águas e Recursos Hídricos do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES. Email: alcioneadame@ajes.edu.br

<sup>3</sup>Professor, Advogado, Graduação em Direito pela UNIPAR, Especialista em Direito Tributário pela CES-CAGE. E-mail: naderthomeneto@uol.com.br

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A obsolescência dos aparelhos eletrônicos; 3 A geração do lixo eletrônico ou e-lixo: as consequências para o meio ambiente; 4 A logística reversa; 5 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente esta presente em tudo que nos rodeia, presente em todos os estágios das nossas vidas, ele é necessário para a continuação da vida, do planeta, e não só nas questões ambientais, mas também culturais, nossas florestas, matas, rios, mas também nossas construções históricas e paisagísticas, que formam este enorme país com belezas naturais e artificiais tão inconfundíveis.

Contudo, o homem se utilizou dos recursos naturais pensando que fossem inesgotáveis, porém, sabemos que são de uso comum do povo, como prevê a Constituição Federal, e que são limitados e renováveis.

Mas no mundo capitalista em que vivemos, a todo momento, somos incentivados a consumir, isto tem causado um grande problema ambiental, uma vez que, presenciamos o surgimento da obsolescência dos produtos, que a cada dia tem a vida útil diminuída, causando o descarte, que ainda não tem uma destinação apropriada e consolidada.

Desta forma, a sociedade consumista está pondo em risco os recursos naturais, se tornando refém do consumismo, sem pensar que o mais prejudicado serão as pessoas, e que não terão um meio ambiente saudável, o que é essencial para a continuação da vida.

O meio ambiente sofre com as mudanças de comportamento da sociedade, que são exigidas a partir das necessidades que surgem, com o avanço das tecnologias, os consumidores acabam se rendendo aos desejos imediatos de compra, e não medem as consequências ambientais que isso trás.

Políticas públicas, e atitudes conscientes tanto dos produtores, distribuidores e consumidores podem mudar este cenário preocupante que temos hoje.

## 2 A OBSOLESCÊNCIA DOS APARELHOS ELETRÔNICOS

A obsolescência programada e também a obsolescência planejada, entende-se por um processo de produção de produtos com “limitação no tempo de vida”, já são fabricados como intuito de “durarem pouco”, ficando logo obsoletos, gerando um consumo cada vez maior, tratada por alguns como mecanismos para manter a sociedade de consumo, em termos econômicos, gera maior produção, maior consumo, maior número de empregos, e, enriquecimento de diversos setores, como por exemplo, aparelhos de celular,

são a todo momento lançadas novas tecnologias, novos recursos digitais que fazem com que o aparelho que foi recentemente adquirido já esteja ultrapassado, causando na “necessidade” de compra outro.

A obsolescência trata-se do processo pelo qual o aparelho passa e fica obsoleto, ultrapassado ou sem utilidade para o fim que foi fabricado ou adquirido.

Para mover esta sociedade de consumo precisamos consumir o tempo todo e desejar novos produtos para substituir os que já temos – seja por falha, por acharmos que surgiu um novo exemplar mais desenvolvido tecnologicamente ou simplesmente porque saíram de moda.<sup>4</sup>

Para tentar aproximar ainda mais de um conceito de obsolescência podemos dizer que, é toda circunstância em que um produto perde sua utilidade. Realmente, avaliar seus efeitos é considerar as implicações do consumismo, uma vez que, a obsolescência é um dos basilares instrumentos acoplados ao regulamento de invenção de um produto.<sup>5</sup>

A obsolescência programada ocorre quando o fabricante determina o “prazo de validade” do produto, o produto simplesmente para de funcionar, não tem peças para reposição ou conserto. A obsolescência planejada, o aparelho com curto tempo de uso já se torna inutilizado ou ultrapassado, obrigando o consumidor a adquirir outro produto, caso comum dos aparelhos eletrônicos, que ficam sem uso muito rápido, a novas tecnologias surgem à todo momento, tornado os recentemente comprados em aparelhos ultrapassados.

Baumam disserta sobre o assunto:

Como não se pode saber com antecedência qual oferta será capaz de estimular o desejo de consumo, a única maneira de verificação passa pelas tentativas de acerto e erro, que custam caro. A produção contínua de novas ofertas e o volume sempre ascendente de bens oferecidos também são necessários para manter a velocidade da circulação de bens e reacender constantemente o desejo de substituí-los por outros, “novos e melhorados”; também são necessários para evitar que a insatisfação dos consumidores com um produto em particular se condense num desapeço geral em relação ao próprio estilo consumista

---

<sup>4</sup>PADILHA, Valquíria. *Obsolescência planejada*: armadilha silenciosa na sociedade de consumo. Graduada em Administração de empresas pela FEA-RP/USP. Disponível em: <<https://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=ar&id=1489>> acessado em: 15 de novembro de 2016.

<sup>5</sup>PADILHA, Valquíria. *Obsolescência planejada*: armadilha silenciosa na sociedade de consumo. Graduada em Administração de empresas pela FEA-RP/USP. Disponível em: <<https://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=ar&id=1489>> acessado em: 15 de novembro de 2016.

de vida<sup>6</sup>.

Consequentemente, percebemos que deverá haver uma grande produção para atender a um grande consumo, desta forma os recursos naturais também serão muito exigidos para atender a demanda, portanto, surge cada vez mais a preocupação em como conciliar isto tudo.

Evidentemente que isso terá um custo ambiental, e uma lógica contraditória, uma vez que, a crescente produção e conseqüente consumo tem seu sustento no crescimento econômico, que é por sua vez limitado, que em algum momento encontrará seu esgotamento.

Porém, isto tudo não passa de uma estratégia de mercado, que almeja um consumo constante, devido a insatisfação dos consumidores do mundo moderno, ao ponto que compram um produto para satisfação imediata, este logo já estará em desuso, obrigando o consumidor a substituí-lo, à curto prazo, por outros mais avançados tecnologicamente, gerando assim o lixo, conseqüência de produtos descartáveis, com vida útil curta.

A obsolescência interfere de forma extremamente maléfica no meio ambiente, causando a degradação e destruindo os recursos naturais disponíveis à produção dos aparelhos que tem vida útil curta.

### **3 A GERAÇÃO DO LIXO ELETRÔNICO OU E-LIXO: AS CONSEQUÊNCIAS PARA O MEIO AMBIENTE**

O Brasil é um dos países que mais geram e-lixo (tv's, celulares e impressoras), são cerca de 36% do lixo gerado na América Latina, e segundo dados da Organização das Nações Unidas – ONU, o país não tem estratégias para lidar com o problema, uma vez que os produtos usados para a produção são tóxicos e prejudicam o meio ambiente bem como o ser humano.

O mundo inteiro sofre com o descarte indevido de aparelhos eletrônicos: os seus componentes apresentam metais pesados (como chumbo, níquel e cádmio) capazes de poluir o solo e os lençóis freáticos. Monitores e televisões de tubo contêm, em média, 1,4 kg de chumbo, o qual pode causar danos ao sistema nervoso e reprodutivo quando ingerido. Dado esse perigo, saber como os eletrônicos são reciclados é de fundamental importância.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo Parasitário*. Tradução autorizada da primeira edição italiana, publicada em 2009 por Editori Laterza, de Roma, Itália Copyright da edição em língua portuguesa © 2010: Jorge Zahar Editor Ltda. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 35 e 36.

<sup>7</sup>VALIN, Alan. *Como os principais componentes eletrônicos são reciclados?* Disponível em: <<http://>

A Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei nº 12.305 de 02 de agosto de 2010, prevê a responsabilidade e a obrigação de que todas as empresas, importadores, consumidores, prefeituras e todo órgão público tenham a responsabilidade de recolher ou mandar para aterros sanitários os lixos por eles criados ou utilizados. Algumas empresas fabricam materiais que quando se tornarem lixo poderão prejudicar a saúde humana e o meio ambiente.

Os produtos utilizados para a produção dos aparelhos eletrônicos, como celulares, computadores e televisores, provocam consequências graves ao meio ambiente e à saúde humana, sendo seus elementos altamente tóxicos, por exemplo, o mercúrio, o cádmio, o arsênio dentre outros.

O pensamento dos consumidores de hoje, não prima mais pela durabilidade, mas em produtos que atendam suas necessidades momentâneas, aparelhos que dão a sensação de aceitação na sociedade, e que podem tornar a vida mais fácil.

Porém, é necessário destacar que este comportamento não surge do nada, mas sim, pela influência midiática que estabelece padrões de consumo, prometendo a satisfação de todos, que adquirem produtos que a curto prazo se tornarão obsoletos e irão se acumular na vida das pessoas, e começa então a gerar o lixo eletrônico ou e-lixo.

Assim, o acúmulo de lixo é grande, e o descarte dos aparelhos eletrônicos em locais impróprios, está comprometendo muito o meio ambiente, quando o certo seria destiná-los à reciclagem ou ainda uma logística reversa que realmente funcionasse, para garantir a vida saudável e equilibrada prevista na Constituição Federal.

As questões de preservação e responsabilidade inerentes ao meio ambiente, por partes dos governos, das empresas e das pessoas é assunto que tende a uniformizar uma consciência, com soluções efetivas, nos campos social, econômico, ambiental, político e cultural. Mas grande parte dos discursos proferidos cai na trivialidade devido a não trazer ações concretas e significativas à sociedade.<sup>8</sup>

A geração de e-lixo deve ser tratada com extrema importância diante do mal que ele trás, ao meio ambiente e a vida das pessoas, sua destinação correta deve sempre visar a conservação e preservação do meio ambiente para garantir uma vida saudável e um bem-estar à toda sociedade.

As políticas públicas editadas para controlar e conscientizar produ-

---

[www.tecmundo.com.br/produtos/37275-como-os-principais-componentes-de-eletronicos-sao-reciclad-dos-.htm](http://www.tecmundo.com.br/produtos/37275-como-os-principais-componentes-de-eletronicos-sao-reciclad-dos-.htm)> acessado em: 18 de novembro de 2016.

<sup>7</sup>Chaves, Débora Almeida; Castello, Rebeca do Nascimento. *O Desenvolvimento Sustentável e a Responsabilidade Socioambiental Empresarial*. Disponível em: < <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos13/16318637.pdf>> acessado em: 17 de novembro de 2016.

tores e consumidores, ainda são relativamente novas, e precisam do empenho de toda sociedade para serem efetivadas.

As consequências do descarte incorreto destes aparelhos no meio ambiente, isto é, o não envio para a reciclagem ou ainda para aterros sanitários que atendam as normas para receber este tipo de lixo, além de poluir o meio ambiente, contaminam o solo, ar e água; proliferam vetores transmissores de doenças; entopem redes de drenagem urbana; causam enchentes; degradam o ambiente; e provocam doenças.

Além da contaminação do meio ambiente, outras consequências negativas ocorrem com a crescente demanda de e-lixo, os custos para a coleta e tratamento do lixo são cada vez mais altos, as áreas para disposição final destes resíduos também está cada vez mais difícil, e ainda o desperdício de matéria prima é grande, enquanto com a reciclagem estes resíduos deveriam voltar para o ciclo produtivo.

A conscientização das pessoas é de sua importância, isto é, o consumo consciente e sustentável, que frearia o acúmulo deste lixo, bem como a produção consciente dos aparelhos eletrônicos também é de suma importância para esta diminuição na geração do e-lixo.

Se passarmos a produzir com consciência e responsabilidade ambiental, teremos produtos que atendam as necessidades dos consumidores, e ainda preservem o meio ambiente. O mesmo, conseqüentemente, se consumirmos com consciência e responsabilidade ambiental, satisfaremos nossas necessidades, e estaremos contribuindo para a preservação do meio ambiente, isso refletirá na produção de lixo, que neste trabalho foca no lixo eletrônico ou e-lixo, que é um dos grandes responsáveis pela poluição do meio ambiente.

## **4 A LOGÍSTICA REVERSA**

Diante dos grandes problemas que o e-lixo causam ao meio ambiente, o assunto que promete resolver ou amenizar estes danos é a logística reversa.

As empresas que produzem produtos que contem materiais perigosos ao meio ambiente, têm obrigação de realizar a logística reversa, conforme prevê a Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei nº 12.305 de 02 de agosto de 2010, também devem apresentar periodicamente relatórios aos órgãos responsáveis a respeito do que esta sendo feito com o lixo que não pode ser reciclado.

A logística reversa é um instrumento de desenvolvimento econômico social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros

ciclos produtivos, ou outra destinação.<sup>9</sup>

A logística reversa define que as empresas devem coletar os seus produtos após serem descartados pelos consumidores. Por exemplo: uma empresa que fabrica celular deve se responsabilizar pelo recolhimento dos aparelhos descartados pelos consumidores. As empresas também devem divulgar aos consumidores onde descartar o lixo eletrônico para ser devolvido à empresa através da logística reversa.

Estas empresas que praticam a logística reversa passam a ser bem vista pelos consumidores, que começam a despertar para a preservação e conservação do meio ambiente. Ainda, o modo de fabricação destes produtos, a partir da reutilização de recursos naturais tornam-se mais baratos, na maioria das vezes, não interferindo na sua qualidade, e não degradando o meio ambiente.

O Brasil ainda está atrasado quando a pratica da logística reversa em relação a países europeus, por exemplo, mas o caminho já começou a ser traçado, com a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010, o ponto principal da política é o estabelecimento das responsabilidades de destinação, recuperação e conscientização dos resíduos sólidos. Assim, todos, sem exceção são responsáveis, sendo o consumidor, o produtor, passando pelas autoridades de pelos comerciantes.<sup>10</sup>

As políticas públicas que tratam do assunto são relativamente novas, e ainda não estão totalmente inseridas na sociedade, dados apontam que apenas 13% do lixo eletrônico produzido no país têm destinação certa, que é a reciclagem.<sup>11</sup>

Com os recursos naturais tão escassos, uma grande alternativa é a reciclagem, mas a logística reversa vai além de apenas reciclar, mas de “fechar o ciclo” de vida dos produtos eletrônicos.

A logística reversa vai muito além do processo de reciclagem ou do descarte adequado de material. O conceito de logística reversa é responsável por “fechar o ciclo” nas cadeias de suprimento. Em um mundo onde os recursos são cada vez mais escassos, é preciso buscar alternativas para reaproveitar, reduzir e compartilhar fluxos (de material, pessoas, informações) dentro das cadeias logísticas. O fluxo, que

---

<sup>9</sup>Ministério do Meio Ambiente – *Logística Reversa*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-perigosos/logistica-reversa>> acessado em: 21 de novembro de 2016.

<sup>10</sup>COELHO, Leandro Callegari. *A Legislação Brasileira e a logística reversa de resíduos eletrônicos*. Disponível em: < <http://www.logisticadescomplicada.com/a-legislacao-brasileira-e-a-logistica-reversa-de-residuos-eletronicos/>> acessado em: 15 de novembro de 2016.

<sup>11</sup>*Lixo eletrônico reciclado no País*. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/revista-em-discussao-edicao-junho-2010/noticias/pais-recicla-apenas-13-dos-residuos-que-sao-jogados-fora.aspx>> acessado em: 17 de novembro de 2016.

antes tinha em sentido único, agora virou um loop. Essa é ideia básica da Logística reversa.<sup>12</sup>

Contudo, trata-se não somente de mudanças na legislação, mas também de uma mudança de comportamento, onde temos o dever de participar ativamente, para a efetivação das leis, que buscam a preservação do meio ambiente.

## 5 CONCLUSÃO

A obsolescência toma conta da sociedade consumista, suas consequências ambientais com a geração do lixo eletrônico ou e-lixo. A mídia esta incentivando a sociedade a ser consumista, fator principal deste desequilíbrio entre o homem e o meio ambiente.

Os fabricantes, distribuidores e empresas estão buscando melhorar seu modo de trabalhar para não trazer prejuízos e decadência dos recursos naturais, se os produtos fabricados exigem a disponibilidade de recursos naturais que estão cada dia mais escassos, teria uma forma de reaproveitá-los após o descarte, sendo que a cada dia a vida útil dos produtos, especificamente dos aparelhos eletrônicos está menor, causando a obsolescência e poluindo o meio ambiente.

Desta forma verificamos que a conscientização das pessoas é fundamental, a mudança de comportamento das pessoas em relação aos recursos naturais disponíveis. Como as empresas podem colaborar, tendo o Poder Público editado leis que regulamentam a atuação das empresas e buscam a educação para um consumo sustentável das pessoas, com a finalidade de garantir uma qualidade de vida saudável para esta e para as futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo Parasitário. Capitalismo Parassitario*. Tradução autorizada da primeira edição italiana, publicada em 2009 por Editori Laterza, de Roma, Itália Copyright da edição em língua portuguesa © 2010: Jorge Zahar Editor Ltda. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

Chaves, Débora Almeida; Castello, Rebecca do Nascimento. *O Desenvolvimento Sustentável e a Responsabilidade Socioambiental Empresarial*. Disponível em: < <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos13/16318637.pdf>> acessado em: 17 de novembro de 2016.

---

<sup>12</sup>COELHO, Leandro Callegari. *Faça seu TCC em logística reversa*. Disponível em: < <http://www.logisticadescomplicada.com/faca-seu-tcc-em-logistica-reversa/>> acessado em: 15. Nov. 2016.



COELHO, Leandro Callegari. *A Legislação Brasileira e a logística reversa de resíduos eletrônicos*. Disponível em: < <http://www.logisticadescomplicada.com/a-legislacao-brasileira-e-a-logistica-reversa-de-residuos-eletronicos/>> acessado em: 15 de novembro de 2016.

COELHO, Leandro Callegari. *Faça seu TCC em logística reversa*. Disponível em: < <http://www.logisticadescomplicada.com/faca-seu-tcc-em-logistica-reversa/>> acessado em: 15 de novembro de 2016.

*Lixo eletrônico reciclado no País*. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/revista-em-discussao-edicao-junho-2010/noticias/pais-recicla- apenas-13-dos-residuos-que-sao-jogados-fora.aspx>> acessado em: 17 de novembro de 2016.

Ministério do Meio Ambiente – *Logística Reversa*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-perigosos/logistica-reversa>> acessado em: 21 de novembro de 2016.

PADILHA, Valquíria. *Obsolescência planejada: armadilha silenciosa na sociedade de consumo*. Graduada em Administração de empresas pela FEA-RP/USP. Disponível em: <<https://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=ar&id=1489>> acessado em: 15 de novembro de 2016.

VALIN, Alan. *Como os principais componentes eletrônicos são reciclados?* Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/produtos/37275-como-os-principais-componentes-de-eletronicos-sao-reciclados-.htm>> acessado em: 18 de novembro de 2016.



# SOCIEDADE PÓS-MODERNA, CONSTITUCIONALISMO E A NECESSIDADE DO DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL

*Gabriele Juli Gandolfi<sup>1</sup>*

*Paulo Roberto Ramos Alves<sup>2</sup>*

---

**RESUMO:** Com este trabalho buscou-se olhar para a sociedade atual a partir de uma análise histórica que parte da compreensão de rupturas significativas com a chamada sociedade moderna, sob a ótica de leitura social de Niklas Luhmann. Como a sociedade global se diferenciou em um curto espaço de tempo mudando profundamente concepções de estado, de direito, sobretudo a concepção de sociedade, por vários fatores. Mas não se pode dizer que todos estão inseridos neste atual contexto e/ou em graus iguais de comunicações, portanto a preocupação é de como e porque se faz necessário medidas alternativas para evitar conflitos ou colisões entre estes ou aqueles provocando rupturas drásticas. Quais são as possíveis alternativas apontadas pelos autores aqui estudados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo. Luhmann. Diálogos Transconstitucionais.

**ABSTRACT:** With the present work we looked for the present society from a historical analysis that starts from the understanding of significant ruptures with the so called modern society, from Niklas Luhmann's perspective of social reading. As the global society has differed in a short space of time deeply changing conceptions of state, of law, especially the conception of society, by several factors. But it can not be said that all are embedded in this current context and / or in equal degrees of communications, so the concern is how and why alternative measures are necessary to avoid conflicts or collisions between these or those causing drastic ruptures. What are the possible alternatives pointed out by the authors studied here.

**KEYWORDS:** Constitutionalism. Luhmann. Transconstitutional Dialogues.

---

<sup>1</sup>Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

<sup>2</sup>Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com estágio pós-doutoral pela Universidade de Passo Fundo; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Passo Fundo e da Universidade do Oeste de Santa Catarina. E-mail: pauloalvess@yahoo.com.br

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Sociedade moderna e uma relação com a atualidade; 2.1 Sociedade moderna: um aparato histórico; 2.2 Sob o olhar de Luhmann; 3 Transconstitucionalismo como necessidade; 3.1 Relações entre o Estado Constitucionalizado e ordens locais extraestatais; 4 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Para compreender a atualidade é preciso compreender as particularidades da sociedade moderna, fazendo conexões não só com os acontecimentos históricos, mas com uma reestruturação na própria concepção de sociedade, de relacionamento entre indivíduos, e sujeitos de direito internacional. É uma sociedade complexa, que não se contém em fronteiras geográficas, feita por relacionamentos amplos, comunicações que percorrem entre o micro ao macro.

Logo no final da Segunda Grande Guerra, notamos a preocupação dos Estados de encontrar mecanismos que garantissem, direitos humanos básicos, bem como acordos que assegurassem a paz mundial, para que os acontecimentos da primeira metade do século XX não voltassem a se repetir. A sociedade moderna, munida Constitucionalmente, possui uma tendência de complexidade e globalização inevitável.

Busca-se cada vez mais a amplificação e unificação de discursos e direitos, porém em países menos desenvolvidos encontra-se grupos que não estão neste mesmo patamar social. Não participaram e não estão inclusos nos moldes, costumes, culturas, enfim parâmetros da então sociedade atual, ou seja, as rupturas econômicas e sociais vindas com a então sociedade moderna não atingiram ou são irrisórias a estes grupos. Como então lidar com uma construção de direitos que transcendem fronteiras geográficas, políticas estatais e costumes de comunidades ainda nativas que se chocam com tais direitos?

Se ao pensar que a imposição de um ou outro, ou seja, imposição do direito sob a cultura ou vice-versa, provoca um choque extremo onde só um pode sobreviver. Ou encontrar alternativas para torna-los aprendizados recíprocos. Não é algo simples, mas é preciso buscar caminhos seguros para evitar colisões ou até mesmo extinções. Diante destes empasses, o presente trabalho propõe uma reflexão a partir da compreensão de formação de sociedade de Luhmann, como o direito e a sociedade se comunicam e como existe particularidades micros que ainda precisam ser analisadas nesta perspectiva.

## 2 SOCIEDADE MODERNA E UMA RELAÇÃO COM A ATUALIDADE

### 2.1 Sociedade moderna: um aparato histórico

Para compreender a contemporaneidade é preciso partir da sociedade moderna, e para tanto, é necessário levar em consideração a relação mundo, os acontecimentos que marcarão a transformação do contexto social, bem como a transformação da comunicação e conseqüentemente dos relacionamentos que começaram a ser construídos no século IX.

Segundo Hobsbawm “se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa.” (1979, p. 83). Pode-se dizer que foram terrenos férteis para a estruturação do século XX, pois A Grã-Bretanha forneceu o modelo para as ferrovias e fábricas e o modelo econômico que rompe com o tradicional<sup>3</sup>, mas a França que fez suas revoluções e deu a ela suas ideias<sup>4</sup>, a ponto de terem se tornado o emblema das demais nações emergentes, e ainda da política europeia.

Foi neste contexto de ruptura com o conceito social político e econômico medievo que os dois países se sobressaíram dando o ponta pé de longas e profundas mudanças.

A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. A França forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medidas para a maioria dos países. A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até resistido as ideias europeias inicialmente através da influência francesa. Hobsbawm (1979, p. 83-84)

A Revolução Francesa não foi um fenômeno isolado, mas sim fundamental, com conseqüências profundas que veio com ele. Mesmo surgindo como uma tentativa aristocrática de tomar o poder, foi um marco como revolução social e política. E a partir dela que o homem volta a ser o centro das atenções onde as relações, principalmente econômicas, passaram a ser preocupações do estado, a fim de assegurá-las.

<sup>3</sup>Até então o modelo econômico do ocidente era baseado na agricultura, com as ferrovias as fábricas ganharam um pus e a mão de obra proporcionou empregos e sustento a uma nova classe, a operária, os burgos inflaram e ganharam proporções nunca tidas antes, rompe-se aqui com o sistema econômico feudal.

<sup>4</sup>Se o polo econômico se deslocava para a indústria o sistema político composto na era medieva também não se sustentaria, ruindo, neste borbulhar de ideias e novos interesses a França sai na frente.

Mas é justamente este o ponto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Esse documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. (ROBSBAWM, 1979, p. 91). E mesmo assim é muito significativa. Por que “[...] a nação francesa, [...], via a si mesma como inauguradora ou participante de um movimento de libertação geral dos povos contra a tirania.” (ROBSBAWM, 1979, p.92). E já um ótimo começo que levou “a primeira constituição genuinamente democrática proclamada por um Estado Moderno.” (ROBSBAWM, 1979, p. 104).

Enquanto isso, os ingleses trabalhavam mudando para sempre o modelo econômico, as relações de trabalho, a sociedade e a relação do indivíduo nelas. E ainda, contribuíram fortemente para avanços tecnológicos. E no final do século XIX a sociedade europeia se deleitava nas liberdades da ‘Belle Époque’.

A primeira metade do século XX foi turbulenta para o ocidente, a Europa encontrava-se devastada com o final das duas grandes guerras. O mundo pode presenciar as atrocidades feitas contra o ser humano pelo regime nazista com milhões de pessoas, e mais o potencial bélico norte americano através das bombas lançadas sobre o Japão ao final de tudo. Desta forma, a ideia de progresso passa a estar associada não só em termos materiais, mas também em relação ao avanço das liberdades, direitos individuais e coletivos e direitos humanos. É um século marcado por avanços tecnológicos, de infraestrutura, mudança nos polos econômicos e ao mesmo tempo retrata a mais brutal e fragilização do homem.

Ao se escancararem os acontecimentos da primeira metade do século, os chefes de Estado do ocidente, representando as vontades de uma ampla maioria (supremacia estatal) passaram a se reunir e pensar medidas para conter e controlar a voracidade dos próprios Estados. Para Neves (2009, p. 21) “com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornam-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território.”

A saída foi criar entidades (Organismos Internacionais) como a ONU, que garantissem condições de discussão e parâmetros, bem como medidas para que a história não se repetisse, pois os perigos sociais presenciados foram inúmeros, e além da preocupação de assegurar um não retorno, é preciso diálogo para compreender um mínimo de direitos comuns que transcendem fronteiras geográficas e políticas.

Procurou-se desde então, e cada vez mais tem “ocorrido um entrelaçamento entre ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos” (Neves, p. 34, 2009)

Criava-se desta forma espaços supranacionais de discussão, e entidades supraestatais para pensarem em medidas básicas, comuns a todos os consensoantes, são marcos em direitos humanos tidos como comuns, muitos deles já previstos em Constituições e muitos outros aderidos a elas no decorrer das mesmas. São pactos aceitáveis para suprir o medo de novos desastres sociais bem como consentir um mínimo necessário ao ser humano.

## 2.2 Sob o olhar de Luhmann

Para Luhmann a sociedade não pode ser afastada do sinônimo de complexidade, e cada vez mais marcada por uma diferenciação funcional entre as atividades (política, direito, direito civil, direito penal, direito criminal, etc.), funções dependentes e independentes entre si, mantendo conexões. E para manter-se como sistema social é imprescindível destacar a linguagem como instrumento cognitivo.

A sociedade produz comunicação e é fruto da comunicação, conforme Luhmann “a sociedade é o conjunto globalmente percebido enquanto sociedade mundial” (1997, p. 82-83). Portanto, pode-se reafirmar a sociedade como global, tendo em vista as possibilidades de comunicação do mundo moderno.

Ainda, Luhmann (1997, p. 82-83) afirma que, “uma sociedade é um sistema social abrangente que inclui todos os demais sistemas sociais. Você só pode ter uma sociedade”. Portanto, é preciso considerar as divisões social dos países dentro desta ampla e única sociedade, e não necessariamente as divisões geográficas ou políticas. Deve-se olhar como subsistemas, complexos e autorreferenciados, ou seja, são independentes, capazes de se autogerir, porém, com inevitáveis estímulos de seus ambientes. Assim como de sua comunicação com outros subsistemas, sistemas de troca.

Ao passo que o sistema político, para concepção de Elmauer está fortemente vinculado a segmentação territorial dos “Estados nacionais” (2013, p.857). E que conforme complementa Neves (2009, p. 27) estão vinculados aos contextos regionais. Assim como o direito como um sistema fruto desta mesma segmentação<sup>5</sup>, porém altamente relacionável com experiências e relações exteriores a estes.<sup>6</sup>

A Constituição é fruto de um acoplamento estrutural entre sistema político e sistema jurídico. Entende-se como algo muito além dos jogos de linguagem. Conforme Luhmann:

<sup>5</sup>Atende as necessidade internas, as particularidades estatais garantindo a própria manutenção do Estado político, territorial, a formação da nação.

<sup>6</sup>Se conecta, conversa e é reflexo de anseios que transcendem linhas divisórias, e satisfazem os interesses comuns em âmbitos maiores, associados principalmente ao ser humano, garantias sociais e paz mundial.

os acoplamentos estruturais consistem numa relação duradoura, estável e concentrado de vínculo estrutural dos sistemas autopoiéticos, no qual, um sistema oferece ao outro uma complexidade específica a ser estruturada, sem contudo, interferir no plano das operações. (Apud, Elmauer, p. 859)

Numa análise macro, a globalização enfraquece a legitimidade do Estado quanto nacional, bem como do direito quanto político. E é justamente como Estados nacionais, cobertos de soberania, que se relaciona internacionalmente, na sociedade moderna, bem como os reflexos da sociedade, tida como globalmente complexa, incidem diretamente no sistema interno. São olhares de micro e macro e os reflexos de seus relacionamentos.

A Constituição para Neves (2009, p. 58), “enquanto acoplamento estrutural envolve complementaridade e tensão permanentemente, bem como rupturas, entre política e direito”. Perpassando todo poder jurídico e fortalecendo-o na estrutura social, possuindo a pretensão de serem universais pela atribuição de direitos fundamentais. Portanto, o “equilíbrio entre justiça constitucional interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicações do sistema jurídico estatal.” (Neves 2009, p. 65) 99161-2919

### 3 TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO NECESSIDADE

Conforme já dito anteriormente, pode-se considerar uma fratura entre as sociedades pré-moderna do direito, para sociedade moderna Constitucionais por fenômenos que vão para além dos limites políticos estatais. Sendo relevante considerar a superação de própria concepção de Constituição em sentido material como um conjunto de normas positivas supremas, verticais trazidas por Kelsen.

O horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. Formulando com maior abrangência, tornam-se cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e a estilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras políticas-jurídicas. (Neves, 2009, p.26)

Devido à nova realidade de relações internacionais, vários constitucionalistas passaram a pensar a Constituição fora dos limites territoriais de um país. Eram desafios oriundos de uma sociedade sistêmica, que passou a se entrelaçar por relações relevantes, além das estatais. “A sociedade mun-



dial constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicações de relações de concorrências e simultaneamente, de complexidade.” (Neves, 2009, apud Elmauer, 2013, p. 857)

Não é possível considerar aqui como uma tentativa de criação de uma Constituição global, e sim de uma globalização de direitos, antes regionais, mas que passaram a ser considerados relevantes para a sociedade em geral. Podemos pensar nos direitos humanos e direitos fundamentais.

Conforme Schuwartz (2006, p. 01) “a Constituição deve ser considerada como uma aquisição evolutiva da sociedade. [...] típico de uma sociedade tradicionalmente denominada de moderna”. Ainda reforça que a nossa sociedade é fruto de uma evolução funcional, ou seja sistêmica. Luhmann (1990, p. 212) reforça que a Constituição é funcionalmente uma aquisição da sociedade moderna, fruto de um planejamento intencional. Resultado do acoplamento entre o sistema político e o sistema jurídico.

Dois problemas foram fundamentais para o surgimento da Constituição em sentido moderno: de um lado a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos e do outro lado, associada a isso, a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder. (Neves, 2014, p.206)

Com o aumento significativo das relações sistêmicas da sociedade mundial, muitos problemas locais passaram a ser de interesse por mais de uma ordem estatal, emancipando discussões para fora dos limites territoriais, passando por diversas ordens jurídicas na busca de soluções.

Mas se “a sociedade é fruto da comunicação” (conforme Luhmann, 1997, p. 83), e os direitos tidos como humanos e fundamentais são consagrados pela mesma, fica fácil de homogeneizar o direito aos casos sociais. Mas devemos considerar que há grupos menos inseridos e que há países periféricos, como o nosso. De acordo com Neves:

A autonomia operacional dos sistemas sociais, especialmente do direito, é uma experiência funcional da sociedade mundial, mas essa exigência não se realiza na maior parte dos contextos de comunicação desta sociedade, principalmente devido ao problema da exclusão por baixo (falta de acesso) e por cima (incapacidade dos sistemas impor a suas restrições a grupos privilegiados). (2014, p. 06 )

Ainda conforme as considerações de Neves (2014, p. 05), observa a respeito de Luhmann “a inclusão, definida como acesso e dependência das pessoas aos sistemas sociais, era uma característica da sociedade mundial, e condição da diferenciação e autorreferência dos sistemas sociais.” Os países que fazem parte da modernidade central possuem desta forma, um quadro

que minam a diferenciação funcional e social, e a criação de subsistemas, cada vez mais complexos.

Por isso Neves (2009) aponta para a necessidade de racionalidade transversais e criação de pontes de transição entre sistemas jurídicos e outros sistemas ou subsistemas, para que não ocorra conflito entre o direito concebido e unificado pela sociedade e o direito de pequenos grupos sociais, não incorporados aos tais parâmetros de sociedade moderna, relacionando direito interno e externo, ou ainda, relacionando direito vigente e costumes de pequenas tribos, porém não é algo simples, como o próprio autor trata.

### **3.1. Relações entre o Estado Constitucionalizados e ordens locais extraestatais**

Não é uma particularidade brasileira, mas de toda América Latina, ordens jurídicas “extraestatais de coletividades nativas” (Neves, 2014, p. 216). Estas mesmas não possuem vínculo comunicativo com nossa complexa sociedade, e logo não admitem problemas, nem mesmo conhecem o teor da Constituição e muitas vezes, suas práticas socioculturais infringem direitos consagrados como humano, tidos como supranacionais. Para Santos (2013, p. 130):

A presença de ordens locais extraestatais pode ser constatada quando dentro de um Estado encontram-se grupos nativos [...], que possuem formas próprias de agir e regras costumeiras. [...] na América é muito frequente a ocorrência de problemas jurídicos decorrentes das dificuldades de entrelaçamento entre ordens constitucionais dos Estados e ordens normativas nativas, sobretudo o que tange ao modo de proteção dos direitos humanos.

Não podemos falar em ordens verticais (Neves, 2009, p. 132), para solucionar problemas e sim precisamos de posturas horizontais, de diálogo constante para chegar soluções concretas e menos agressivas. Conforme Segato (2006, p. 01) é de suma importância:

se considerar a dimensão ética da existência humana como algo distinto tanto da moral quanto da lei moderna. Nessa concepção, o impulso ou desejo ético é visto como motor e fundamento dos direitos humanos em seu constante processo de expansão e a marca definidora de tal impulso é a disponibilidade para a interpelação pelo outro. Para isso, muitos setores já demandam uma antropologia capaz de cumprir um novo papel e de colaborar no complicado processo de expansão do direito e de articulação entre horizontes culturais particulares e uma jurisdição que se confunde com a própria humanidade.

Para que grupos sociais menores não sejam extintos com a interferência nas suas culturas. Antes de tudo, são povos vivos que se encontram em uma permanente dinâmica, porém se veem obrigados, hoje mais do nunca, em virtude do fenômeno da globalização, a estabelecer relações com o branco, mas nem um nem outro pode impor verticalmente sua cultura, seu direito.

É necessário dar plenitude a existência humana, seja qual for o espaço da sociedade que se viver, é importante ser um sujeito histórico. Para Segato (2006, p. 12) a problemática:

Reside, então, no trabalho reflexivo de identificação dos padrões de comportamento, a possibilidade da ética como impulso em direção a um mundo regido por outras normas, e do redirecionamento da vida bem como de nossa própria historicidade no sentido do trabalho constante de transformação do que não consideramos aceitável. Somos plenamente humanos não por sermos membros natos e cômodos de nossas respectivas comunidades morais e sociedades jurídicas, mas por *estarmos na história*, ou seja, por não respondermos a uma programação, da moral ou da lei, que nos determine de forma inapelável.

E que o diálogo concreto entre direito vigente e comunidade nativas sirva pelo menos para apontar caminhos, para criar novas conexões que possam identificar possíveis divergências, pois conforme Neves (2014, p. 201) “Os problemas se renovam e os sistemas sociais ou ordens jurídicas precisam construir não apenas acoplamentos estruturais com seu ambiente, mas também construir novas pontes de transição com outras ordens jurídicas ou sistemas sociais.”

Desta forma há soluções, ou pelo menos aponta-se para novas discussões de problemas que surgem na sociedade, pois eles são parte dos processos de transformação social continua. E nós somos autores históricos e sociais responsáveis pela proposta de novos diálogos concretos que possibilitem a resolução de tais embates.

Firmando pontes “tanto contenciosas quanto cooperadoras de transição” (Neves, 2014, p. 214). Sempre esperando um consenso entre o direito vigente, constitucionalizado e a permanência do costume que gera a própria sobrevivência, para além da cultura, e sim do grupo. Gerando um aprendizado recíproco, pois cada um com suas vivências vê o que o outro não pode ver.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a sociedade é complexa, seja por evoluções históricas ou tecnológicas, é possível interagir com facilidade criando laços comunicativos para além das fronteiras geográficas, políticas e/ou sociais, e cada vez mais há necessidade de uma interação e integração supra estatal.

Justifica-se também as preocupações que excedem as fronteiras geográficas, relativas a constituição, seja pela ordem de limitação de poder ou pela retumbante preocupação com os direitos humanos e fundamentais. É preciso conter a voracidade humana sobre o outro buscando melhorar a então sociedade global, ou pelo menos evitar que a história de atrocidades ocorrida no início do século XX se repita.

Deve-se observar, sobretudo, as particularidades para que com discursos ou experiências de outrem não mitigam só direitos, mas também culturas, destruindo particularidades sociais de grupos não inseridos em nossos contextos. E se os direitos humanos, fundamentais e constitucionais são frutos da sociedade moderna, são impreterivelmente reflexos da história, e sendo assim, novos indivíduos devem ser inseridos nestes contextos.

Para tanto, é importante criar possibilidades comunicativas, analisando a possível integração entre as particularidades em âmbitos micros aos contextos macros, amenizando embates e presumíveis conflitos que possam ferir este ou aquele grupo, devido a realidades sociais e culturais distintas.

É possível sim dialogar concretamente, e sobretudo na horizontalidade, para que os conhecimentos cooperem na construção de direitos e sobretudo na segurança humana garantindo a singularidade na nossa sociedade complexa, porque complexidade é acima de tudo sinônimo de singularidade. É extremamente necessário abrir possibilidades de o outro dizer o que vê, já que não podemos estar no lugar dele para que possibilitamos um diálogo concreto.

## REFERÊNCIAS

ELMAUER, Douglas. Transconstitucionalismo: Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 108 (2013). Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v108i0p855-864>>. Acesso em: 10/03/2018.

HOBBSAWM, Eric J.; *A Era das Revoluções – Europa 1789-1848*. SP: Paz e Terra, 2ª edição, 1979.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fonte, 2009.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo além de Colisões. *Lua Nova*, São Paulo, 93: 201-232, 2014. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf> >. Acesso em: 20/10/2015

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Ano51Numero 201*. Jan/Mar. 2014. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502958/001002791.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 15/10/2015.

SANTOS, Aléssia Pâmela Bertulêza. O transconstitucionalismo como alternativa aos conflitos entre ordens jurídicas: Novos aspectos. *Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Luterana do Brasil: ULBRA*, São Paulo, v. 14, nº2, Jul./Dez., 2013. Disponível em: < <http://www.ulbra.br/upload/c8bd6d30f3cf020d00371ed5d32890d9.pdf>>. Acesso em: 10/03/2018.

SCHWARTZ, Germano. Constituições civis e regulamentação: Autopoiese e teoria constitucional. 2006. In < [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/campos/germano\\_andre\\_schwartz.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/campos/germano_andre_schwartz.pdf)> acesso em 20/01/2016.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana* vol.12 no.1 Rio de Janeiro Apr. 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93132006000100008> . Acesso em 22/11/2015.